



MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado

Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado



Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado No. 8

Caracas, 2026

QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTE LIBRO, SIN LA AUTORIZACIÓN ESCRITA DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

ISSN: 2665-0118

Depósito Legal: DC2019000889

© Copyright 2026

Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado

Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Ciudad Universitaria de Caracas.

<https://www.mdipc-ucv.com/>

Foto de la portada: Carlos Zambrano

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en este Anuario son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con la de los coordinadores del mismo.

Coordinación de esta Edición: Claudia Madrid Martínez.

Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado

Director

Eugenio Hernández-Bretón

Editora

Claudia Madrid Martínez

Consejo Académico

Mirian Rodríguez Reyes de Mezoa

Andrés Carrasquero Stolk

Luciana Beatriz Scotti (Argentina)

Luciane Klein Vieira (Brasil)

Nuria González Martín (México)

Carlos Esplugues Mota (España)

Secretario de Redacción

José Antonio Briceño Laborí

Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado

Coordinador

Eugenio Hernández-Bretón

Comité Académico

Claudia Madrid Martínez

Andrés Carrasquero Stolk

Javier Ochoa Muñoz

Luis Ernesto Rodríguez

Contenido

Abreviaturas	9
Presentación <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>	11
I. Trabajos de tesis	15
Interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional <i>Ramón Escovar Alvarado</i>	17
II. Trabajos monográficos	101
La cooperación judicial civil en el Derecho internacional privado chileno <i>Erick Barrios</i>	103
Consideraciones sobre el artículo 13 de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay <i>José Antonio Briceño Laborí y Bernardo Ramo Silva</i>	133
¿Nuevo paradigma para la responsabilidad transnacional? enseñanzas de <i>Vedanta</i> , <i>Okpabi</i> y <i>Milieudefensie</i> para un Derecho Marítimo Internacional Privado sostenible <i>Cindy Di Felice</i>	155
Economía y Derecho del Consumo venezolano: Interno e Internacional <i>Víctor Gregorio Garrido Ramos</i>	173
Estado actual de la enseñanza del Derecho internacional privado en Colombia <i>José Luis Marín Fuentes</i>	211
Reconocimiento extraterritorial de sentencias extranjeras y las situaciones jurídicas válidamente creadas en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana <i>Schnayder José Mata Cabello</i>	229
Pluralismo jurídico y Derecho Comparado: hacia una apertura semántica en el estudio de los pueblos originarios <i>Santiago Montenegro</i>	245
El Reglamento de Servicios Digitales en la regulación digital europea actual: entre la necesidad y el exceso <i>Rosa Pla Almendros</i>	253

La arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina: un diálogo “renovado” entre el Derecho internacional público y el privado <i>Valesca Raizer e Ines Lopes</i>	271
Nuevos derechos para una nueva era <i>Ruben B. Santos Belandro</i>	289
III. Estudiantes de Derecho	307
Bloqueo Naval – Venezuela (1902-1903) <i>Adam J. Morales</i>	309
IV. Profesores de la Maestría	323
Nuevos rumbos de la autonomía de la voluntad contractual en el Derecho Internacional Privado uruguayo <i>Cecilia Fresnedo de Aguirre</i>	325
Roberto Goldschmidt: del joven jurista alemán al gran jurista universal en Caracas <i>Eugenio Hernández-Bretón</i>	361
La norma de conflicto no es neutral, pero no tiene por qué ser un abismo <i>Claudia Madrid Martínez</i>	383
Convenciones especializadas interamericanas en el limbo. Venezuela y su cita con la codificación del derecho internacional privado <i>Claudia Lugo Holmquist, Maritza Méndez Zambrano y Mirian Rodríguez Reyes de Mezoa</i>	407
Otras consideraciones sobre el artículo 151 CRBV con ocasión de la reciente Ley Orgánica de Hidrocarburos <i>Javier L. Ochoa Muñoz</i>	437
Aplicación del Derecho extranjero, evolución de su tratamiento en el Derecho Internacional Privado uruguayo. Análisis en particular de las soluciones consagradas por la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay <i>Eduardo Tellechea Bergman</i>	475
V. Nuestros clásicos	497
La carga de la prueba de la Ley extranjera <i>José Muci-Abraham</i>	499

Abreviaturas

ACPS	Academia de Ciencias Políticas y Sociales
BACPS	Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
BOACPS	Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales
CCom	Código de Comercio de Venezuela
CCV	Código Civil de Venezuela
CPCV	Código de Procedimiento Civil venezolano
CRBV	Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSJ/SCC	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil
CSJ/SCMT	Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo
CSJ/SPA	Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa
EBUC	Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela
ECGR	Ediciones de la Contraloría General de la República
ed.	Edición
Edit.	Editorial
EJEA	Editorial Jurídica Europa América
EJV	Editorial Jurídica Venezolana
Ext.	Extraordinaria
FCJPUCV	Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela
FDUCAB	Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello
FDUCV	Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela
GF	Gaceta Forense
G.O.	Gaceta Oficial de Venezuela
JPT/CSJ	Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Oscar Pierre Tapia
JPT/TUI	Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia, Oscar Pierre Tapia
JRG	Jurisprudencia de Ramírez & Garay
JTR	Jurisprudencia de los Tribunales de la República
No.	Número
Nos.	Números
p.	Página
pp.	Páginas
RCADF	Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal
reimp.	Reimpresión
RFCJPUCV	Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela
RFDUCAB	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello
RMJ	Revista del Ministerio de Justicia
RPGR	Revista de la Procuraduría General de la República
Sent.	Sentencia
T.	Tomo
Trad.	Traducción
TSJ	Tribunal Supremo de Justicia
TSJ/SC	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional
TSJ/SCC	Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil
TSJ/SPA	Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa
UCAB	Universidad Católica Andrés Bello
UCV	Universidad Central de Venezuela
Vol.	Volumen

I. Trabajos de Tesis

Interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional*

Ramón Escovar Alvarado**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 17-100.

Resumen

El objetivo general del trabajo de grado consistió en evidenciar la relevancia del método de interpretación en el análisis del acuerdo de arbitraje y su incidencia en el eventual sometimiento a arbitraje. Los objetivos específicos fueron: 1) precisar el régimen sobre la formación, alcance y forma del acuerdo de arbitraje; 2) discutir la existencia el alcance del régimen previsto para cada uno de los efectos del acuerdo de arbitraje; 3) analizar los diferentes métodos de interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional; 4) precisar el alcance del principio pro-arbitraje en el sistema de arbitraje comercial internacional, tanto en sus normas constitucionales como en sus normas legales; y 5) demostrar la incidencia del principio pro-arbitraje en problemas que a menudo se presentan en la práctica del arbitraje comercial internacional venezolano, específicamente: en la renuncia al acuerdo de arbitraje, en las cláusulas patológicas y la recurribilidad de laudos arbitrales dictados en el extranjero. La interrogante que constituyó el núcleo de la investigación fue: ¿Por qué la jurisprudencia venezolana es contraria al arbitraje? La metodología utilizada consistió en investigar doctrina y jurisprudencia nacional e internacional (tanto de tribunales judiciales como arbitrales) con el propósito de establecer la existencia de directrices de principios básicos de arbitraje comercial internacional, entender la significación práctica de sus corolarios y delimitar los diferentes criterios que sobre estos se han adoptados. Seguidamente, se contrastaron estos principios y directrices con la posición adoptada de la jurisprudencia y se plantearon soluciones y posturas sobre cada particular objeto de análisis. Los recursos utilizados para recolectar la información fueron los siguientes: libros, obras colectivas, revistas científicas y páginas. Entre las conclusiones obtenidas en la investigación, destacamos: 1) La Constitución concibe un sistema jurisdiccional integrado por dos vías: la justicia judicial y la justicia arbitral; 2) según las normas constitucionales, las dudas acerca de la institución arbitral debe ser resueltas de manera de expandir y dar eficacia práctica al derecho fundamental de los justiciables a ir a arbitraje (principio pro-arbitraje); 3) el sistema de Derecho comercial internacional venezolano contiene reglas específicas de interpretación que pueden ser utilizadas para examinar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje a la luz del principio pro-arbitraje (artículos 1160 del Código Civil, 12 Código de Procedimiento Civil y 4 de los Principios UNIDROIT); y 4) la correcta interpretación y de las normas sobre arbitraje comercial internacional está condicionada a la eficacia de los principios de autonomía del acuerdo de arbitraje, de *Kompetenz-Kompetenz* y el régimen sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Abstract

The overall objective of this thesis was to demonstrate the importance of the method of interpretation in the analysis of arbitration agreements and its impact on the decision to submit a dispute to arbitration. The specific objectives were: 1) clarify the rules governing the formation, scope, and form of the arbitration agreement; 2) discuss the existence and scope of the regime established for

*Trabajo defendido, aprobado y calificado como Excelente el 7 de julio de 2010. Actuó como tutor y coordinador del jurado el profesor Eugenio Hernández-Bretón y lo acompañaron, como miembros del jurado, los profesores James-Otis Rodner S. y Víctor Hugo Guerra Hernández. El presente trabajo no está actualizado y se mantiene tal cual como se defendió salvo una leve adaptación de las citas a las normas de edición del Anuario y la actualización de ciertos enlaces para mantener su accesibilidad (p. ej. enlaces a decisiones del Tribunal Supremo de Justicia).

** Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), Abogado. Universidad de Nueva York (Estados Unidos de América), Magister en Derecho Comparado. Universidad Central de Venezuela (UCV), Magister *Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. Profesor de la Maestría de Derecho Internacional Privado en la UCV y en Teoría General del Arbitraje en la Universidad Monteávila. Ejerce el Derecho en ESC+G Abogados S.C.

each of the effects of the arbitration agreement; 3) analyze the various methods of interpreting international commercial arbitration agreements; 4) clarify the scope of the pro-arbitration principle in the international commercial arbitration system, both in its constitutional provisions and in its statutory provisions; and 5) to demonstrate the impact of the pro-arbitration principle on issues that frequently arise in the practice of international commercial arbitration in Venezuela, specifically: the waiver of the arbitration agreement, invalid clauses, and the appealability of arbitral awards rendered abroad. The central question of the study was: Why is Venezuelan case law opposed to arbitration? The methodology employed involved researching national and international legal doctrine and case law (from both courts and arbitral tribunals) with the aim of identifying the existence of guiding principles in international commercial arbitration, understanding the practical implications of these principles, and delineating the various approaches that have been adopted in this regard. These principles and guidelines were then compared with the position established in case law, and solutions and positions were proposed for each specific issue under analysis. The sources used to gather information were as follows: books, anthologies, scientific journals, and websites. Among the findings of the study, we highlight the following: 1) The Constitution establishes a judicial system comprising two branches: the judicial branch and the arbitration branch; 3) Venezuelan international commercial law contains specific rules of interpretation that can be used to assess the parties' intention to submit to arbitration in light of the pro-arbitration principle (Article 1160 of the Civil Code, Article 12 of the Code of Civil Procedure, and Article 4 of the UNIDROIT Principles); and 4) The proper interpretation of the rules governing international commercial arbitration depends on the effectiveness of the principles of the autonomy of the arbitration agreement, *Kompetenz-Kompetenz*, and the regime governing the recognition and enforcement of foreign awards.

Palabras clave

Arbitraje comercial internacional. Acuerdo de arbitraje. Principios del arbitraje. Interpretación del acuerdo de arbitraje. Acuerdos de arbitraje patológicos.

Keywords

International commercial arbitration. Arbitration agreement. Arbitration's principles. Interpretation of arbitration agreements. Pathological arbitration agreements.

Sumario

Introducción. I. Nociones Preliminares sobre Arbitraje Comercial. A. El arbitraje como parte integrante del sistema de justicia. B. El principio pro-arbitraje. C. El sistema de arbitraje comercial internacional. 1. Fuentes. 2. Autonomía normativa. II. El acuerdo de arbitraje comercial internacional. A. Nociones preliminares. B. Naturaleza. C. Forma. 1. Normas aplicables. 2. Defecto de forma y participación en el arbitraje. 3. La extensión táctica del acuerdo de arbitraje. D. Derecho aplicable. III. Principios de Autonomía del acuerdo de arbitraje y de *Kompetenz-Kompetenz*. A. Autonomía del acuerdo de arbitraje. 1. Noción. 2. Consecuencias. a. Consecuencias directas. i. Autonomía con respecto al contrato principal. ii. Autonomía con respecto al Derecho que rige el contrato principal. b. Consecuencias indirectas. B. Principio *Kompetenz-Kompetenz*. 1. Noción. 2. Efectos del principio *Kompetenz-Kompetenz*. a. El efecto positivo. b. El efecto negativo. 3. Afirmación del principio *Kompetenz-Kompetenz*. a. Convenciones internacionales. b. Ley de arbitraje comercial. c. Reglamento de la ICC y de la Cámara de Caracas. i. Reglamento de la ICC. ii. Reglamento del centro. 4. Jurisprudencia venezolana. a. Decisiones de la Corte Suprema de Justicia. b. Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia. i. Sala Constitucional y Sala de Casación Civil. ii. Sala Político-Administrativa. IV. Interpretación del acuerdo de arbitraje. A. Noción. B. Criterios de interpretación. 1. Interpretación según la buena fe. 2. Interpretación restrictiva. 3. Interpretación efectiva. 4. Interpretación gramatical. C. Interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano. 1. Sistema de interpretación establecido por las normas del sistema de arbitraje comercial internacional. 2. Normas aplicables a la interpretación del acuerdo de arbitraje. V. Problemas prácticos (renuncia a la cláusula arbitral, acuerdos de arbitraje patológicos y recurribilidad de decisiones arbitrales dictadas en el extranjero). A. Renuncia táctica

al acuerdo de arbitraje. B. Los acuerdos de arbitraje patológicos. 1. Carácter optativo. 2. Carencia de certeza. 3. Inoperantes o inejecutables. C. Régimen de recursos contra decisiones arbitrales dictadas en el extranjero. 1. El régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero. a. Jurisdicción de los tribunales judiciales venezolanos para decidir sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. b. Falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer recursos contra laudos arbitrales extranjeros. c. Imposibilidad de recurrir ante tribunales venezolanos laudos dictados en el extranjero. i. Imposibilidad general. ii. Imposibilidad de recursos de amparo. Conclusiones.

Introducción

La globalización como fenómeno económico, social y cultural ha impactado el mundo del Derecho. Instituciones jurídicas, concebidas para regular supuestos de hecho meramente locales, han sido replanteadas con miras a dar la cara a una realidad concreta: los hombres y mujeres del Siglo XXI son, en esencia, globales. Es innegable que existe una dialéctica entre Derecho y globalización¹. Dentro del mundo jurídico, el Derecho Comercial Internacional es la disciplina con mayor exposición a la referida realidad y, por tanto, representa un importante campo para estudiar no sólo los efectos de la globalización en el Derecho sino también las respuestas que el Derecho ha dado a la globalización.

En el Derecho Comercial Internacional, las consecuencias de la dialéctica entre Derecho y globalización se evidencian en una mayor preeminencia de la libertad de las partes, el desarrollo de una incipiente nueva ola de la *lex mercatoria*, el surgimiento del llamado Derecho a-nacional y la aplicación del arbitraje comercial internacional como método de resolución de conflictos. La presente tesis de grado trata el último de estos temas.

Ciertamente los comerciantes internacionales llevan a cabo negocios jurídicos altamente sofisticados y dinámicos. En consecuencia, desean que las eventuales controversias derivadas de los mismos sean resueltas de forma eficiente y expedita. El arbitraje es la opción que más se adecua a tales exigencias a la vez que garantiza de forma loable resultados justos y equitativos. Es por ello que representa el medio regular a través del cual los comerciantes resuelven sus disputas.

La realidad aludida en el párrafo que antecede no es obviada por las entidades creadoras de normas jurídicas tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En efecto, éstas han promovido a la institución arbitral a través de la promulgación de normas convencionales y legales. Aunado a lo anterior, dicha iniciativa normativa ha recibido un importante apoyo por parte de los poderes ejecutivos y judiciales de diferentes Estados, respectivamente, mediante la firma de tratados internacionales y el desarrollo de jurisprudencia tendiente a garantizar la vigencia práctica del arbitraje. Así pues, los Estados, conscientes de la realidad y necesidad del

¹ Véase: Rodner S., James-Otis, *La Globalización. Un proceso dinámico*, Caracas, Editorial Anauro, 2001, p. 167.

comercio internacional, han adoptado políticas públicas tendientes a favorecer al arbitraje como medio regular de resolución de controversias entre comerciantes internacionales.

La expresión jurídica de la política de estado a favor del arbitraje se encuentra en el principio conocido en el Derecho comparado como pro-arbitraje, según el cual cualquier duda sobre el arbitraje debe ser resuelta aplicando una interpretación a favor del mismo.

En Venezuela, el principio pro-arbitraje se encuentra consagrado en la Constitución de la República de 1999 (la “Constitución”)², a través de sus artículos 253, 258 y 22. Al detentar rango constitucional, el principio pro-arbitraje se erige como pilar del resto de las normas que regulan la materia. En este sentido, las normas venezolanas sobre arbitraje se inscriben en diferentes categorías, dependiendo de su origen, a saber: convenciones universales, convenciones regionales y ley nacional.

Ahora bien, al margen de la consagración constitucional y de los esfuerzos concretos por parte de los poderes ejecutivo y legislativo a favor del Arbitraje, parte de la jurisprudencia venezolana ha adoptado una postura contraria al arbitraje, imposibilitando su desarrollo como mecanismo regular de resolución de controversias entre comerciantes internacionales. Esta reacción contraria al arbitraje se fundamenta en una variada gama de premisas que van desde la soberanía jurisdiccional de los tribunales judiciales nacionales hasta la protección de los derechos constitucionales procesales de los justiciables, el orden público y los valores fundamentales del ordenamiento jurídico interno. Y se caracteriza por implementar un criterio interpretativo restrictivo al examinar los supuestos regulados por el sistema de arbitraje comercial internacional en aras de desaplicar las disposiciones específicas contenidas en el mismo.

El análisis de las diferentes expresiones de la postura contraria al arbitraje adoptada por ciertos tribunales venezolanos nos ha llevado a planteamos la interrogante siguiente: ¿De acuerdo con el principio pro-arbitraje (cúspide del sistema de arbitraje comercial internacional), puede ser aplicable a los supuestos de arbitraje comercial internacional el criterio de interpretación restrictiva?

El presente trabajo de grado tiene como propósito responder a la referida interrogante. Para este fin consideramos necesario referirnos, en primer lugar, a la concepción del arbitraje como integrante del sistema jurisdiccional venezolano, a la noción del principio pro-arbitraje y a las normas que conforman el sistema de arbitraje comercial internacional venezolano. En segundo término, nos referiremos a las particularidades del acuerdo de arbitraje, como contrato procesal autónomo. Seguidamente, analizaremos los principios de autonomía y *Kompetenz-Kompetenz*, dos de los efectos más relevantes del acuerdo de arbitraje tanto desde el punto de vista sustantivo como el adjetivo. En cuarto lugar, estudiaremos las normas de interpretación

² Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.860, 30 de diciembre de 1999.

del arbitraje. Y, por último, analizaremos la incidencia del principio pro-arbitraje en los problemas más comunes en la práctica del arbitraje comercial internacional venezolano; específicamente: en los acuerdos de arbitraje patológicos, la renuncia al acuerdo de arbitraje y los recursos contra laudos arbitrales dictados en el extranjero.

I. Nociones Preliminares sobre Arbitraje Comercial.

En este primer capítulo abordaremos el tema de los principios y normas que rigen el Sistema de Arbitraje comercial internacional. En primer lugar, nos referiremos al arbitraje como parte integral del sistema de justicia venezolano, a tenor de lo dispuesto en los artículos 20, 22, 26, 253 y 258 de la Constitución. Luego estudiaremos tanto la noción del principio pro-arbitraje como sus consecuencias en las normas del Sistema de Arbitraje comercial internacional. En tercer lugar, nos referiremos al arbitraje como parte integrante del derecho al acceso a la justicia. Por último estudiaremos el conjunto normativo que conforman el “Sistema de Arbitraje Comercial Venezolano”.

A. El arbitraje como parte integrante del sistema de justicia

Uno de los grandes avances de la Constitución es la amplia consagración y desarrollo del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, la cual —como detallaremos *infra*— fue replanteada como tutela jurisdiccional efectiva. Así, en primer lugar, el artículo 253 de la Constitución incorpora a los medios alternativos de resolución de controversias al sistema de justicia. Y el artículo 258 *ejusdem* lista al arbitraje dentro de los medios de resolución de controversias.

Concretamente y en relación con el arbitraje, el artículo 253 de la Constitución establece que:

Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, **los medios alternativos de justicia**, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio (destacado nuestro)

Y, por su parte, el artículo 258 *ejusdem* es del tenor siguiente:

La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos (destacado nuestro).

De esta manera, la Constitución concibe un sistema jurisdiccional integrado por dos vías: la justicia judicial y la justicia arbitral. Tanto las decisiones tomadas por un tribunal judicial como las tomadas por un tribunal arbitral tienen fuerza de cosa juzgada. Ambas vías representan alternativas jurisdiccionales a través de las cuales los justiciables pueden someter sus controversias al conocimiento de tribunales con potestad para dirimir las de forma definitiva con fuerza de cosa juzgada. Cada una de ellas posee sus ventajas y desventajas. En la mayoría de los casos, queda a opción de los justiciables cuál de estas vías tomar. Sin embargo, es válido afirmar que la justicia arbitral, caracterizada por su naturaleza expedita y especializada, constituye el mecanismo más natural de resolución de controversias del comercio; especialmente, para aquellas tan complejas y dinámicas como las que se suscitan en el seno del comercio internacional.

Tanto la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 253 de la Constitución como las reflexiones que sobre el tema plantea su exposición de motivos, desarrollan el criterio según el cual el principio de soberanía implica que la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y, por ende, es impartida en nombre de la República y por autoridad de la ley. La exposición de motivos es clara en destacar que en la Constitución se:

incorporan al sistema de justicia los medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado fomente y promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general.

Así pues, la noción de soberanía jurisdiccional consagrada por el constituyente se fundamenta en la premisa que son justamente los ciudadanos quienes conceden a los entes del sistema de justicia el poder para dirimir de forma definitiva sus controversias³. Y esta conclusión se ve reforzada por el derecho constitucional al libre desenvolvimiento de la personalidad, el cual está consagrado por el artículo 20 de la Constitución, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social”.

A tenor del comentado derecho es posible que los particulares lleven a cabo todas aquellas actividades que no se encuentran expresamente prohibidas por el ordenamiento

³ Dicha tesis es desarrollada en Venezuela por Hung. Véase: Hung Vaillant, Francisco, *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 31.

jurídico. Sobre estas premisas es que el arbitraje constituye una alternativa jurisdiccional a la justicia judicial⁴.

La jurisprudencia de varias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia ha abordado las implicaciones de los artículos 253 y 258 de la Constitución. Así, por ejemplo, conviene tener en cuenta los precedentes de las decisiones siguientes: (i) sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 08 de febrero de 2002 (caso: *Hanover P.G.N. Compressor C.A.*), la cual describió las motivaciones que inspiraron al constituyente de 1999 al replantearse el sistema de justicia de mera de integrar al arbitraje⁵; (ii) sentencia de la Sala Constitucional de fecha 23 de mayo de 2001 (caso: : *Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A.*), en la que se estableció que los entes arbitrales forman parte del sistema de justicia⁶; (iii) sentencia de la Sala Constitucional del 5 de octubre de 2000 (caso: *Héctor Luis Toledo*), a través de la que se estableció que el arbitraje, como parte de una “justicia alternativa”, tiene plenas potestades para ejercer la función jurisdiccional y no se encuentra supeditada a los tribunales judiciales⁷; y (iv) sentencias de la Sala Político-Administrativa de fecha 19 de junio de 2001 y 29 de enero de 2002 y (casos: *Hoteles Doral y Banco Venezolano de Crédito*) y *Hoteles Doral*, respectivamente), que destacaron la constitucionalización de los medios alternativos de resolución de conflictos⁸.

⁴ Véase: Hernández-Bretón, Eugenio, Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental, en: I. Valera (ed.), *Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, p. 30.

⁵ La comentada sentencia establece lo siguiente:

“La excesiva litigiosidad, la ritualidad de los procesos, la multiplicidad de competencias y el reducido número de juzgados en relación con las causas sometidas a su consideración, entre otros motivos, han producido retardos considerables en la administración de justicia por parte del Estado, lo que en definitiva ha causado la pasividad de los particulares respecto de las arbitrariedades e ilegalidades cometidas y ha originado desinterés en poner en marcha la actividad jurisdiccional para obtener el restablecimiento del orden jurídico infringido.

Ante esta realidad surgió la necesidad de establecer en el ordenamiento jurídico, medios alternativos de resolución de controversias, entre los que se encuentra el arbitraje, el cual permite a los particulares resolver sus diferencias mediante un procedimiento más sencillo y expedito, con la intervención de terceros ajenos e imparciales, denominados árbitros, a los que el Estado les atribuye la facultad de juzgar. ... En todo caso, el ordenamiento jurídico venezolano faculta a los particulares para someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica contractual o no contractual, salvo las cuestiones de estado, divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los que no es admisible la transacción.” Véase: incontestable carácter jurisdiccional”.

Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, No. 82, 8 de febrero de 2002 (*Hanover P.G.N. Compressor C.A.*). <https://sl1nk.com/5oyhm8x>

⁶ Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Constitucional, No. 827, 23 de mayo de 2001 (caso: *Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A.*). <https://11nq.com/wos5dkt>

⁷ La decisión dispone que: “Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales como lo son árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa... No puede considerarse esta forma (la alternativa) de ejercicio de jurisdicción esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el Poder Judicial.” Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Constitucional, No. 1139, 5 de octubre de 2000 (caso: *Héctor Luis Toledo*). <https://sl1nk.com/jrh3kjp>

⁸ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 1209, 19 de junio de 2001 (caso: *Hoteles Doral C.A. c. Corporación L Hoteles C.A.*). <https://11nq.com/c388f82>. Véase también sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 98, 29 de enero de 2002 (caso: *Banco Venezolano de Crédito c. Venezolana de Relojería, s.a. y otro*). <https://sl1nk.com/1ygr8ua>

No obstante, ha sido el reciente precedente de la Sala Constitucional, mediante sus decisiones dictadas el 28 de febrero de 2008 (caso: *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado*) y en Sentencia dictada por la Sala Constitucional el 17 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó y otros*), el que ha delineado claramente el alcance de la integración del arbitraje dentro del sistema de justicia venezolano.

La sentencia de la Sala Constitucional del 28 de febrero de 2008 (caso: *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado*) es importante porque recalcó que el Arbitraje tiene carácter jurisdiccional y que su inclusión en el sistema de justicia venezolano implica una nueva concepción de la tutela judicial efectiva, la cual fue replanteada por el constituyente de 1999 como tutela jurisdiccional efectiva⁹. La decisión resalta el derecho de los justiciables a elegir entre dirimir sus controversias por tribunales judiciales o por tribunales arbitrales, pues en nuestro ordenamiento jurídico existe “un derecho fundamental al arbitraje que está inserto en el derecho a la tutela jurisdiccional”¹⁰. En este sentido, cabe destacar que la noción del derecho fundamental al arbitraje había sido expuesta tiempo antes de la comentada decisión por Hernández-Bretón¹¹.

Aunado a todo lo anterior, la decisión comentada en el párrafo que antecede establece la aplicación del principio pro-arbitraje a la interpretación y calificación de supuestos de hecho y disposiciones normativas relacionadas con la materia.

En esta misma sintonía, la sentencia dictada por la Sala Constitucional el 27 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*) es de gran importancia, debido a que desarrolla el precedente del caso *Bernardo Weininger y otros* en relación a la integración del arbitraje dentro del sistema de justicia venezolano y el derecho fundamental al arbitraje (tutela jurisdiccional efectiva), al mismo tiempo que delimita claramente el tema de la arbitrabilidad objetiva¹². Específicamente, la decisión permite expresamente el arbitraje en materias consideradas como de orden público y, por tanto, no objeto de transacción a pesar de ser de naturaleza comercial. El fallo estableció expresamente que:

En Venezuela, esta Sala advierte que la inclusión del arbitraje dentro del sistema de justicia, puso fin a la aparente contradicción que desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial se generó entre arbitraje, orden público, normas imperativas y el principio tuitivo o

⁹ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 192, 28 de febrero de 2008 (caso: *Bernardo Weininger, Hernando Díaz y Ramón Escovar Alvarado*). <https://11nq.com/f0gzmf>

¹⁰ Véase: Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

¹¹ Véase: Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

¹² Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1541, 17 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*). <https://11nq.com/s9wmm7>

Cabe destacar que la arbitrabilidad objetiva se refiere al campo y los límites de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje. La arbitrabilidad objetiva en Arbitraje comercial internacional venezolano está regulada normativamente por el 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial. La Ley de Derecho Internacional Privado fue publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.511, 6 de agosto de 1998. La Ley de Arbitraje Comercial fue de la República de Venezuela Oficial No. 36.430, 7 de abril de 1998.

protector de la legislación especial en áreas "sensibles" como laboral, arrendamiento, consumo, operaciones inmobiliarias, entre otras.

Cuando el legislador determina que conforme al principio tuitivo, una materia debe estar regida por el orden público, no deben excluirse per se a los medios alternativos para la resolución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje, ya que la declaratoria de orden público por parte del legislador de una determinada materia lo que comporta es la imposibilidad de que las partes puedan relajar o mitigar las debidas cautelas o protecciones en cabeza del débil jurídico, las cuales son de naturaleza sustantiva; siendo, por el contrario que la libre y consensuada estipulación de optar por un medio alternativo —vgr. Arbitraje, mediación, conciliación, entre otras—, en directa e inmediata ejecución de la autonomía de la voluntad de las partes es de exclusiva naturaleza adjetiva.

Por ello, ya que el orden público afecta o incide en la esencia sustantiva de las relaciones jurídicas, conlleva a que sea la ley especial y no otra la norma de fondo la que deban aplicar los árbitros, en tanto los medios alternativos de resolución de conflictos al constituirse en parte del sistema de justicia no pueden desconocer disposiciones sustantivas especiales de orden público, al igual que no podrían quebrantarse por parte del Poder Judicial.

La estipulación en un contrato de cualquier medio alternativo para la resolución de controversias, no supone entonces renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial, porque tales medios deben aplicarla preferentemente, lo cual en forma alguna permite afirmar la anulación del ejercicio de competencias administrativas en materia de policía administrativa, conforme al estatuto atributivo de específicas potestades en determinada materia —vgr. En materia de bancos, seguros, valores y competencia a las respectivas Superintendencias o en materia de arrendamiento a las Direcciones de Inquilinato—, sino por el contrario, es admitir que en el ordenamiento jurídico vigente el hecho que se haya pactado un arbitraje no altera el régimen protector o de derecho público aplicable a cada área, en tanto la misma se constituye en la elección de un medio distinto a la vía judicial, al momento de una pretensión pecuniaria entre las partes¹³.

De manera tal que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los precedentes de sus decisiones dictadas el 28 de febrero de 2008 (caso: *Bernardo Weininger, Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado c. numeral 4to. del artículo 87 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*) y el 27 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*) ha interpretado los artículos 26, 49, 253 y 258 de la Constitución para entender que: (a) el sistema de justicia ideado por el constituyente de 1999 está integrado por la justicia arbitral y la justicia judicial; (b) existe un derecho fundamental de acudir a arbitraje; (c) el principio de la tutela judicial efectiva fue replanteada de manera de incluir también la justicia arbitral; (d) el hecho que a una controversia le sean aplicables normas imperativas o de orden público no conlleva a que la misma sea inarbitrable; (e) la suscripción de un acuerdo de arbitraje no implica renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial; (f) el carácter imperativo del régimen regulatorio de materias consideradas

¹³ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

como de orden público o imperativas debe ser exclusivamente extensible a normas sustantivas y no a las procesales; y (g) los jueces deben aplicar una interpretación pro-arbitraje.

En suma, de acuerdo con los artículos 20, 26, 49 y 253 y 258 de la Constitución y del precedente jurisprudencial desarrollado por el Tribunal Supremo de Justicia, es válido afirmar que los tribunales arbitrales constituyen entes jurisdiccionales que forman parte del sistema de justicia y que detentan la potestad de componer controversias intersubjetivas con fuerza de cosa juzgada. Estos tribunales no están en un plano inferior a los tribunales judiciales ni pueden ser considerados como una jurisdicción excepcional. Constitucionalmente, están en el mismo nivel. Por lo que resultará inconstitucional cualquier interpretación que impida o limite el acceso de los justiciables al arbitraje por motivos no previstos expresamente por normas legales.

B. El principio pro-arbitraje

De acuerdo con los artículos 253 y 258 de la Constitución, los jueces deben dar prevalencia a una interpretación que favorezca, maximice y expanda la efectividad del derecho de los justiciables a acudir a arbitraje (el principio pro-arbitraje). Así, es contraria a Derecho toda interpretación que cercene el derecho de las partes al arbitraje, bien sea porque exija condiciones excesivamente formalistas para la ejecución del acuerdo de arbitraje o porque pretenda excluir materias que, de acuerdo con una interpretación razonable del Derecho venezolano, son objetivamente arbitrables.

El artículo 258 de la Constitución otorga rango constitucional al principio pro-arbitraje a la vez que establece el deber del legislador de promocionar el arbitraje¹⁴. Dicha disposición viene a representar un pilar en la estructura del sistema de administración de justicia concebido por el constituyente de 1999. Sobre el tema conviene citar Díaz-Candia quien enseña que el artículo 258 de la Constitución representa:

...la concretización en norma constitucional de lo que en Derecho Continental Europeo se conoce con el nombre de principio “*pro arbitri*” (principio a favor del arbitraje) y en el sistema de Derecho Angloamericano se engloba en la denominada “*Liberal Arbitration Policy*”. Dicho principio se materializa en la obligación de todo operador jurídico de adoptar una interpretación que favorezca, impulse y otorgue validez y eficacia práctica al arbitraje¹⁵.

El principio pro-arbitraje trae como consecuencia que cualquier duda en relación a supuestos de hechos o interpretación de normativa sobre arbitraje debe ser resuelta en favor de la institución arbitral. Al respecto, conviene destacar que la sentencia de la Sala Constitucional

¹⁴ Díaz-Candia, Hernando, La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos. Hacia el arbitraje contencioso-administrativo, en: *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2009, No. 10, p. 718.

¹⁵ Díaz-Candia, La jurisdicción arbitral..., ob. cit., p. 718.

dictada el 17 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*) resaltó que el deber de promocionar el arbitraje no sólo incluye a la ley sino también a los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, el método interpretativo que éstos apliquen debe ceñirse al principio pro-arbitraje.

El principio de interpretación pro-arbitraje constituye un corolario del principio constitucional a la interpretación progresiva de los derechos fundamentales, consagrada en el artículo 19 de la Constitución. Dicha disposición reza:

El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen.

En este contexto, la interpretación aplicable a supuestos de hechos relacionados con arbitraje comercial internacional debe tener por norte dar eficacia práctica al derecho de los justiciables a resolver sus controversias mediante la institución arbitral. Esto implica que en la práctica se garantice una de tutela jurisdiccional, que comprende tanto a tribunales comerciales ordinarios como tribunales de arbitraje comercial. Para ello debe utilizarse una interpretación progresiva o “constitucionalizante”.

El precedente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha destacado que las normas no deben ser interpretadas de forma aislada sino más bien teniendo en cuenta el resto del ordenamiento jurídico y de manera de garantizar la progresividad de los derechos constitucionales (de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dictada el 9 de diciembre de 2002 (caso: *Fiscal General*)¹⁶. La interpretación jurídica no puede ser extraña al principio de supremacía constitucional ni tampoco al principio de progresividad de los derechos fundamentales, establecidos respectivamente en el artículo 7 y 19 del texto Fundamental. Por ende, los métodos de interpretación jurídica deben ser concebidos y aplicados de manera que, el goce y disfrute de todos los valores y principios consagrados en la Constitución se maximicen y se expandan de forma razonable. Justamente, el norte la interpretación jurídica es el principio de progresividad de los derechos fundamentales.

De manera tal que a tenor del principio de interpretación progresiva o constitucionalizante, las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse de la forma más favorable posible al disfrute de los derechos fundamentales¹⁷.

Sobre el tema del deber promoción del arbitraje, la jurisprudencia del Tribunal, en sentencias de la Sala Político-Administrativa de fecha y 19 de junio de 2001 y 29 de enero de

¹⁶ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 3167, 9 de diciembre de 2002 (caso: *Fiscal General*). <https://11nq.com/sylmqts>

¹⁷ Véase: Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

2002 (casos: *Hoteles Doral* y *Banco Venezolano de Crédito*, respectivamente) ha determinado que:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ...consagró en su artículo 258 el deber que tiene el legislador de promover el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualquiera otros medios para la solución de conflictos, como alternativa a las típicas disputas o querellas en sede judicial, eso es, no otra cosa que la constitucionalización de los medios alternativos para la solución de conflictos.

Ahora bien, dicho deber —de promover los medios alternativos de conflictos— no se agota o tiene como único destinatario al legislador; esto es, a la Asamblea Nacional como órgano legislativo nacional; sino también, al propio operador judicial, quien deberá en la medida de lo posible, promover e incitar a las partes querellantes al avenimiento y a la conciliación, mediante el uso de cualquiera de los medios posibles para tal fin; entre ellos, los clásicos medios de autocomposición procesal (Vgr. la transacción), y otros, que si bien no arrojan una solución inmediata o ab initio, no obstante, si procuran un entendimiento en cuanto a la elección de un mecanismo alternativo a la vía judicial; **siendo en este sentido el arbitraje (bien de equidad o de Derecho) el que por excelencia se amolda mejor a semejante desideratum** (destacado nuestro).

En nuestro criterio, el principio pro-arbitraje se hace específicamente sensible en el análisis judicial de los acuerdos de arbitraje, tanto en lo relativo al examen de su validez y eficacia como a la eficacia práctica de sus efectos. A la luz de los artículos 19, 26, 49, 253 y 258 de la Constitución, será inconstitucional toda interpretación judicial ritualista, que ponga trabas irrazonables y menoscabe la voluntad de las partes a acudir arbitraje, ya sea por exigir condiciones excesivamente formalistas para la ejecución del acuerdo de arbitraje o por excluir materias que sean arbitrables¹⁸.

C. El Sistema de Arbitraje comercial internacional

En esta Sección nos referiremos a la naturaleza especial de las normas que integran el Sistema Arbitraje comercial internacional venezolano y a sus fuentes.

1. Fuentes

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Comercial (la “Ley de Arbitraje”), todo arbitraje comercial de orden internacional debe ser regido por los tratados multilaterales o bilaterales que se encuentren vigentes en Venezuela; de no ser aplicable algún

¹⁸ El artículo 26 de la Constitución dispone que: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela 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 o reposiciones inútiles”.

El encabezado del artículo 49 de la Constitución establece que: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”.

tratado internacional, en principio, se aplicará la Ley de Arbitraje (concebida bajo un esquema monista y, por ende regula tanto el arbitraje internacional como el nacional)¹⁹. En Venezuela se encuentran vigentes: (a) la Convención de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras de 1958 (la “Convención de Nueva York”)²⁰; (b) la Convención Interamericana sobre Arbitraje comercial internacional de 1975 (la “Convención de Panamá”)²¹; (c) la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros 1979 (la “Convención de Montevideo”)²²; y (d) el Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros —vigente desde 1911 (el “Acuerdo Boliviano”)²³.

La Ley de Arbitraje será aplicable únicamente en aquellos supuestos en los que: (i) entre Venezuela y el país en el que se haya dictado el laudo no se encuentren vigentes alguno de los tratados internacionales anteriormente señalados; o (ii) en los referidos instrumentos internacionales exista algún vacío y la aplicación de la Ley de Arbitraje no conlleve a una violación de alguno de sus principios fundamentales. Conviene anotar que, en los supuestos en que entre Venezuela y el país donde se haya dictado el laudo se encuentre vigente más de un tratado internacional, la jurisprudencia venezolana ha dictaminado que las disposiciones de estos deben ser aplicadas armónicamente de manera de cumplir con su objetivo común de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el país. Lo que se traduce en que la aplicación de una convención no excluye a la de las demás²⁴.

En este contexto, todos los instrumentos señalados en los párrafos que anteceden, en su conjunto, conforman un claro y coherente régimen normativo aplicable al arbitraje comercial internacional venezolano. En el presente trabajo nos referiremos a dicho régimen como el “Sistema de Arbitraje comercial internacional”.

2. Autonomía normativa

A diferencia de sus pares de otras latitudes, el legislador venezolano optó por regular el arbitraje comercial internacional a través de un conjunto de normas especiales. Salvo lo

¹⁹ En este sentido conviene destacar que, según lo dispuesto por el artículo VII de la Convención de Nueva York, podrá aplicarse preferentemente una ley nacional siempre que ésta sea más favorable al arbitraje (principio pro-arbitraje).

²⁰ Convención firmada en Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria de la República de Venezuela No. 4.832 del 29 de diciembre de 1994. Depósito del Instrumento de Adhesión: 08 de febrero de 1995.

²¹ CIDID I, Panamá 1975. Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 33.170, 22 de febrero de 1985. Depósito del Instrumento de Ratificación: 16 de mayo de 1985.

²² CIDIP II, Montevideo, 1979. Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 33.144, 15 de enero de 1985. Depósito del Instrumento de Ratificación: 22 de febrero de 1985.

²³ Aprobación: Caracas, 1911. Aprobación Legislativa 11 de junio de 1912. Ratificación: 19 de diciembre de 1914.

²⁴ Véase sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 605, 9 de octubre de 1997 (caso: *Embotelladoras Caracas C.A. y otros v. Pepsi-Cola Panamericana S.A.*), *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, No. 108, p. 150.

referente a la cláusula de jurisdicción inderogable de los tribunales venezolanos, el sistema normativo que rige al arbitraje comercial internacional venezolano excluye la aplicación de las disposiciones contenidas en Ley de Derecho Internacional Privado y demás fuentes normativas que no contengan disposiciones especiales sobre la materia arbitral²⁵. En efecto, el artículo 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece expresamente que:

Salvo lo dispuesto en el artículo 47 de esta Ley, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia.

A pesar de lo claro y escueto de la disposición, su vigencia no deja de suscitar interrogantes en relación con el alcance de la exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado que ésta implica. En la práctica el asunto adquiere un alto grado de sensibilidad, toda vez que las normas especiales del arbitraje comercial internacional venezolano no regulan todos los aspectos relacionados con la institución²⁶. La jurisprudencia del Tribunal Supremo venezolano tampoco ha aportado una respuesta coherente al particular. Su criterio —hasta el momento— ha sido utilizar disposiciones concretas de la Ley de Derecho Internacional Privado para resolver situaciones no reguladas por las normas especiales de arbitraje. Inclusive, ha llegado a aplicarlas contraviniendo disposiciones y principios esenciales de arbitraje.

Para ilustrar la idea desarrollada en el párrafo que antecede véase, por ejemplo, la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 19 de noviembre de 2004 (caso: *Consortio Barr v. Four Seasons*)²⁷. El caso que dio origen a la controversia sobre la cual versa la decisión trataba de un contrato de agencia hotelera que contenía una cláusula de arbitraje de la Asociación Americana de Arbitraje (conocida por sus siglas AAA). Dicha cláusula fijaba la ciudad de Nueva York como sede del tribunal arbitral. Iniciado el proceso arbitral una de las partes (la venezolana) intentó una demanda ante los tribunales venezolanos. Eso desató un puñado de decisiones de los tribunales venezolanos, de las cuales destaca la sentencia de la Sala Constitucional de 19 de noviembre de 2004.

La sentencia *in comento*, en primer lugar, no aplicó ninguna de las normas de origen internacional del sistema venezolano de arbitraje comercial internacional, a pesar de que el artículo 1 de la Ley de Arbitraje es claro en disponer que: “Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”.

En segundo lugar, obviando el carácter exclusivo y excluyente de la cláusula de arbitraje (reconocido de forma expresa por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje), se dictaminó la existencia de una litispendencia internacional, toda vez que tanto un tribunal arbitral en el extranjero como los tribunales judiciales venezolanos estaban conociendo litigios en los que existía triple

²⁵ La cláusula de jurisdicción inderogable está contenida en el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

²⁶ Véase: Rodríguez, Luis Ernesto, Arbitraje comercial internacional. Artículo 62, en: T. B. de Maekelt, I. Esis y C. Resende (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, p. 1252.

²⁷ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, No. 2635, 19 de noviembre de 2004 (caso: *Consortio Barr c. Four Seasons*). <https://sl1nk.com/rgh2e0z>

identidad de sujetos, objeto y causa. Cabe resaltar que la tesis sobre la cual se erige el razonamiento de la sentencia comentada (es posible una litispendencia entre un tribunal arbitral extranjero y los tribunales judiciales venezolanos) es contraria a la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo de Justicia que exige que los acuerdos de arbitraje no sean optativos, es decir, que no establezcan al arbitraje como único y exclusivo medio de resolución de controversias.

En tercer lugar, la Sala aplicó las normas de litispendencia internacional contenidas en la Ley de Derecho Internacional Privado esgrimiendo la existencia de un vacío legal de la Ley de Arbitraje. Bajo estos argumentos, se denegó el reconocimiento del laudo dictado por el Tribunal Arbitral del caso en cuestión.

Ahora bien, sobre las interrogantes del artículo 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado, Rodríguez correctamente enseña que la solución se plantea a través de dos opciones: aplicar subsidiariamente las normas de Derecho Internacional Privado en aquellos casos no regulados directamente por las normas de arbitraje; o reconocer la autonomía plena de las normas de arbitraje comercial internacional, excluyendo cualquier aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado²⁸. Aunque reconocemos las bondades de la primera opción, consideramos que es la segunda la jurídicamente correcta²⁹.

En nuestro criterio, la independencia plena de las normas de arbitraje comercial internacional debe ser aceptada por tres razones fundamentales. En primer lugar, en razón de los efectos del principio de autonomía de la voluntad de las partes (rector por excelencia de la institución arbitral), el cual —en este caso— es regulado por la *lex arbitri* y ulteriormente es controlado por el Derecho del lugar donde sea solicitada la ejecución del laudo. El someter los temas de fondo discutidos en un proceso arbitral (por ejemplo: Derecho aplicable a una relación contractual o a un acuerdo de arbitraje) a normas de conflicto restringe los efectos de la autonomía de la voluntad de las partes.

En el ordenamiento jurídico venezolano, el principio de autonomía de voluntad de las partes fundamenta jurídicamente la independencia plena de las normas de arbitraje comercial internacional. Y ello no se ve afectada porque: (a) la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el Derecho aplicable al fondo del litigio carezca de asidero expreso en la Ley de Arbitraje y (b) la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje se encuentre plasmada de forma indirecta, a través del ordinal g del artículo 48 de la

²⁸ Véase: Rodríguez, Arbitraje comercial... ob. cit., p. 1252.

²⁹ Entre nosotros, Guerra Hernández apoya la tesis de la exclusión absoluta de las normas de Derecho Internacional Privado *strictu sensu* al Arbitraje comercial internacional. Véase: La Ley venezolana sobre Arbitraje Comercial. Consideraciones al reconocimiento y/o ejecución del laudo arbitral (artículos 48 y 49), en: A. Jaffé et al. (eds.), *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Tomo II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, p. 50.

*Ley in comento*³⁰. En este sentido, el hecho de que la primera de estas no haya sido estipulada por la Ley de Arbitraje de ninguna forma implica que la misma carezca de existencia³¹.

No se debe dejar de tener en cuenta que, en la práctica, las partes de un arbitraje comercial internacional eligen reglamentos arbitrales, los cuales —en la inmensa mayoría de los casos— consagran expresamente la autonomía de las partes de elegir el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Así por ejemplo, el artículo 17.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París (conocida por sus siglas en inglés, la “ICC”) expresamente establece que:

Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas³².

En segundo lugar, la independencia plena de las normas de arbitraje comercial internacional debe ser aceptada en razón que, a diferencia de los tribunales judiciales ordinarios, los tribunales arbitrales no poseen foro. En este sentido, la doctrina comparada ha señalado que la consecuencia de esta particularidad se encuentra en que, a diferencia de los jueces nacionales, los tribunales arbitrales no deben utilizar normas de Derecho Internacional Privado para determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia en aquellos casos en los que partes no lo hayan seleccionado³³. Así, estos poseen *voire direct*; es decir, la facultad de elegir el Derecho que consideren más apropiado para regir el fondo de la controversia, sin estar compelidos a utilizar normas de Derecho Internacional Privado de alguno de los Estados relacionados con el arbitraje. Dicha facultad, concebida para evitar que la elección de normas de Derecho Internacional Privado del Estado de una u otra parte pueda ser percibida como una muestra de parcialidad, ha traído como consecuencia un marcado incremento en la aplicación de la *lex mercatoria*, elegida gracias al poder del Tribunal Arbitral de seleccionar el Derecho aplicable al fondo en aquellos supuestos en que las partes no lo hayan hecho³⁴. Por tanto, el imponer al tribunal arbitral el deber de utilizar un determinado esquema normativo de Derecho

³⁰ Véase: Hernández-Bretón, Eugenio, Algunas cuestiones de derecho procesal civil en la Ley de Derecho Internacional Privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Volumen II, p. 486.

³¹ Véase: Sánquiz Palencia, Shirley, *El Derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Fundación Roberto Goldschmidt, 2005, p. 67 y Hernández-Bretón, Eugenio, El Arbitraje Internacional y la Ley de Arbitraje Comercial, en: *Derecho Internacional Privado, materiales para el estudio de la carrera de Derecho*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 3ª ed. revisada, 2005, Tomo II, 870.

³² Consultada en: *Reglas de Arbitraje, vigentes desde el 1 de enero de 1998, Corte Internacional de Arbitraje*, París, Cámara de Comercio Internacional, 2ª ed., 2001, p. 25

³³ Véase Redfern, Alan y Martin Hunter, con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, Thomson, 2004, 4ª ed., p. 122. Véase también: Gaillard, Emmanuel y John Savage, *Fouchard Gaillard: Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, p. 288 y Craig, Lawrence, William Park y Jan Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Paris, Oceana Publications, 3ª ed., 2000, p. 329

³⁴ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 122. Gaillard y Savage, *Fouchard Gaillard...*, ob. cit., p. 288 y Craig, Park y Paulsson, *International Chamber of Commerce...*, ob. cit., p. 329.

Internacional Privado para seleccionar el Derecho aplicable al fondo de la controversia constituiría una limitación al dinamismo y practicidad del arbitraje.

En tercer lugar, la independencia plena de las normas de arbitraje comercial internacional debe ser aceptada en razón que los contratos a los que le son aplicables los acuerdos de arbitraje se caracterizan por ser altamente sofisticados y extensos, por lo que en la práctica resulta poco probable que una determinada situación carezca de regulación y, por tanto, sea necesario recurrir a normas de conflicto. Sin embargo, esto no quiere decir que la autonomía de la voluntad de las partes de reglamentar su relación comercial sea completamente ilimitada. En arbitraje comercial internacional esta debe ceñirse a lo establecido por el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, la *lex arbitri* y, ulteriormente el Derecho del lugar donde es ejecutado el laudo.

Por las razones expuestas, consideramos que la opción más coherente jurídicamente con la autonomía de la voluntad de las partes y la naturaleza dinámica y expedita del arbitraje es permitir la independencia plena de las normas de arbitraje comercial internacional, las cuales hacen plausible que ésta represente el mecanismo de resolución de controversias por excelencia de los comerciantes internacionales.

II. El acuerdo de arbitraje comercial internacional

En este capítulo nos referiremos puntualmente a aspectos fundamentales sobre el acuerdo de arbitraje, a saber: (a) nociones preliminares; (b) naturaleza; (c) forma; y (d) Derecho aplicable.

A. Nociones Preliminares

La Ley de Arbitraje Comercial, siguiendo los parámetros de la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (la “Ley Modelo”), en su artículo 5, define al acuerdo de arbitraje como aquel por medio del cual:

las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual.

Adicionalmente, el mencionado artículo recoge normativamente principios básicos de la forma y efectos del acuerdo de arbitraje al establecer que: “El acuerdo de arbitraje puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente” y

en virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces. El acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

Sobre este particular hay que tener en cuenta lo dispuesto por los tratados y convenciones internacionales de arbitraje comercial internacional vigentes en Venezuela. La Convención de Nueva York, a través de su artículo II.3, se refiere al acuerdo de arbitraje como aquel conforme al cual las partes se obligan a:

a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

En segundo lugar, la Convención de Panamá, en su artículo 1, habla del:

acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas en relación a un negocio de carácter mercantil.

Cabe destacar que la noción de acuerdo de arbitraje utilizada por estas convenciones será aplicable siempre que se trate de un supuesto en que el arbitraje tenga relación con un país donde también esté vigente el tratado en cuestión. Cuando se trate de un país en el cual están vigentes ambas convenciones, la mejor jurisprudencia venezolana en la materia ha sido clara en afirmar que éstas son aplicables armónicamente³⁵.

Ahora bien, salvo algunas de las modalidades del arbitraje estipulado por tratados de inversión en los que el derecho a acudir a arbitraje es consecuencia directa de un tratado internacional o de la ley, el acuerdo de arbitraje es sin duda alguna la génesis de todo proceso arbitral³⁶. Paradójicamente, se caracteriza por ser un acuerdo de naturaleza contractual con efectos procesales³⁷. Su propósito no es otro que evidenciar el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje. La constancia de dicho consentimiento representa el pilar fundamental del sistema de arbitraje comercial internacional. Por otro lado, las características propias del acuerdo de arbitraje han llevado a la doctrina a afirmar que este representa un contrato de tipo especial, autónomo y plenamente individualizado³⁸.

En este contexto, el acuerdo de arbitraje debe cumplir con una serie de requisitos fundamentales para su validez, a saber: las partes deben detentar capacidad para firmar el referido acuerdo; debe constar por escrito; el acuerdo debe versar sobre una relación legal definida (contractual o no contractual), y referirse a controversias que puedan ser resueltas por arbitraje. Aunado a lo anterior, el acuerdo de arbitraje debe ser válido en congruencia con la ley

³⁵ Véase: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia No. 605, 9 de octubre de 1997, cit.

³⁶ En arbitraje de inversión, la posibilidad de acudir a arbitraje puede ser consecuencia de un tratado internacional o, inclusive, de una ley nacional. En estos casos se dice que el instrumento en cuestión contiene una "oferta de arbitraje".

³⁷ Sobre este respecto el profesor Hernández-Bretón caracteriza al acuerdo de arbitraje como un contrato con efectos procesales. Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones...*, ob. cit., p. 486.

³⁸ Véase: Delgado Soto, Germán, Nulidad de la cláusula arbitral, en: I. Valera (ed.), *Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, p. 224.

que las partes lo han sometido o, a falta de ello, con el Derecho del lugar donde el laudo sea dictado (*lex arbitri*)³⁹.

B. Naturaleza

La naturaleza del acuerdo de arbitraje es quizá uno de los temas más discutidos del Derecho de arbitraje comercial internacional. Sin embargo, como bien ha señalado la doctrina angloamericana, dicha discusión en la práctica ha sido dejada atrás por los diferentes textos normativos de arbitraje⁴⁰. Nosotros nos limitaremos en esta sección a fijar la postura que sobre el particular compartimos: el acuerdo de arbitraje es de naturaleza contractual y produce efectos que son tanto contractuales como procesales⁴¹.

Siguiendo estas directrices, en el supuesto que el acuerdo de arbitraje sea regido por el Derecho venezolano, serán aplicables sus normas sustantivas sobre el perfeccionamiento y/o ejecución de contrato.

A pesar de su naturaleza contractual, el acuerdo de arbitraje producirá una serie de efectos procesales. Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides destacan los siguientes: (i) obligación de las partes de someter a arbitraje todas las disputas comprendidas por el acuerdo de arbitraje; (ii) facultad del tribunal arbitral de decidir todas las disputas que surjan entre las partes, siempre y cuando estén comprendidas por el acuerdo de arbitraje; (iii) facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia (principio *Kompetenz-Kompetenz*) y obligación de los tribunales judiciales a declarar su incompetencia para conocer controversias comprendidas por la cláusula de arbitraje⁴². Estos efectos se concretan en el carácter exclusivo y excluyente del acuerdo en cuestión, consagrado en Venezuela mediante el artículo 5 de la Ley de Arbitraje.

C. Forma

En cuanto a la forma del acuerdo de arbitraje realizaremos, en primer lugar, un análisis de las normas del sistema venezolano de arbitraje comercial internacional que la rigen. Luego, haremos una serie de precisiones sobre los principales inconvenientes prácticos que estos pueden producir, a saber: (i) participación en el proceso arbitral a pesar de que la cláusula adolezca de un defecto de forma; y (ii) la extensión tácita del acuerdo de arbitraje.

³⁹ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice*...ob. cit., p. 132.

⁴⁰ Véase: Várady, Tibor, John Barceló y Arthur von Mehren, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Nueva York, American Casebook Series, Thomson-West, 2nd ed., 1993, p. 81.

⁴¹ Sobre este respecto el profesor Hernández-Bretón caracteriza al acuerdo de arbitraje como un contrato con efectos procesales. Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones*..., ob. cit., p. 486.

⁴² Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice*..., ob. cit., p. 134. Vale la pena destacar que, en lo que al sistema de arbitraje comercial internacional se refiere, este deber de los tribunales venezolanos posee dos excepciones, a saber: asistencia al tribunal arbitral en el caso de medidas cautelares y ejecución de laudos extranjeros.

1. Normas del sistema de arbitraje comercial internacional que rigen la forma del acuerdo de arbitraje

Los diferentes textos normativos que integran el sistema de arbitraje comercial internacional venezolano de manera unánime exigen que el acuerdo de arbitraje conste por escrito. Así, la Convención de Nueva York, mediante el artículo II.1, hace referencia al deber de los Estados parte de reconocer acuerdos de arbitraje extranjeros y exige que éstos consten por escrito. El artículo II.2 de dicha convención, adicionalmente, define al acuerdo por escrito como aquel que se materializa en una “cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de telegramas”. La convención de Panamá, en su artículo 1, sigue estas mismas directrices.

Por su parte, la Ley de Arbitraje desarrolla de manera más detallada el comentado requisito al establecer en su artículo 6 que:

el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

A todo evento, la exigencia de las normas del sistema de arbitraje comercial internacional en relación a la validez formal del acuerdo de arbitraje, se satisface con la constancia escrita a través de cualquier forma de comunicación (télex, telegramas, fax, correo electrónico, etc.)⁴³. Por tanto, en Venezuela es válido afirmar —como lo hace la doctrina extranjera⁴⁴— que el punto clave del examen sobre si una cláusula de arbitraje putativa llena los requisitos del sistema de arbitraje comercial, consiste en la determinación fáctica de los hechos específicos, la cual se debe realizar de acuerdo a lo dispuesto por el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Dicha interpretación debe tener en cuenta las realidades del comercio internacional y buscar garantizar el “derecho fundamental a acudir a arbitraje”⁴⁵.

2. Defectos de forma y participación en el arbitraje

Uno de los primeros inconvenientes en la materia se presenta cuando, a pesar que la cláusula de arbitraje tiene algún defecto de forma, las partes participan en el arbitraje. Aunque el tribunal arbitral deberá dictaminar si el defecto de forma en cuestión es de tal magnitud que sea imposible determinar si la verdadera intención de las partes fue la de someter sus

⁴³ Sobre el tema de los requisitos formales del acuerdo de arbitraje y su regulación en los diferentes textos normativos de arbitraje, Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 134.

⁴⁴ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 56.

⁴⁵ Como mencionamos *supra*, la noción del derecho fundamental al arbitraje fue acuñado y desarrollado por Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

controversias a arbitraje, consideramos recomendable que las partes reafirmen su voluntad de acudir a arbitraje y corrijan los defectos de forma. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada son del criterio que cuando una de las partes participa en el proceso arbitral sin negar la existencia de un acuerdo de arbitraje se produce el consentimiento tácito al arbitraje y, por ende, eventualmente no podrán ser alegados defectos de forma⁴⁶. Así, se argumenta como ejemplos ilustrativos los casos de arbitraje llevados bajo el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC. De acuerdo con el artículo 6(2) de ese reglamento, la insuficiencia formal puede ser solventada en el caso que la parte demandada conteste sin cuestionar la jurisdicción arbitral⁴⁷.

Siguiendo este orden de ideas, el incumplimiento de los requisitos de forma de la Convención de Nueva York no siempre tiene consecuencias fatales en aquellos casos que las partes seleccionen como Derecho aplicable una legislación que contiene normas con exigencias de formas más laxas. Debemos resaltar que esta convención, a través de su artículo VII, desarrolla el principio pro-arbitraje al establecer expresamente la aplicación preferente de las normas de los Derechos nacionales que sean más favorables al arbitraje.

Nosotros somos del criterio que la participación en el proceso de arbitraje se traduce en la reafirmación de la voluntad de someterse a arbitraje. Dicha reafirmación, inclusive, quedará escrita sin ningún error de forma en la respectiva acta de misión. En aquellos casos de procedimiento arbitrales que carezcan acta de misión, como mencionamos *supra*, el tribunal arbitral deberá dictaminar si el defecto de forma en cuestión es de tal magnitud que sea imposible determinar si la verdadera intención de las partes fue la de someter sus controversias a arbitraje.

3. La extensión tácita del acuerdo de arbitraje

Un segundo inconveniente que suele presentarse en la práctica se encuentra relacionado con la extensión tácita del acuerdo de arbitraje. Sobre este particular surge la pregunta siguiente: ¿Se puede considerar que el acuerdo de arbitraje también ha sido extendido en una relación contractual en la que una vez vencido el contrato principal, las partes extienden tácitamente la vigencia del mismo? Sobre este respecto, tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada han establecido que, en virtud del comentado artículo VII de la Convención de Nueva York, es válida dicha extensión en aquellos casos en los que es permitida por el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje⁴⁸.

⁴⁶ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber*..., ob. cit., p. 56. Véase también: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard*..., ob. cit., p. 361; Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice*..., ob. cit., p. 135. En cuanto a sentencia relevante sobre la materia véase sentencia dictada por la Primera Cámara de Casación de París el 26 de marzo de 1991 (*Dalico*), citada por Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard*..., ob. cit., p. 313.

⁴⁷ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber*..., ob. cit., p. 59.

⁴⁸ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber*..., ob. cit., p. 59.

A pesar del referido criterio, la jurisprudencia venezolana ha tomado la posición diametralmente contraria; esta es: considerar que una vez vencido el contrato vence también el acuerdo de arbitraje, obviando, como explicaremos con mayor detalle *infra*, el principio de autonomía de la cláusula de arbitraje. Así, por ejemplo, en sentencia de 21 de octubre de 1999 (caso: *Hyundai de Venezuela C.A. c. Hyundai Motors*) la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, dictaminó que:

las relaciones suscitadas entre las partes posteriormente a la pérdida de vigencia del contrato, no guardan con éste relación, es decir, han nacido entre las partes, según se alega, deberes y obligaciones que no fueron causados en el contrato, y por lo tanto no puede éste serles aplicable (*omissis*) De tal forma que la cláusula 24.2 que establece que cualquier disputa o reclamo que surja de o en relación con el presente Convenio o cualquier violación del presente será saldado definitivamente mediante arbitraje no es extensible a todas las reclamaciones que puedan existir contra la demandada, sino dentro del marco temporal del contrato, concluido el cual no es posible aplicar la cláusula in comento a relaciones posteriores⁴⁹.

Esta tesis ha tenido como efecto que, en la práctica, sea aconsejable demandar en sede arbitral antes de terminar la relación contractual⁵⁰. No obstante, como explicaremos *infra*, consideramos que la tesis que la terminación del contrato principal implica la terminación de su cláusula arbitral es abiertamente contraria al principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje, el cual está consagrado en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje. De acuerdo con el referido principio, el acuerdo de arbitraje no se ve afectado por la terminación del Contrato principal.

D. Derecho aplicable

Como hemos señalado, el acuerdo de arbitraje posee el capital propósito de evidenciar el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje. A pesar de que parte de la doctrina comparada sugiere que para su validez es únicamente necesario dicho consentimiento⁵¹, nosotros compartimos el criterio de los tratadistas que postulan que, aunque éste constituya la base fundamental del arbitraje, no puede estar al margen del complejo sistema de Derechos que le son aplicables. Como bien apuntan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, el arbitraje no puede existir en un “vacío” legal⁵². En efecto, el complejo sistemas de Derechos que puedan llegar a regular el arbitraje —en todas sus etapas— posee una importancia fundamental. El acuerdo de arbitraje involucra una serie de derechos y deberes regulados por ordenamientos jurídicos concretos que eventualmente podrían estar llamados a dictaminar sobre su validez,

⁴⁹ Véase: sentencia de la Corte Suprema de Justicia No. 1262, 21 de octubre de 1998 (caso: *Hyundai de Venezuela C.A. c. Hyundai Motors*). Consultada en original.

⁵⁰ Véase: Sánquiz Palencia, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 67 y ss.

⁵¹ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 361.

⁵² Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 78.

aplicación e interpretación. Por su parte, el procedimiento arbitral se encuentra regulado, en primer lugar, por las reglas procedimentales acordadas y adoptadas por las partes y el tribunal arbitral. En segundo lugar, es regulado por la Ley del lugar del arbitraje.

Siguiendo este orden de ideas, el acuerdo de arbitraje comercial internacional involucra las normas de los sistemas jurídicos siguientes: (i) del lugar que regula la capacidad de las partes de celebrar un acuerdo arbitral; (ii) del lugar que rige el acuerdo de arbitraje y el cumplimiento del mismo; (iii) del lugar que rige la existencia y el procedimiento del tribunal arbitral; (iv) del lugar que rige el contrato de fondo; y (v) del lugar que regula el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁵³.

Una vez realizada la precedente precisión, debemos destacar que la Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje será la elegida por las partes. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por las normas del sistema venezolano de arbitraje comercial internacional (arts. V (1) (a) de la Convención de Nueva York, 5.1.a de la Convención de Panamá y 49 (g) de la Ley de Arbitraje), las partes pueden elegir el Derecho aplicable al acuerdo en cuestión⁵⁴, el cual, en virtud del principio de autonomía, debe ser considerado independiente a la elección del Derecho aplicable al contrato principal. Sobre este particular hay que tener en cuenta, como bien apunta Hernández-Bretón, que la admisión de las normas del sistema de arbitraje comercial internacional es por vía indirecta, toda vez que se realiza propiamente a través de las causales de denegación de reconocimiento y eficacia de los laudos dictados en el extranjero⁵⁵.

A falta de elección de las partes, en congruencia con las normas de la Convención de Nueva York y de Panamá (art. V y 5, respectivamente), el acuerdo de arbitraje debe regirse por el Derecho del lugar donde sea dictado el laudo arbitral⁵⁶. Esta conclusión se ve reforzada al tenerse en cuenta que es justamente ese el Derecho del lugar de ejecución del acuerdo en cuestión o de su prestación característica, la cual será la resolución de la controversia sometida a arbitraje. Así pues, tal y como veremos *infra* (véase III), a falta de elección de las partes, el acuerdo de arbitraje no tiene que regirse por las normas aplicables al contrato principal.

Ahora bien, ¿Qué ocurre en los casos en que las partes no hayan elegido el lugar donde debe ser dictado el laudo de arbitraje? En este caso, en congruencia con la Ley de Arbitraje, es aplicable el Derecho del lugar donde se haya llevado a cabo el arbitraje —*lex loci arbitri*— (Ley de Arbitraje, art. 30). Este lugar, a su vez, podrá ser elegido por las partes (Ley de Arbitraje,

⁵³ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 134.

⁵⁴ Véase: Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones...*, ob. cit., p. 488. Esta posición también es seguida por De Jesús; De Jesús O., Alfredo, Validez y Eficacia del Acuerdo de Arbitraje en el Derecho Venezolano, en: I. Valera (ed.), *Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, p. 62 y por Delgado Soto, Nulidad de la Cláusula..., ob. cit., p. 232.

⁵⁵ Véase: Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones...*, ob. cit., p. 486

⁵⁶ En este sentido véase también laudos CCI No. 110 de 1967 y 6047 de 1994 citados por Amaldez, Jean-Jacques, Yves Derains y Dominique Haschier, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*, The Hague, Kluwer Law International y ICC Publishing SA, 2003, p. 1.

art. 9). A falta de elección, el tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, determinará el lugar donde ha de llevarse a cabo el arbitraje (Ley de Arbitraje, art. 9).

Por último sobre este particular, consideramos necesario referirnos a la posibilidad de someter el acuerdo de arbitraje a un Derecho anacional (v.gr Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales 2004, los “Principios UNIDROIT”). Teniendo en cuenta las dinámicas y complejas realidades del comercio internacional actual, somos del criterio que tal práctica es completamente válida de acuerdo a las normas del sistema venezolano de arbitraje comercial internacional.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada han dictaminado que los principios UNIDROIT pueden ser aplicables cuando: (i) hayan sido pactado por las partes; (ii) puedan servir como suplemento o soporte a la ley elegida por las partes para regir el contrato; (iii) o que en ningún Derecho haya sido pactado por las partes⁵⁷. Ahora bien, hay que anotar que la edición 2004 de los referidos principios trae una diferencia relevante sobre el tema, a saber: normativización de la aplicación de los Principios UNIDROIT como instrumento de interpretación del Derecho elegido por las partes para regir el contrato.

En efecto, el preámbulo de los Principios UNIDROIT dispone que:

(Propósito de los Principios): Estos principios establecen reglas generales para contratos comerciales internacionales. Deben ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por ellos. Podrán ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por los principios generales de Derecho, la *lex mercatoria* o alguna disposición similar. Podrán ser aplicados cuando las partes no hayan elegido Derecho alguno para regir sus contratos. Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar instrumentos de Derecho Uniforme. **Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar Derecho Local.** Podrán servir como modelo para legisladores nacionales o internacionales. (destacado nuestro)

A juicio de la doctrina extranjera, la normativización de la posibilidad de utilizar los principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de Derecho aplicable a los contratos responde al gran incremento de la aplicación de los mismos; especialmente, la llevada a cabo en tribunales arbitrales⁵⁸.

En este orden de ideas, la aplicación de un Derecho anacional al acuerdo de arbitraje de ninguna manera obvia la aplicación de aquellas imperativas internas de los ordenamientos jurídicos relacionados con el arbitraje; especialmente aquellas del Derecho del lugar donde se haya dictado el laudo, de la *lex arbitri* —en el caso que ésta difiera con la anterior— y de

⁵⁷ Véase: Crawford, James y Sinclair, Anthony, *The UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts*, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement)*, Paris, International Chamber of Commerce, 2002, p. 60.

⁵⁸ Bonell, Michael, *The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law*, en: *Uniform Law Review*, 2004 p. 12.

aquellas jurisdicciones en donde el fallo pueda ser ejecutado⁵⁹. El marginar las normas imperativas de Derecho interno acarrearía la inejecutabilidad de los laudos arbitrales que así lo hiciesen. Todo tribunal arbitral tiene el deber de velar que su laudo pueda ser ejecutado en los diferentes ordenamientos jurídicos que posean una relación sustancial con el caso⁶⁰. En estas directrices se inscribe el artículo 35 del Reglamento de la ICC al establecer el deber de los árbitros y de la Corte de Arbitraje de velar porque el laudo arbitral sea ejecutable⁶¹.

III. Principios de Autonomía del acuerdo de arbitraje y de *Kompetenz-Kompetenz*

Los principios de autonomía del acuerdo de arbitraje y del *Kompetenz-Kompetenz* poseen una importancia fundamental en el sistema de arbitraje comercial internacional⁶². La correcta interpretación y aplicación de las normas sobre arbitraje comercial internacional venezolano está condicionada inexorablemente a la eficacia práctica de dichos principios. Es por ello que en esta sección analizaremos de forma detallada su noción y sus consecuencias.

En primer lugar, nos referiremos a la autonomía y luego, el *Kompetenz-Kompetenz*. Vale la pena advertir que, a pesar de la que el principio *Kompetenz-Kompetenz* es una de las consecuencias indirectas del principio de autonomía y, por tanto, bien podría ser analizado al mismo tiempo que éste, consideramos más apropiados a los efectos del presente estudio, analizarlos de forma separada.

A. Autonomía del acuerdo de Arbitraje

1. Noción

El principio de autonomía del acuerdo de arbitraje es uno de los pilares fundamentales del arbitraje. Autores de la talla Fouchard, Gaillard y Goldman han destacado que los tribunales judiciales deben respetarlo inclusive cuando no sea reconocido expresamente bien por cualquier Derecho relacionado con el contrato o bien por el Derecho elegido para regir el Acuerdo de Arbitraje⁶³. De manera general implica que el acuerdo de arbitraje debe ser considerado independiente y autónomo del contrato principal del cual forma parte (caso de cláusula arbitral) o con el cual guarda relación (caso de convenio de arbitraje separado)⁶⁴. Es decir, el acuerdo de

⁵⁹ En este sentido véase: Laudo CCI 4381 y 5065 de 1986, en: Amaldez, Jean-Jacques, Yves Derains y Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards/ Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1986-1996*, Paris, Kluwer Law International, 1999.

⁶⁰ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 78.

⁶¹ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 56.

⁶² Conviene tener en cuenta la opinión de De Jesús, quien, a pesar de estar de acuerdo con los postulados del principio de autonomía, critica la utilización de una ficción jurídica para hacer referencia a ellos. En su criterio, es posible alcanzar los mismos resultados a través de los principios generales del Derecho de los contratos y los usos y las costumbres mercantiles. Véase De Jesús, Validez y Eficacia..., ob. cit., p. 62.

⁶³ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 199.

⁶⁴ Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 199.

arbitraje posee vida propia y, por tanto, no puede ser afectado por la terminación o nulidad del contrato principal. Como también es acotado por la doctrina comparada, una de sus mayores ventajas prácticas consiste en que representa un importante impedimento para la parte que pretende retrasar el proceso arbitral o poner en tela de juicio su validez, esgrimiendo en tribunales nacionales alegatos sobre el contrato principal (e.g argumentar en tribunales nacionales que el proceso arbitral carece de toda validez debido a algún vicio del contrato principal o a que éste último ha perdido vigencia)⁶⁵.

La Ley de Arbitraje, siguiendo las pautas del artículo 16.1) de la Ley Modelo⁶⁶, consagra la autonomía de la Cláusula Arbitral a través de su artículo 7. Dicho artículo dispone que:

...el acuerdo de Arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.

Por su parte, la convención de Nueva York, a través de su artículo V.1(a), se refiere indirectamente al principio de la autonomía al consagrar como causal de denegación del reconocimiento del laudo arbitral la falta de validez del acuerdo de arbitraje en virtud de la ley que las partes lo han sometido o en virtud de la ley del país en que se haya dictado sentencia. Esta posición es adoptada también por el artículo 5.1.a de la Convención de Panamá y por el literal g del artículo 49 de la Ley de Arbitraje. En efecto, el artículo 5.1.a de la Convención de Panamá estipula que:

Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a solicitud de la parte contra la cual es invocada, si ésta prueba ante la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado sentencia.

Adicionalmente, el principio de autonomía del acuerdo arbitral es acogido en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, la Corte Suprema de Justicia, mediante decisión de 1967 (caso: *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin*) estableció expresamente que las cláusulas arbitrales son autónomas de los contratos en los que se encuentran contenidas⁶⁷. Por su parte, la jurisprudencia francesa, a través de sentencia de la Primera Cámara de Casación Civil de París de fecha 7 de mayo de 1963 (caso: *Raymond Gosset c. Carapelli*), afirmó que el acuerdo de arbitraje tendrá completa autonomía legal y no

⁶⁵ Véase: Redfem, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 163

⁶⁶ Ley Modelo, artículo 16.1): "El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. **A este efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal de que el contrato es nulo no significará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria**" (resaltado nuestro).

⁶⁷ Citada y explicada por Fouchard, Gaillard y Goldman. Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 333.

podrá ser afectado por el hecho que el contrato principal no sea válido⁶⁸. Aunado a lo anterior, es acogido por diferentes reglamentos de arbitraje comercial. Así, por ejemplo, el artículo 6 del Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de ICC, el artículo 38 del Reglamento del Centro de Arbitraje Cámara de Caracas y el artículo 12 de Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) de Resolución⁶⁹.

2. Consecuencias

El principio de autonomía del acuerdo de arbitraje posee dos tipos de consecuencias, a saber: (i) directas e (ii) indirectas, las cuales trataremos a continuación.

a. Consecuencias Directas

Las consecuencias directas del principio de autonomía del acuerdo de arbitraje son: (i) autonomía con respecto al contrato principal; y (ii) autonomía con respecto al Derecho que rige al contrato principal.

i. Autonomía con respecto al contrato principal

La primera consecuencia directa del principio de autonomía consiste concretamente en la noción que nos hemos venido refiriendo, es decir, el acuerdo de arbitraje tiene vida y destino independiente y propio; por ende, la validez del acuerdo de arbitraje no es afectada por la nulidad del contrato principal. En pocas palabras: la validez del acuerdo de arbitraje no depende de la validez del contrato principal.

Vale la pena destacar, como bien lo hace la doctrina comparada, que el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje es un concepto jurídico y no una determinación fáctica⁷⁰. En consecuencia, no implica que la aceptación del acuerdo de arbitraje tenga que realizarse separadamente de la aceptación del contrato principal. Por este motivo, debe ser analizado bajo la premisa que se trata de dos contratos separados: el contrato principal, referido a las obligaciones comerciales de las partes; y el contrato secundario que contiene la obligación de resolver por arbitraje cualquier disputa relacionada con el contrato principal⁷¹.

Un tema que resulta de gran interés práctico está relacionado con el alcance del principio de autonomía. Específicamente, con lo relativo a su reconocimiento en aquellos casos en los que se alega la inexistencia o la nulidad absoluta del contrato principal. En este sentido, a diferencia de lo que ocurre con el principio *Kompetenz-Kompetenz* (facultad del tribunal de

⁶⁸ Citada y explicada por Fouchard, Gaillard y Goldman. Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 386.

⁶⁹ El Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas fue consultado en: <https://11nq.com/bwg0sf6>. El Reglamento del CEDCA fue consultado en: <https://sl1nk.com/kvhw1b9>

⁷⁰ Véase Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 209.

⁷¹ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 163.

arbitraje de decidir sobre su propia competencia), sobre el cual existen diferentes concepciones normativas⁷², el principio de la autonomía es aceptado normativamente en términos absolutos. Es decir: todo órgano de justicia, cualquiera que sea su naturaleza, tiene la obligación de examinar a la cláusula arbitral de forma independiente del contrato principal. Por tanto, mal puede un tribunal judicial dictaminar la nulidad de un acuerdo de arbitraje en base a la nulidad del contrato principal.

Sobre este particular, la Convención de Nueva York en su artículo II.3, al mismo tiempo que reconoce la única excepción al principio *Kompetenz-Kompetenz* (el supuesto que un tribunal de un Estado parte compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable), concibe el acuerdo de arbitraje de forma independiente y autónoma del contrato principal. Por su parte, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje consagra forma clara el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje. En efecto, la referida norma dispone expresamente que la cláusula arbitral es independiente de las demás estipulaciones contractuales.

De manera tal que tanto la Convención de Nueva York como la Ley de Arbitraje consagran directamente el principio bajo análisis.

ii. Autonomía con respecto al Derecho que rige el contrato principal

La segunda consecuencia directa del principio *in comento* se materializa en la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje pueda regirse por un Derecho diferente a aquel al que se encuentra sometido el contrato principal. En efecto, el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y, por tanto, las partes bien pueden elegir que el acuerdo de arbitraje se rija por un Derecho diferente al Derecho que rige el contrato principal.

Ahora bien, bastante a menudo se presentan en la práctica supuestos en los que las partes no seleccionan un Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Dichos supuestos plantean un número de interrogantes interesantes, a saber: ¿Qué posición debe adoptar el operador jurídico en estos supuestos? ¿Debe considerar que le es aplicable el Derecho que rige el contrato principal?

La primera posición que pudiese adoptarse consiste en considerar que, en aquellos supuestos en los que las partes no hayan seleccionado un Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje, dicho acuerdo debe regirse por el Derecho que rige al contrato principal. Sin embargo, parte importante de la doctrina comparada hace una serie de precisiones sobre el particular que deben ser tomadas en cuenta.

⁷² A pesar de que las diferentes normas del sistema de arbitraje Comercial Venezolano consagran y desarrollan el principio *Kompetenz-Kompetenz*, lo hacen de forma distinta. Mientras las normas de la Convención de Nueva York conciben el efecto negativo un tanto restringido, las disposiciones de la Ley de Arbitraje lo hacen sin limitaciones. Así, por un lado, la Convención de Nueva York estipula que los tribunales de un Estado Parte podrán dejar de remitir a las partes al arbitraje cuando comprueben que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable. Por el otro, la Ley de Arbitraje, a través de su artículo 25, establece que el tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

En primer lugar, se afirma que la Derecho aplicable al contrato principal constituye únicamente un indicio sobre el posible Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje⁷³. En consecuencia, el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje no puede ser determinado bajo la presunción de que este Derecho siempre debe coincidir con el Derecho aplicable al contrato principal. De hecho, la posición imperante en el Derecho arbitral comparado es aplicar el Derecho del lugar donde es dictado el laudo⁷⁴. Como señalamos *supra*, en el supuesto de que las partes no hayan seleccionado dicho lugar, se entiende que el laudo será dictado en el lugar que las partes seleccionaron como sede del tribunal arbitral.

La posición referida en el párrafo que antecede es la seguida por las normas del sistema de arbitraje comercial venezolano. Se fundamenta en la comentada particularidad de que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza contractual con efectos procesales⁷⁵. Debemos resaltar que el núcleo de la comentada posición consiste en la idea que, en definitiva, el acuerdo de arbitraje se ejecutará en el lugar donde se sea dictado el laudo. Pues, el objeto del acuerdo de arbitraje es justamente la resolución de las controversias entre las partes, mediante una decisión con fuerza de cosa juzgada.

A tenor de las normas de la Convenciones de Nueva York y de Panamá, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo dictado en el extranjero si la parte contra la cual es invocado prueba —ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución— que el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud del Derecho a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud del Derecho del país que se haya dictado el laudo⁷⁶.

En este orden de ideas, debemos anotar que la Ley de Arbitraje establece al Derecho seleccionado por las partes como único factor de conexión para determinar el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. Así, el ordinal g del artículo 49 de la Ley de Arbitraje, al consagrar las causales por las cuales puede ser solicitada la denegación del laudo arbitral dictado en el extranjero, únicamente estipula lo siguiente: “cuando el acuerdo de arbitraje no sea válido en virtud de la Ley a la cual las partes lo han sometido”. Dicho numeral no prevé los casos en los que las partes hayan dejado de estipular una Derecho aplicable al acuerdo de Arbitraje. En consecuencia, podría generarse inconvenientes prácticos en los supuestos de arbitrajes comerciales internacionales a los que no sean aplicables las convenciones de Nueva York y de Panamá.

⁷³ Véase Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 209.

⁷⁴ Véase Silva Romero, Eduardo, La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos de Estado, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2004, pp. 181. Véase también: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 223.

⁷⁵ Como hemos señalado nuestra doctrina ha señalado que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza sustantiva pero con efectos procesales. Véase: Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones...*, ob. cit., p. 486.

⁷⁶ Convención de Nueva York, artículo V(1)(a); y Convención de Panamá, artículo 5.1(a).

No obstante, las normas de las Convenciones de Nueva York y Panamá otorgan un considerable peso al país donde se haya dictado el laudo, consagrándolo como factor de conexión determinante para los supuestos en los que las partes no hayan seleccionado un Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje. En consecuencia, según las normas del sistema de arbitraje comercial venezolano, el Derecho del país donde es dictado el laudo es el factor de conexión que debe ser utilizado para determinar el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje en aquellos supuestos en los que las partes no hayan seleccionado el Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje⁷⁷.

b. Consecuencias indirectas

A continuación trataremos la relación del *Kompetenz-Kompetenz* con el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje.

El principio *Kompetenz-Kompetenz* es una de las consecuencias del principio de autonomía del acuerdo de arbitraje⁷⁸. Como señalamos *supra*, el principio *Kompetenz-Kompetenz* consiste en la facultad del tribunal arbitral de ser el primero en decidir sobre su propia jurisdicción. A diferencia del principio de autonomía de la cláusula de arbitraje, el cual es de naturaleza contractual, el principio *Kompetenz-Kompetenz* es de naturaleza contractual con efectos procesales⁷⁹. Adicionalmente, hay que tener en cuenta la opinión de Fouchard, Gaillard y Goldman, para quienes los principios de autonomía de la cláusula arbitral y *Kompetenz-Kompetenz* poseen una relación parcial.

La autonomía del acuerdo de arbitraje guarda una relación especial con el principio del *Kompetenz-Kompetenz*. Dicha relación, a su vez, se da de forma recíproca: (i) por un lado, la autonomía de la cláusula arbitral permite al tribunal arbitral decidir sobre (a) su propia jurisdicción y (b) el contrato de fondo; (ii) por el otro, la competencia del tribunal arbitral, en principio, le confiere la facultad a éste de determinar la validez del contrato de fondo, inclusive en aquellos casos en los que se alegue la nulidad manifiesta de la cláusula arbitral⁸⁰. En vista su importancia fundamental dedicaremos una sección para estudiarlo detalladamente *infra*.

A. Principio *Kompetenz-Kompetenz*

Estudiaremos en primer lugar la noción de principio *Kompetenz-Kompetenz*. Luego, nos centraremos en sus efectos, en su afirmación en las normas del sistema de arbitraje

⁷⁷ Sánquiz Palencia, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., pp. 67 ss.

⁷⁸ Véase: Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris. Editions Litec, 1996, p. 414.

⁷⁹ Como hemos señalado nuestra doctrina ha señalado que el acuerdo de arbitraje es de naturaleza sustantiva pero con efectos procesales. Véase: Hernández-Bretón, *Algunas cuestiones...*, ob. cit., p. 486.

⁸⁰ Véase Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial...*, ob. cit., p. 230. Véase también: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 213.

comercial internacional venezolano y, por último, la doctrina que sobre el tema ha esbozado el Tribunal Supremo de Justicia⁸¹.

1. Noción

El principio *Kompetenz-Kompetenz* tiene su origen en el Derecho alemán. No obstante, la antigua noción alemana difiere de la noción internacional actual. En este sentido, mientras la noción más antigua del Derecho alemán implicaba una facultad del tribunal arbitral de juzgar sin control judicial alguno sobre su competencia; hoy en día, cuando se habla del principio *Kompetenz-Kompetenz*, se refiere a la facultad del tribunal arbitral de ser el primero en determinar su propia competencia, la cual, siempre estará sujeta a un control judicial posterior⁸². De hecho, en la actualidad este principio es caracterizado como una regla de prioridad de orden cronológico⁸³.

Es importante tener presente que el *Kompetenz-Kompetenz* se diferencia tangencialmente de la noción de investidura arbitral. En efecto, mientras esta última consiste en el poder de juzgar, el principio bajo análisis, representa la delimitación por parte del tribunal arbitral de ese poder de juzgar que se fundamenta en el Derecho del país o países en donde pueda ser ejecutado el laudo y no en la convención arbitral, como muchas veces se ha argumentado⁸⁴.

El principio *Kompetenz-Kompetenz* adquiere un alto nivel de sensibilidad en aquellos casos en los que se discuta la existencia del acuerdo de arbitraje (por ejemplo en casos en que una de las partes no haya firmado el acuerdo en cuestión), en que la controversia se encuentre fuera de su ámbito, o en los que éste sea manifiestamente nulo. Sobre este particular, se formulan las preguntas siguientes: ¿Cómo puede generar efectos una cláusula contractual que adolece de una nulidad absoluta y manifiesta? O, más concretamente, ¿Cómo puede tener validez una conclusión realizada por un tribunal arbitral cuyas facultades son consecuencia de una cláusula nula?

Consideramos que la respuesta a esta pregunta se encuentra relacionada con el hecho que el principio *Kompetenz-Kompetenz*, al igual que el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje, constituye una ficción legal cuya consecuencia es otorgar la potestad inherente al tribunal arbitral para ser el primero en decidir sobre su propia competencia. Es decir, la facultad del Tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia proviene de la ley y no de la

⁸¹ Dentro de la línea de investigación del presente trabajo especial de grado, hemos desarrollado el tema del principio *Kompetenz-Kompetenz* en el ordenamiento jurídico venezolano. Véase: Escovar Alvarado, Ramón J., La Facultad de los Tribunales Arbitrales para determinar su propia Jurisdicción (Principio *Kompetenz-Kompetenz*), en: I. Valera (ed.), *Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*. Caracas. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, p. 259.

⁸² Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 57.

⁸³ Véase también: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 213.

⁸⁴ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 414. Véase también: *Laudo* "ICC Affaire 7610 de 1995", En: Amaldez, Derains y Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000...*, ob. cit., p. 510.

cláusula evidentemente nula. Es la ley la que otorga la facultad al tribunal arbitral de ser el primero en decidir sobre su propia jurisdicción, a pesar de los defectos que la propia cláusula arbitral que activó dicha facultad pueda adolecer⁸⁵. Sin embargo, como veremos *infra*, los ordenamientos jurídicos conciben en diferentes grados y medidas la referida facultad.

Debemos insistir además que el carácter obligatorio del acuerdo de arbitraje no significa la renuncia o la exclusión absoluta, permanente y para todo propósito de la jurisdicción judicial ordinaria. Lo que quiere decir es que una vez las partes hayan celebrado una cláusula arbitral, las controversias relativas o relacionadas al contrato o relación comercial en que ésta se encuentre inmersa serán resueltas, en su fondo, a través de arbitraje. El control que sobre el laudo arbitral pueda ejercer la jurisdicción ordinaria queda suspendido hasta después que éste sea dictado. Una vez dictado el laudo, la jurisdicción ordinaria vuelve a tener cierto control mediante la decisión del recurso de nulidad dentro de los excepcionales y limitados términos del artículo 43 de la Ley de Arbitraje.

Así pues, reiteramos que los efectos de la cláusula arbitral —entre los cuales están la suspensión del control jurisdiccional ordinario y la facultad de ser el primero en decidir sobre su propia competencia— no son producto, de la sola voluntad de las partes sino de la voluntad de la ley. Es la propia ley la que otorga fuerza jurídica a los particulares de sustraer una eventual controversia del conocimiento de la jurisdicción ordinaria, someterla a arbitraje y suspender momentáneamente el control judicial.

2. Efectos del principio *Kompetenz-Kompetenz*

En esta segunda parte, abordaremos los dos efectos del principio *Kompetenz-Kompetenz* a saber: (i) el efecto positivo; y (ii) el efecto negativo:

a. El Efecto Positivo

El efecto positivo del principio *Kompetenz-Kompetenz* representa el poder de los tribunales arbitrales de determinar su propia jurisdicción. Implica, en este sentido, la facultad *per se* de los árbitros de ser jueces de su propia jurisdicción. Posee una aceptación normativa universal. Se encuentra consagrado tanto por todas las normas de arbitraje comercial como por la jurisprudencia y la doctrina comparada.

A nivel jurisprudencial, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia de 1931 (caso: *Betsey*) y de 1953 (caso: *Nottebohm*) fueron de las primeras en ponerlo en práctica⁸⁶. Sin embargo, es el laudo preliminar sobre jurisdicción dictado por un tribunal arbitral *ad-hoc*

⁸⁵ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 214.

⁸⁶ Ambas sentencias citadas y explicadas por Várady, Barceló y von Mehren. Véase: Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial...*, ob. cit., p. 230.

internacional del 27 de noviembre de 1975 (caso: *Texaco Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. El Gobierno de la República Árabe de Libia*) una de las que más destacan por su agudeza y claridad sobre el tema⁸⁷.

En efecto, la decisión *Texaco* justifica el principio *Kompetenz-Kompetenz* en razón de la doble naturaleza del arbitraje (contractual y procesal): en base a la naturaleza jurisdiccional, ya que el tribunal arbitral tiene el deber de resolver el conflicto en cuestión; y, en base a la naturaleza contractual, debido a que uno de los fundamentos de la investidura arbitral es justamente la cláusula arbitral.

El comentado laudo dispone que:

Si se analiza el arbitraje desde la perspectiva jurisdiccional, se debe aplicar la regla según la cual cualquier tribunal o cualquier juez es, en antes que nada, juez de su propia jurisdicción (*omissis*) adicionalmente los términos mismos de la cláusula por medio de la cual este Arbitro ha sido nombrado requieren que este Arbitro sea competente para decidir su propia jurisdicción. (*omissis*) Ha sido perfectamente establecido en la jurisprudencia que la cancelación unilateral de un contrato no puede tener efectos en la cláusula arbitral que continua siendo operativa, al menos hasta que se tome un pronunciamiento legal sobre los causas de su cancelación así como las consecuencias de una cancelación injustificada”. (Traducción libre)

Esta postura también es seguida por parte de la doctrina comparada. Así, por ejemplo, los doctrinarios españoles Chillón Medina y Mérimo Merchan sostienen que el principio *Kompetenz-Kompetenz* es consecuencia del carácter jurisdiccional del tribunal arbitral y se encuentra vinculado al principio de la autonomía de la cláusula arbitral⁸⁸. No obstante, como bien es señalado por la doctrina angloamericana, la discusión en torno a la doble naturaleza legal del arbitraje se encuentra hoy superada gracias a la expansión de la normativa (internacional y nacional) sobre arbitraje⁸⁹.

b. El Efecto Negativo

Consiste en la facultad que posee el Tribunal arbitral de ser el primero en decidir sobre su propia competencia⁹⁰. De esta manera, si el efecto positivo se encuentra relacionado con la facultad *per se* de los árbitros de determinar su propia jurisdicción, el efecto negativo se refiere al momento en que dicha facultad se lleva a cabo en la práctica. En congruencia con este último, los árbitros deben ser siempre los primeros en determinar su jurisdicción. En consecuencia, el efecto negativo implica el deber de los tribunales ordinarios de no pronunciarse sobre la

⁸⁷ Citada y explicada por Fouchard, Gaillard y Goldman. Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard*..., ob. cit., p. 214.

⁸⁸ Véase: Chillón Medina, José y José Fernando Merino Merchan, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1991, p. 804.

⁸⁹ Véase: Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial*..., ob. cit., p. 116.

⁹⁰ Véase: Fouchard, Gaillard y Goldman, *Traité de l'arbitrage*..., ob. cit., p. 415.

competencia del tribunal arbitral hasta que éste no se haya pronunciado primero. Es por estos motivos que, como indicamos *supra*, el principio *Kompetenz-Kompetenz* es considerado una regla de prioridad cronológica. Su aceptación, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, ha sido objeto de una nutrida discusión.

A nivel jurisprudencial, el reconocimiento del efecto negativo de la cláusula arbitral se encuentra plasmado en decisiones como la dictada por la Primera Cámara de la Corte de Casación en fecha 26 de junio de 2001 (caso: *American Bureau of Shipping v. Jules Verne y otros*)⁹¹. En Francia, en congruencia con el artículo 1458 del Nuevo Código de Procedimiento Civil⁹², la única excepción al efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* ocurre cuando se presenta un supuesto de nulidad manifiesta de la cláusula arbitral y el tribunal arbitral no ha comenzado a conocer la causa. A través de la sentencia *Jules Verne*, la Corte de Casación dictaminó que la decisión de segunda instancia fue errónea, ya que no fue fundamentada en la nulidad manifiesta de la cláusula arbitral, condición inexorable para que se exceptúe “la prioridad de la competencia arbitral para decidir sobre la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral”.

Si bien es cierto que la gran mayoría de la jurisprudencia comparada (especialmente la de los tribunales arbitrales) reconocen el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*, no es menos cierto que, ocasionalmente, se dictan decisiones como la de la Corte Federal para el Distrito de Nueva York de 1989 (caso: *Fiat S.p.A v. El Ministerio de Finanzas y Planificación de la República de Surinam*), en las que se le deja a un lado.

En ese caso, Fiat había celebrado un contrato de asociación estratégica con una tercera persona, quien, a su vez, había celebrado un contrato con la República de Surinam (“Surinam”) que contenía una cláusula arbitral⁹³. El tribunal arbitral había decidido a favor de Surinam. Fiat demandó la nulidad del laudo arbitral en la Corte de Distrito de Nueva York. La Corte de Distrito sostuvo que el tribunal arbitral no podía determinar si la cláusula arbitral incluía a Fiat. A su juicio, los tribunales federales norteamericanos eran los competentes para hacer cualquier determinación sobre el tema.

Sobre este particular, se debe hacer la salvedad que el Derecho de los Estados Unidos de Norteamérica (los “Estados Unidos”), en principio, concibe de manera limitada el efecto negativo del *Kompetenz-Kompetenz*. En efecto, la regla general en los Estados Unidos es permitir a los tribunales judiciales ordinarios realizar la primera determinación sobre la competencia del tribunal arbitral, salvo que las leyes o reglamentos llamados a regir el procedimiento

⁹¹ Citado y explicado por Gaillard. Véase: Gaillard, Emmanuel, The Negative Effect of the Competence-Competence, en: *17 Mealy's International Arb. Report*, 2002, No. 27, p. 64.

⁹² “Código de Procedimiento Civil de Francia, art. 1458: “Si el tribunal arbitral no ha empezado a escuchar el caso, los tribunales ordinarios deben declinar su jurisdicción a menos que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo”. (traducción libre).

⁹³ Citada y explicada por Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial...*, ob. cit., p. 124.

arbitral faculta a este último para ser el primero en realizar dicha determinación⁹⁴. No obstante, los tribunales nacionales, al revisar el laudo arbitral, deben utilizar el examen judicial de la deferencia con respecto al dictamen efectuado por el tribunal arbitral⁹⁵.

Siguiendo este orden de ideas, a pesar de que en decisiones como la sentencia de 1967 (caso: *Prima Saint Corp. v. Flood & Conkin Mfg. Co.*) la Corte Suprema de los Estados Unidos ha consagrado el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje, ésta ha tomado un criterio más ambiguo en relación con el *Kompetenz-Kompetenz*⁹⁶. Por ejemplo, en su sentencia de 1995 (caso: *Kaplan v. MK Investment Inc.*)⁹⁷, dispuso que, siempre que las partes no hayan facultado al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, la determinación de si una controversia debe ser resuelta por arbitraje corresponde a los tribunales judiciales ordinarios.

En este sentido, las cortes de los Estados Unidos han adoptado el criterio que los reglamentos de centros de arbitraje a los que las partes deciden someterse deben entenderse como parte de las disposiciones contractuales. Por ejemplo, la Corte Superior del Primer Circuito Federal, a través de su sentencia de 1989 (caso: *Apollo Computer v. Berg*), estableció que las partes que acuerdan someterse al reglamento del Corte de Arbitraje de la ICC deben respetar la determinación *prima facie* realizada por la corte de arbitraje⁹⁸.

Sin obviar lo antes dicho, hay que destacar que la postura de la jurisprudencia norteamericana en torno a las consecuencias de la cláusulas arbitral ha cambiado a raíz de la célebre decisión de su Corte Suprema en el 1985 (Caso: *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*)⁹⁹. Dicha decisión estableció que cualquier duda sobre el alcance, contenido y consecuencias de la cláusula arbitral debe ser decidida mediante una interpretación que beneficie, en todo momento, al arbitraje. En palabras de la Corte Suprema de los Estados Unidos:

En la medida de la expansión del Comercio Internacional en las décadas recientes, también lo ha hecho la utilización del arbitraje comercial para resolver disputas producto de ese comercio ... si [las instituciones de arbitraje internacional] van tomar una lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales deben “sacudirse la vieja hostilidad hacia el arbitraje” y también su acostumbrada e inentendible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de las disputas producto de sus leyes domesticas a los tribunales arbitrales extranjeros o trasnacionales. En esta medida, por lo menos, será necesario para las

⁹⁴ Véase: Rivkin, David W., Francis Donald Donovan y Frances Kellner, A Summary of United States Law on International Arbitration, en: *International Financial Law Review*, 1993, p. 59.

⁹⁵ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice*..., ob. cit., p. 262. Véase también: Born, Gary B., *International commercial arbitration in the United States: commentary & materials*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 83.

⁹⁶ Véase: Born, *International Commercial Arbitration*..., ob. cit., p. 83.

⁹⁷ Citada por Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice*..., ob. cit., p. 260.

⁹⁸ Véase también: Born, *International Commercial Arbitration*..., ob. cit., p. 86.

⁹⁹ Citada y explicada por Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial*..., ob. cit., p. 135.

cortes nacionales subordinar nociones domesticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece al arbitraje comercial. (Traducción Libre)¹⁰⁰.

De esta manera, si las partes no han acordado que sea el mismo tribunal arbitral quien determine su propia jurisdicción, la posición de los tribunales de los Estados Unidos será siempre la de adoptar una interpretación pro-arbitraje, a través del examen judicial de la deferencia. En consecuencia, el hecho que en los Estados Unidos las cortes ordinarias posean facultades para, en algunos casos, decidir sobre la jurisdicción de un tribunal arbitral, de ninguna manera se traduce en un obstáculo para el desarrollo de ese mecanismo de resolución alternativa de conflictos.

3. Afirmación del Principio *Kompetenz-Kompetenz*

Todas las fuentes del sistema de arbitraje comercial venezolano consagran, de alguna u otra forma, el principio *Kompetenz-Kompetenz*. Así, como analizaremos a continuación, el referido principio se encuentra plasmado en disposiciones de: convenciones internacionales; la Ley de Arbitraje; y diferentes reglamentos de centros de arbitraje.

a. Convenciones internacionales

La Convención de Panamá nada dispone sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*; se limita a establecer los requisitos para que el acuerdo arbitral sea válido. No ocurre lo mismo en el caso de la Convención de Nueva York. En efecto, el artículo II.3 de esta Convención dispone que:

El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo ineficaz o inaplicable.

En este sentido, la doctrina angloamericana ha sostenido que esta disposición impone una obligación general a los tribunales nacionales de reconocer acuerdos arbitrales válidos y remitir a las partes a arbitraje¹⁰¹. Adicionalmente, la más reciente jurisprudencia norteamericana sobre el tema ha establecido que los tribunales ordinarios están en la obligación de respetar la investidura arbitral (inclusive en aquellos casos en los que cláusula arbitral sea vaga y ambigua), siempre que exista una indicación mínima de las partes de someterse a arbitraje¹⁰².

En este orden de ideas, el artículo II.3 de la Convención de Nueva York limita parcialmente el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*. En congruencia con la

¹⁰⁰ Citada y explicada por Várady, Barceló y von Mehren, *International Commercial...*, ob. cit., p. 135.

¹⁰¹ Véase: Born, *International Commercial Arbitration...*, ob. cit., p. 997.

¹⁰² Sentencia de la Corte Superior Federal para el Noveno Circuito de 1991 (caso: *Republic of Nicaragua v. Standard Fruit Co.*). Citada y explicada por Born, *International Commercial Arbitration...* ob. cit., p. 990.

disposición *in comento*, los tribunales ordinarios de uno de los Estados parte (ante los cuales se formulase una eventual disputa de naturaleza comercial internacional en la que exista un contrato con cláusula arbitral) debe declinar su jurisdicción y remitir el caso al tribunal arbitral pertinente, salvo que se comprueben que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. En otras palabras: los tribunales ordinarios podrán declararse competentes únicamente en el supuesto en el que hayan comprobado que el acuerdo arbitral es nulo ineficaz o inaplicable (consagración parcial del efecto negativo).

Insistimos: de acuerdo con la Convención de Nueva York, la facultad de los tribunales ordinarios se limita única y exclusivamente a determinar: (i) su falta de jurisdicción debido a la existencia de un acuerdo arbitral; y (ii) si el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable. Sin embargo, esto no obsta para que, eventualmente, los referidos tribunales puedan examinar el acuerdo arbitral en aras de decidir sobre reconocimiento de un laudo. A todo evento, el control que éstos puedan ejercer sobre la determinación realizada por el tribunal arbitral es cronológicamente posterior.

En efecto, en congruencia con el artículo V.1 de la Convención de Nueva York¹⁰³, los tribunales nacionales ordinarios podrán denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un tribunal arbitral extranjero siempre que se compruebe lo siguiente: (a) la nulidad de la cláusula arbitral de acuerdo con la ley elegida por las partes o, en su defecto, en virtud de la *lex arbitri* (la ley del país en el que se haya dictado el laudo arbitral); (b) el laudo arbitral se refiere a una diferencia no prevista en el acuerdo de arbitraje o comprendan decisiones que excedan de los términos del mismo¹⁰⁴. Asimismo, el artículo V.2 *ejusdem*, faculta a los tribunales nacionales para que de oficio denieguen el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero si se comprueba que la inarbitrabilidad de la controversia (de acuerdo con su ley nacional) y/o el eventual reconocimiento y ejecución sería contrario al orden público del foro. Sin embargo, los tribunales judiciales ordinarios deben examinar con deferencia la conclusión del tribunal arbitral sobre el acuerdo arbitral.

Ahora bien, al analizar la Convención de Nueva York, se debe tener en cuenta su artículo VII, el cual establece la aplicación preferente de la ley nacional siempre que ésta sea más favorable al arbitraje (principio pro-arbitraje). En nuestro criterio, dicha disposición debe ser entendida como el desarrollo legal de los artículos 253 y 258 de la Constitución, normas constitucionales que consagran al arbitraje como parte del sistema de justicia venezolano y establecen el deber de que éste sea promocionado.

¹⁰³ Conviene tener en cuenta que tanto la Convención de Panamá como la Ley de Arbitraje, a través de sus artículos 5 y 49, respectivamente, contienen disposiciones bastante similares al artículo V de la Convención de Nueva York.

¹⁰⁴ No obstante, de acuerdo al artículo V.1.c), los tribunales nacionales ordinarios bien pueden separar las partes de una hipotética decisión arbitral que exceda del acuerdo en cuestión, de manera tal, de validar las partes que no excedan del mismo.

Siguiendo esta línea de ideas, los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje, establecen el principio *Kompetenz-Kompetenz* en términos más favorables que el artículo II.3 de la Convención Nueva York. En efecto, los referidos artículos de la Ley de Arbitraje consagran sin ningún tipo de restricciones el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Es decir, otorgan al tribunal arbitral la facultad para decidir primero sobre su propia competencia inclusive sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje¹⁰⁵. Y, en esta medida, difieren de lo dispuesto por otras piezas normativas (V.gr Convención de Nueva York y nuevo Código de Procedimiento francés) e implican que los tribunales ordinarios no pueden declararse competentes —a pesar de la cláusula arbitral— ni siquiera en aquellos supuestos en los que el acuerdo arbitral sea *prima facie* nulo ineficaz o inaplicable. El tribunal arbitral es en todo momento quien va a realizar la primera determinación sobre su competencia. El rol de los tribunales nacionales ordinarios se encuentra limitado a enviar la disputa a arbitraje una vez que verifique *prima facie* la existencia de un acuerdo arbitral.

En definitiva, los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje constituyen disposiciones más favorables al arbitraje que el artículo II.3 de la Convención de Nueva York. Por tanto, en virtud del artículo VII de esta última, se aplican preferentemente¹⁰⁶. La consecuencia de esta aplicación preferente de los referidos artículos de la Ley de Arbitraje consiste en que, en todo arbitraje comercial internacional regido por las normas del sistema de arbitraje venezolano, el tribunal arbitral debe ser el primero en pronunciarse sobre su propia competencia, inclusive en aquellos casos en los que la cláusula arbitral sea manifiestamente nula. Es decir, los tribunales ordinarios deben declararse incompetentes y esperar que el tribunal arbitral se pronuncie primero sobre su propia jurisdicción. Sólo en el supuesto que el tribunal arbitral determine que carece de jurisdicción, los tribunales ordinarios podrán conocer del juicio.

b. Ley de Arbitraje Comercial

Como acabamos de señalar el artículo 7 de la Ley de Arbitraje, siguiendo las directrices de la ley modelo UNCITRAL¹⁰⁷, consagra sin limitación alguna el principio *Kompetenz-*

¹⁰⁵ Rodner S., James-Otis, Introducción al arbitraje institucional, en: A. R. Brewer-Carías (Org.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, Serie Eventos No. 13, p. 320.

¹⁰⁶ De esta forma, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje es del tenor siguiente: “**El Tribunal arbitral está facultado para decidir hacer de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.** A ese efecto el acuerdo de Arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje”. (destacado nuestro). Mientras que, por su parte, el artículo 25 de la Ley de Arbitraje, dispone que: “El Tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la primera audiencia de trámite”. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. El tribunal arbitral podrá, en cualquier de los casos, conocer una excepción presentada fuera del lapso si considera justificada la demora.

¹⁰⁷ Ley Modelo UNCITRAL, art. 16.1: “El Tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que

*Kompetenz*¹⁰⁸. Como comentamos, los postulados del artículo 7 de la Ley de Arbitraje también son desarrollados por el artículo 25 *ejusdem*.

Así pues, como bien enseña la doctrina nacional, en concordancia con la Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral está facultado para decidir primero acerca de su propia competencia, inclusive sobre las excepciones que versen acerca de la existencia o validez del acuerdo de arbitraje¹⁰⁹. El régimen establecido en la Ley de Arbitraje para la determinación de la competencia del tribunal arbitral es, sin duda alguna, más favorable a dicha institución que sus pares de otras piezas normativas.

Ahora bien, consideramos que el presente tema debe ser estudiado a la luz de la práctica judicial venezolana. Así, es una técnica procesal común en nuestro foro el demandar en jurisdicción ordinaria por cualquier controversia que verse sobre una relación contractual objeto de un acuerdo de arbitraje.

Como detallaremos *infra*, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, para dar plena eficacia al acuerdo de arbitraje, la parte demandada deberá oponer “la excepción arbitral” en su primera actuación en juicio, a través de la cuestión previa por falta de jurisdicción establecida en el numeral 1 del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil¹¹⁰. El tribunal judicial deberá pronunciarse sobre el particular. Y, en este sentido, ha sido doctrina de la referida Sala equiparar la “excepción de arbitraje” a los supuestos de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios, regulados por los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil y 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Por ende, la decisión de los tribunales ordinarios será objeto de: (a) recurso de regulación de jurisdicción, en caso de ser afirmativa; o (b) de una consulta obligatoria ante la Sala Político-Administrativa el Tribunal Supremo de Justicia, en caso de ser negativa. Es con fundamento en este criterio que la Sala Político-Administrativa ha sido competente para decidir supuestos de arbitraje.

En este sentido, vale la pena preguntarse qué tanto pueden ser equiparables los supuestos de excepción de arbitraje a los casos de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios frente a la administración pública y al juez extranjero. Esta pregunta adquiere aún mayor relevancia si se tiene en cuenta los postulados de la Constitución en materia de arbitraje, los cuales son bastante claros en integrar el arbitraje al sistema de justicia venezolano y en plasmar el deber de que éste sea promocionado. Aunado a lo anterior, bien puede formularse la

forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no significará *ipso* la nulidad de la cláusula compromisoria.” Véase: <https://sl1nk.com/aavcf24>

¹⁰⁸ Véase: B. de Mackelt, Tatiana, Arbitraje comercial internacional en el sistema venezolano, en: A. R. Brewer-Carías (Org.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, Serie Eventos No. 13, p. 287.

¹⁰⁹ Véase: Rodner, Introducción al arbitraje institucional..., ob. cit., p. 322.

¹¹⁰ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.860, 18 de septiembre de 1990.

pregunta siguiente: ¿El someter a excepción de arbitraje a la consulta en cuestión, no se traduce en una violación a los principios de celeridad del arbitraje y de Kompetenz-Kompetenz (v.gr arts. 7 y 25 de la Ley de Arbitraje)?

Esta interrogante fue formulada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de sus sentencias de fecha 23 de mayo y 4 de septiembre de 2001 (caso: *Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A.*)¹¹¹, las cuales, analizando nociones de jurisdicción y competencia y teniendo en cuenta el principio de celeridad el arbitraje, establecieron que la declaratoria de jurisdicción de los tribunales ordinarios a favor de un tribunal arbitral no se encuentra dentro de ninguno de los dos supuestos taxativos previstos en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil para someter a consulta la decisión de los tribunales ordinarios sobre la falta de jurisdicción del poder judicial. En palabras textuales de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

Al tratarse de un problema contractual respecto del cual las partes deciden someter sus disputas ante el Centro del Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, **órgano que, como se preciso con anterioridad, forma del sistema judicial dentro de los mecanismos alternativos de resolución de controversias, pero que no forma parte del Poder Judicial**, y al no pertenecer a la administración Pública y al ser resuelta la controversia por la ley venezolana y por un juez venezolano, **mal podría ordenar el juez del Juzgado Superior Octavo en lo Civil y Mercantil Bancario con Competencia nacional y Sede en Caracas, la consulta a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, cuando no estaban dados los extremos contenidos en los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil**, por lo que incurrió en un error que ocasionó dilación en el proceso, por la reposición de la causa, y su paralización por la consulta de Ley. (destacado nuestro)¹¹².

En nuestro criterio, al igual que la doctrina jurisprudencial de la Sala Político-Administrativa que afirma la competencia de los tribunales ordinarios para decidir la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, la consulta obligatoria al Tribunal Supremo de Justicia es violatoria tanto al principio de celeridad del arbitraje como al *Kompetenz-Kompetenz*.

Siguiendo los postulados de las referidas decisiones y en congruencia los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje, consideramos que la postura que deberían adoptar los tribunales ordinarios debería ser declarar inadmisibles de oficio todas aquellas demandas que versen sobre una relación contractual que contenga un acuerdo de arbitraje y, consecuentemente, dictaminar

¹¹¹ La segunda de estas decisiones declaró improcedentes la solicitud de aclaratoria y ampliación formulada por la representación del Grupo Inmensa y de Coresmalt. Véase: <https://11nq.com/7s74lfg>

¹¹² Véanse: Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Constitucional, No. 827, 23 de mayo de 2001, cit. Véase también: Hung Vaillant, Francisco, Apostillas a cinco sentencias en materia arbitral dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, en: *El Derecho privado y procesal en Venezuela: Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez, Tomo II, p. 672 y véase también: De Jesús O., Alfredo, La renuncia tácita del acuerdo de arbitraje en el Derecho venezolano y algunas conductas procesales “comprensibles”, en: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2005, Vol. 2, No. 4.

que la disputa debe ser sometida a arbitraje para que en éste se decida sobre su jurisdicción. Igualmente somos del criterio que contra la decisión de los tribunales ordinarios que dictamine que la controversia debe ser resuelta por arbitraje no procede la consulta al Tribunal Supremo de Justicia, toda vez que la decisión del tribunal arbitral sobre su propia competencia podrá ser revisada eventualmente por los tribunales ordinarios. También opinamos que sí procede el recurso de regulación de jurisdicción (en el supuesto que el juez admita la demanda y la parte demandada oponga la excepción arbitral) cuando el tribunal ordinario afirme su jurisdicción, en virtud del principio de la doble instancia.

Como hemos señalado, al comprobar el tribunal ordinario la existencia *prima facie* del acuerdo arbitral, se suspende temporalmente la jurisdicción de los tribunales judiciales, la cual se reactivará en limitados momentos procesales, a saber: en la asistencia judicial de la ejecución de medidas cautelares, en la decisión del recurso de nulidad o en el reconocimiento y ejecución del laudo.

Así las cosas, también es pertinente plantearse la pregunta siguiente: ¿En qué momento debe pronunciarse el tribunal arbitral sobre su jurisdicción? La Ley de Arbitraje es silente al respecto. En efecto, el artículo 25 *ejusdem* se limita a establecer que la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser presentada dentro de los 5 días hábiles siguientes a la primera audiencia. Sin embargo, no realiza ninguna consideración respecto al momento en que debe ser decidida dicha excepción.

Nosotros consideremos que el tribunal arbitral puede realizar la referida determinación en el momento que considere conveniente, es decir, bien a través de una sentencia interlocutoria sobre jurisdicción o bien a través de una sentencia definitiva. No existe ninguna limitación en el momento en que ésta debe ser dictada. Sin embargo, creemos que resulta más práctico y más cónsono con la naturaleza expedida del arbitral que la misma se realizada mediante una decisión definitiva parcial. En este sentido, conviene destacar, como lo hace la doctrina comparada, que el laudo arbitral definitivo parcial es de cumplimiento obligatorio para las partes y podrá ser recurrible por éstas, a tenor de lo dispuesto por las normas de las Convenciones de Nueva York y de Panamá y la Ley de Arbitraje¹¹³.

c. Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC (la “Corte”) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (el “Centro”)

Los Reglamentos de la Corte y del Centro consagran de manera expresa el principio *Kompetenz-Kompetenz*. De esta forma, el reglamento de la Corte lo desarrolla a través de su artículo 6.2 (1), mientras el del Centro lo hace a través de sus artículos 29, 30, 33 y 38 (2).

¹¹³ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 256.

i. Reglamento de la Corte

El artículo 6.2 del reglamento de la Corte establece que:

Si la Demandada no contesta a la Demanda según lo previsto en el artículo 5, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte [Internacional de Arbitraje de la ICC], si estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso, corresponderá al Tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Si la Corte no estuviere convencida de dicha posible existencia, se notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir. En este caso, las partes conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no un acuerdo de arbitraje que las obligue¹¹⁴.

Siguiendo estas directrices, la Corte tiene la facultad de determinar la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral a través de un examen *prima facie* (a primera vista); dicho en otras palabras: la Corte remitirá el caso al tribunal arbitral salvo en aquellos supuestos en donde sea evidente la inexistencia de un acuerdo arbitral¹¹⁵. Una vez que dicho examen se haya llevado a cabo, el tribunal arbitral podrá determinar su propia competencia. Sobre este particular, la doctrina observa que la determinación *prima facie* ocurre una vez presentada la demandada de arbitraje y únicamente en el caso de que no hubiere una respuesta o que se hayan presentado por una de las partes alegatos de falta de jurisdicción del tribunal¹¹⁶.

Además, se hace énfasis en que el examen en cuestión es de naturaleza administrativa y se encuentra limitado a la determinación de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje¹¹⁷. En otras palabras: para que la Corte de continuidad al procedimiento arbitral, es necesario que ésta previamente haya llegado a la conclusión que el caso presenta elementos que indiquen razonablemente la existencia de un acuerdo de arbitraje. Una consecuencia de la naturaleza administrativa del examen de la Corte consiste en que, por lo general, éste no pueda ser objeto de recurso de nulidad. A todo evento, cualquier decisión judicial sobre el particular debe limitarse a establecer si la Corte de Arbitraje cumplió con su Reglamento¹¹⁸.

En resumen, en el sistema de la Corte, el primer control sobre la competencia del tribunal arbitral lo tendrá ésta y no los tribunales ordinarios. No obstante, dicho examen se limita a una simple determinación *prima facie*, cuyo propósito es sólo constatar si a simple vista el acuerdo de arbitraje es válido y existente de acuerdo con las normas de los Derecho en donde

¹¹⁴ Revisado en: *Reglas de Arbitraje...*, ob. cit., p. 17.

¹¹⁵ Véase: Derains, Yves y Eric A. Schwartz, *A Guide to The New ICC Rules of Arbitration*, London, Kluwer Law International, 1998, p. 83.

¹¹⁶ Véase: Rodner, Introducción al arbitraje institucional..., ob. cit., p. 321.

¹¹⁷ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 156.

¹¹⁸ Véase: Craig, Park y Paulsson, *International Chamber...*, ob. cit., p. 160.

pueda ser ejecutado un eventual laudo. La verdadera determinación de su propia competencia la tendrá en todo momento el tribunal arbitral.

ii. Reglamento del Centro

De las disposiciones de los artículos 29, 30, 33 y 38 del Centro se infiere el principio *Kompetenz-Kompetenz*¹¹⁹, toda vez que le confieren al director ejecutivo del centro de arbitraje la facultad de decidir de forma preliminar sobre la existencia, al menos en apariencia, de la cláusula arbitral¹²⁰. Así, la admisión de la demanda arbitral por parte del director ejecutivo se encuentra condicionada a la constatación que la solicitud de arbitraje contenga copia de la cláusula arbitral. Por ende, en el caso que el contrato del que resulte el litigio no contenga cláusula arbitral, el Director no podrá admitir la solicitud de Arbitraje.

3. Jurisprudencia venezolana

Como hemos visto, los tribunales arbitrales poseen la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción en virtud de lo dispuesto por las normas del sistema de arbitraje comercial venezolano. Sin embargo, hasta el momento de escribir estas líneas, las decisiones del más alto tribunal de justicia del país han reconocido este principio en muy pocas oportunidades¹²¹. Así, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de su sentencia de fecha 10 de octubre de 1997 (caso: *Embotelladoras Caracas C.A. y otros v. Pepsi-Cola Panamericana S.A.*), respetó y dio vigencia al principio *Kompetenz-Kompetenz*. Igualmente,

¹¹⁹ Reglamento del Centro, art. 29: “La parte que desee recurrir al arbitraje del CACCC dirigirá su solicitud por escrito, en original y firmada, al Director Ejecutivo del CACCC. La fecha de presentación de la solicitud será la de su recepción del original firmado por la Dirección Ejecutiva, en el número de copias fijado en el artículo 31 Reglamento y presentado de conformidad con lo establecido en el referido artículo 30. El envío de la solicitud de arbitraje por telefax o teletransmisión no es suficiente, y la Dirección Ejecutiva deben en todo caso recibir la solicitud en original y en el número de copias establecido en el artículo 31 de este Reglamento”.

Art. 30. “La solicitud de arbitraje debe ser enviada por el Demandante conforme a lo establecido en el artículo 29 de este Reglamento, y contener:

Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;

El nombre completo, razón social y dirección de las partes;

Una referencia al contrato del que resulte el litigio o con el cual el litigio está relacionado y copia del o de los mismos, con una indicación de la cláusula donde las partes se han sometido al arbitraje;

La naturaleza general de la demanda y, si procede, la indicación del monto estimado de la disputa;

La materia u objeto que se demanda;

La petición relativa al nombramiento del o los árbitros de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de este Reglamento”.

Art. 33: “Si la demanda cumple con los requisitos establecidos en los artículos 29 y 30 de este Reglamento, El Director Ejecutivo procederá admitirla”.

Art. 38: “Salvo estipulación en contrario y siempre y cuando se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal arbitral conservará su competencia, aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones”.

¹²⁰ Rodner, Introducción al arbitraje institucional... ob. cit., p. 321.

¹²¹ Véase: Díaz-Candia, Hemando, Non-recognition of *Kompetenz-Kompetenz* in Developing Countries-The Venezuelan Example, en: *Journal of International Arbitration*, 2007, Vol. 24, No. 1, p. 25 ss.

decisiones del Tribunal Supremo de Justicia han destacado que “la validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute ante jueces, sino ante el Tribunal arbitral”¹²².

No obstante, la célebre doctrina establecida en la decisión *Pepsi-Cola* fue modificada por la sentencia de esa misma Sala de fecha 21 de octubre de 1999 (caso: *Hyundai de Venezuela C.A. vs. Hyundai Motor*). Al mismo tiempo, las decisiones de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia han desarrollado y extendido la postura establecida en la decisión *Hyundai* hasta el punto que, en la actualidad, la regla se ha convertido en que los tribunales ordinarios son los que determinan la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

Así las cosas, analizaremos primero las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia, específicamente, *Pepsi-Cola* y *Hyundai*; y luego, las dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

a. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

En fecha 10 de octubre de 1997, la Sala Política-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia dictó la célebre sentencia *Pepsi-Cola*. Dicha decisión (dictada antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje), aplicando de forma armónica la Convención de Nueva York y de Panamá (en aras de lograr los objetivos comunes de ambas convenciones), estableció que era el tribunal arbitral y no los tribunales venezolanos el competente para determinar la derogación de la Jurisdicción de los tribunales venezolanos¹²³. En otras palabras: es el propio tribunal arbitral y no los tribunales venezolanos el que tiene la facultad de decidir sobre su jurisdicción.

No obstante, en fecha 21 de octubre de 1999, la misma Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, a través de su decisión *Hyundai*, adoptó el criterio diametralmente opuesto al establecido en *Pepsi-Cola*. En efecto, la sentencia *Hyundai* (a pesar de tratarse de un litigio acerca de una relación contractual sobre la cual existía una cláusula arbitral que disponía que “...cualquier disputa entre las partes o reclamo que surja de o en relación con el presente Convenio o cualquier violación del presente será saldado definitivamente por arbitraje...”), estableció que los tribunales venezolanos eran los competentes para decidir el caso, debido a que la demandante había reclamado la responsabilidad extracontractual. En criterio de la Sala, la responsabilidad no tenía relación con el convenio en cuestión, ya que éste había perdido vigencia. Al decidir sobre la vigencia del acuerdo de arbitraje, la Sala Político-

¹²² Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

¹²³ La decisión *Pepsi-Cola* establece que los objetivos de ambas convenciones son los siguientes: (i) que los acuerdos arbitrales sean exigibles según sus términos; y que (ii) los laudos sean ejecutables en los países distintos del Estado sede del Tribunal arbitral sin que haya una previa revisión en el fondo del asunto decidido. Sobre la sentencia *Pepsi-Cola*. Véase: Hernández-Bretón, Eugenio, Lo que dijo y no dijo la sentencia *Pepsi Cola*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, No. 109, p. 143.

Administrativa no respetó la facultad del tribunal arbitral para determinar su propia competencia.

b. Decisiones del Tribunal Supremo de Justicia

Al igual que en muchas otras materias, la posición del Tribunal Supremo de Justicia sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz* (y de la institución arbitral) depende primordialmente de la Sala que trate el caso. Así, como hemos mencionado, la Sala de Casación Civil ha reconocido el principio *Kompetenz-Kompetenz* y la Sala Constitucional ha insistido tanto en el carácter jurisdiccional del arbitraje como en que la decisión de los tribunales ordinarios nacionales que declara procedente la excepción arbitral no debe ser objeto de consulta ante el Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, por otro lado, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa, no ha dado vigencia práctica al principio *in comento* e, inclusive, ha facilitado que la voluntad de una sola de las partes sea suficiente para dejar sin efectos el acuerdo arbitral.

De esta forma, abordaremos el tema, destacando primero la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil. Seguidamente, analizaremos la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa.

i. Sala Constitucional y de la Sala de Casación Civil

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido como doctrina pacífica el carácter jurisdiccional del arbitraje y ha resaltado su pertenencia al sistema de justicia venezolano. Así, por ejemplo, la sentencia de fecha 23 de mayo de 2001 (Caso: *Grupo Inmensa C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia C.A.*), además de establecer que la decisión de los tribunales judiciales ordinarios que declara procedente la excepción arbitral no debe ser objeto de consulta ante el Tribunal Supremo de Justicia. Dicho criterio ha sido reiterado por la Sala Constitucional. En efecto, la sentencia de fecha 22 de abril de 2005 (caso *COINMARCA*), fue clara al establecer que:

(omissis) resulta innegable que esa otra cara de la jurisdicción constituida por los órganos que administran la justicia alternativa, despliega por ello mismo potestades públicas y, en ejercicio de ellas, dicta actos de incontestable carácter jurisdiccional¹²⁴.

Así pues, consideramos válido afirmar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha reconocido las facultades eminentemente jurisdiccionales del tribunal arbitral, uno de los elementos fundamentales para que tenga vigor el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

Sin embargo, en este sentido, es la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia la que ha ido más lejos. En efecto, a través de sus sentencias de fecha 8 de febrero de 2002 (caso: *Hanover P.G.N Compressor C.A.*), 13 de agosto de 2004 (caso *Promotora E.P.*,

¹²⁴ Véase sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 572, 22 de abril de 2005 (caso: *COINMARCA*). <https://sl1nk.com/bss38da>

1967 c. *Asociación Civil el Carrao*) y 19 de agosto de 2004 (caso: *Operaciones, F.F., C.A., v. Valores Venafim S.A.*) ha afirmado expresamente que:

(*omissis*) ... la Ley de Arbitraje Comercial dispone en su artículo 5°, que celebrado el acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y **renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces**. Seguidamente, reitera que el acuerdo de arbitraje es **exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria**.

Asimismo, los artículos 7 y 25 de dicha ley prevén que el Tribunal arbitral tiene competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la **existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje**. Esto es: La “la validez del acuerdo de arbitraje comercial no se discute ante jueces, sino ante el Tribunal arbitral”¹²⁵. (destacado de la Sala y subrayado nuestro)

Por tanto, consideramos, que el criterio de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia es completamente cónsono con las normas del sistema de arbitraje comercial sobre el principio *Kompetenz-Kompetenz*. No obstante, debido a que es la Sala Político-Administrativa la que conoce las decisiones de los tribunales ordinarios sobre la excepción de arbitraje (en virtud de la consulta de la regulación de jurisdicción), la referida doctrina de la Sala de Casación Civil no ha podido tener mayores efectos para evitar que se utilice la excepción arbitral como mecanismo para sabotear procedimientos arbitrales.

Por último, conviene volver a destacar a la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 17 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*), la cual destacó no sólo su importancia sino también el reconocimiento del principio *Kompetenz-Kompetenz* en el ordenamiento jurídico venezolano¹²⁶. Concretamente, la comentada decisión dispuso que:

También la Sala ha reconocido los principios universalmente aceptados orientados a garantizar la sana operatividad de la institución arbitral, como lo son el de competencia obligatoria para las partes, aún y cuando se haya alegado la nulidad del negocio jurídico que contiene al compromiso arbitral (*severability*); que plantea la distinción entre la alegación de nulidad del contrato, de la referida a la cláusula arbitral, evitando así “*torpedear*” al mecanismo con tan sólo alegar la nulidad del negocio de que se trate); así como la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*), conforme a los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje Comercial venezolana...¹²⁷.

ii. Sala Político-Administrativa

La jurisprudencia de la Sala Político del Tribunal Supremo de Justicia ha irrespetado el alcance del principio *Kompetenz-Kompetenz*, a la vez que ha desarrollado una doctrina que

¹²⁵ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil No. 874, 13 de agosto de 2004 (caso: *Promotora E.P. 1697, C.A. c. Asociación Civil el Carrao*). <https://sl1nk.com/a37rjah>. Véase también: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil No. 1314, 19 de agosto de 2004 (caso: *Operaciones FF, C.A. contra Valores Venafim, S.A.*). <https://l1nq.com/k63bvqx>

¹²⁶ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

¹²⁷ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1541, 17 de octubre de 2008, cit.

facilita que la voluntad de una de las partes pueda ser suficiente para dejar sin efecto el acuerdo arbitral. Así, por ejemplo, la decisión de la Sala de fecha 18 de noviembre de 2003 (caso: *República Bolivariana de Venezuela vs. Autopista Concesionada de Venezuela, AUCOVEN C.A.*) afirmó su jurisdicción sin ni siquiera referirse a lo establecido por el artículo 7 de la Ley de Arbitraje (consagración del principio *Kompetenz-Kompetenz*)¹²⁸.

A igual conclusión llegó la referida Sala en la decisión de 06 de mayo de 2003 (caso: *Consultores Occidentales S.A. (COSA) y otros v. Hanover P.G.N. Compressor, C.A.*)¹²⁹. Este caso fue conocido en vista que la parte demandada interpuso un recurso de regulación de jurisdicción. No deja llamar la atención que el juzgado que escuchó el caso en primera instancia dio una interpretación diametralmente opuesta a las decisiones de Sala Constitucional sobre el caso *Grupo Inmensa C.A.* En efecto, la Sala Constitucional, bajo la premisa que el arbitraje es parte del sistema de justicia (artículos 253 y 258 de la Constitución), analizó el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil y llegó a la conclusión que no es necesaria la consulta a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia sobre una decisión que declare la procedencia de la excepción de arbitraje (es decir, que envíe la controversia a arbitraje), toda vez que el procedimiento que ésta implica es contrario a la celeridad de la institución arbitral.

En pocas palabras: de acuerdo con la Sala Constitucional, una sentencia que, al verificar la existencia *prima facie* de una cláusula compromisoria, envíe la controversia a arbitraje no puede ser objeto de regulación de jurisdicción. Al margen de esta doctrina y obviando por completo la existencia de una cláusula de arbitraje comercial internacional ICC, el tribunal de primera instancia afirmó su jurisdicción fundamentándose en el argumento que el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil no contemplaba la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos frente al tribunal arbitral extranjero y, por tanto, los tribunales ordinarios detentaban jurisdicción.

Por su parte la Sala Político-Administrativa, bajo la premisa que el arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional de los tribunales ordinarios y que la decisión de éstos sobre la excepción arbitral puede ser objeto del recurso de regulación de jurisdicción, consideró necesario aplicar el procedimiento establecido en el artículo 609 del Código de Procedimiento Civil para la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje. Así, se estableció que, en el supuesto que una de las partes niegue la obligación de someter la controversia a arbitraje, los tribunales ordinarios deben abrir la articulación probatoria de 15 días (establecida en dicha norma) para que se determine la validez de la cláusula arbitral. En palabras textuales de la referida decisión:

¹²⁸ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 1753, 18 de noviembre de 2003 (caso: *República Bolivariana de Venezuela vs. Autopista concesionada de Venezuela, AUCOVEN C.A.*), <https://11nq.com/ivbclxt>

¹²⁹ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 649, 6 de mayo de 2003 (caso: *Consultores Occidentales S.A. (COSA) y otros v. Hanover P.G.N. Compressor, C.A.*), <https://11nq.com/zmbxqxd>

El juez de la causa, tendrá jurisdicción y competencia para determinar la validez o no de la cláusula compromisoria si se opone ante él la prevalencia de dicha cláusula como medio para resolver la controversia, cumpliendo y verificando la manifestación de voluntad expresa de las partes involucradas¹³⁰.

Esta postura, en nuestro juicio, representa —además de un exceso— una clara violación al principio *Kompetenz-Kompetenz*, consagrado en las diferentes normas del sistema de arbitraje comercial venezolano. En nuestro criterio, la Sala Político-Administrativa, en virtud de los artículos II.3 de la Convención de Nueva York y 7 y 25 de la Ley de Arbitraje, ha debido remitir el asunto a arbitraje, de manera tal que la Corte de la ICC pudiese dar cumplimiento —sin intromisiones— del artículo 6.2 de su Reglamento. Aunado a lo anterior, la Sala mal pudo aplicar lo dispuesto por el artículo 609 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que, por tratarse de un contrato comercial internacional, eran aplicables la Convención de Nueva York y la Ley de Arbitraje.

Así las cosas, como mencionamos *supra*, una de las principales consecuencias de la jurisprudencia venezolana en relación con el *Kompetenz-Kompetenz* es, sin duda, que todas aquellas partes que pretenden deshonrar su compromiso arbitral demanden en tribunales ordinarios por cualquier controversia que se encuentre dentro del ámbito de aplicación del acuerdo arbitral. Dicha técnica procesal apunta a dos objetivos específicos: (a) provocar que su contraparte renuncie tácitamente al acuerdo de arbitraje; y (b) beneficiarse de la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa que es sustancialmente contraria a la validez del acuerdo de arbitraje.

En primer lugar, en cuanto a la renuncia tácita del acuerdo de arbitraje, debido a la doctrina que la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido en la materia, la oposición de la cuestión previa de falta de jurisdicción (excepción de arbitraje) debe ser opuesta al inicio y de inmediato. En este sentido, en sentencia de fecha 11 de junio de 2002, (caso: *Inversiones San Ciprian, C.A e Inversiones Mill's C.A c. Ciudad Comercial Porlamar, C.A.*) la Sala fue clara en establecer que:

Tal como lo señaló esta Sala en el fallo parcialmente transcrito *supra*, la parte demanda ha debido oponer “en forma: ex ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje, en la primera oportunidad en que se apersonó al juicio, insistiendo así en la eficacia de la cláusula compromisoria de arbitraje frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria¹³¹.

Igualmente, la Sala requiere que las partes lleven a cabo una conducta que evidencie en todo momento una voluntad manifiesta e inequívoca de sometimiento exclusivo a arbitraje [véase las decisiones de fechas 13 de abril de 2004 y de 06 de octubre de 2004, (casos: *Makro*

¹³⁰ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 649, 6 de mayo de 2003, cit.

¹³¹ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 832, 11 de junio de 2002 (caso: *Inversiones San Ciprian, C.A e Inversiones Mill's C.A c. Ciudad Comercial Porlamar, C.A.*). <https://11nq.com/mufo47>

Comercializadora C.A. c. Central Parking System Venezuela, S.A. y Ciudad Comercial Porlamar C.A. c. Valentina Ancillai)]¹³². Por tanto, cualquier actuación procesal que ponga en duda la voluntad de las partes de ir a arbitraje será considerada una renuncia tácita.

En este sentido, la Sala ha mantenido una doctrina pacífica a través de la cual examina una serie de elementos que, a su juicio, determinan la voluntad de las partes de ir arbitraje. Dichos elementos, en palabras textuales de la Sala, son:

(a) **La validez y eficacia del acuerdo, pacto o cláusula** compromisoria, esto es, el apego y respeto de los requisitos y extremos que la legislación exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como el adjetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir conflictos y controversias entre los ciudadanos. Entre los requisitos se encuentran, tanto **los atinentes a las estipulaciones contenidas en la cláusula o acuerdo arbitral (sin vacilaciones o contradicciones en cuanto a someterse o no en árbitros)**, como también, **los referentes a la capacidad suficiente de quienes, mediante la celebración del pacto o negocio que le contenga, procedan a comprometer en árbitros**.

(b).- **La existencia de conductas procesales de las partes en disputa, todas orientadas a una inequívoca, indiscutible y no fraudulenta intención de someterse en arbitraje**. Conductas éstas calificables como demostrativas de una incuestionable voluntad de no sometimiento al conocimiento de la jurisdicción ordinaria y, en su lugar, al Laudo Arbitral que los árbitros designados lleguen a emitir.

Elementos éstos, de necesario examen, a los fines de determinar si la excepción de arbitraje es o no válida y procedente frente al conocimiento de la jurisdicción ordinaria, para lo cual sería perentorio, a su vez, el análisis de dos situaciones que de forma común, serán decisivas para el aludido examen a que se hace referencia:

b'1) La denominada **“Renuncia Tácita al Arbitraje”**, cuando habiéndose demandado en vía judicial, la otra parte una vez apersonada en juicio no haya opuesto en “forma: ex ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil”, la cláusula de arbitraje y se someta al conocimiento del tribunal ordinario, bien solicitando la declaratoria sin lugar de la demanda (contestando el fondo de la misma), bien reconviniendo (mutua petición) o habiendo quedado confeso (confesión ficta). También, se considerará como renuncia tácita, aun y cuando, habiéndose opuesto la existencia de una cláusula de arbitraje, dicha advertencia u oposición no haya sido interpuesta en “forma” esto es, mediante el mecanismo procesal adecuado según la legislación especial adjetiva (en nuestro régimen las cuestión previa del ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil). (resaltado nuestro) (Véanse, entre otras, sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa en fechas 20 de junio de 2001, casos: Hoteles Doral C.A., Inversiones San Ciprian, C.A., respectivamente).

¹³² Véanse: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 336, 13 de abril de 2004 (caso: *Inversiones San Ciprian, C.A. e Inversiones Mill's C.A. c. Ciudad Comercial Porlamar, C.A.*), <https://11nq.com/jlm3don>. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 01713, 7 de octubre de 2004 (caso: *Ciudad Comercial Porlamar C.A. c. Valentina Ancillai*). <https://11nq.com/vpqop1h>

En segundo lugar, en relación con el criterio de la Sala Político-Administrativa sobre la validez de las cláusulas arbitrales, ésta ha sido enfática en establecer que los acuerdos de arbitraje de carácter optativo carecen de validez y eficacia. Dicha doctrina jurisprudencial ha sido pacíficamente plasmada en sentencias dictadas en fecha 20 de junio de 2001 (caso: *Hoteles Doral C.A.*), 24 de enero de 2002 (caso: *Banco Venezolano de Crédito, S.A., c. Venezolana de Relojería S.A y otros*) y 05 de mayo de 2005 (caso: *Inversiones 225, S.A. v. Desarrollos del Sol, C.A.*), las cuales fueron claras al establecer que, para que la intención de las partes de someter la resolución *exclusiva* de sus controversias a arbitraje pueda derogar la jurisdicción de los tribunales ordinarios, la misma debe ser realizada en forma “inequívoca, indiscutible y no fraudulenta”¹³³. De esta manera, la Sala ha adoptado específicamente el criterio que el acuerdo de arbitraje no puede dejar abierta la vía judicial, toda vez que se violaría no sólo cánones y principios procesales constitucionales (el proceso debido y la tutela judicial efectiva) sino también el carácter exclusivo y excluyente de la institución arbitral, establecido en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje.

IV. Interpretación del acuerdo de arbitraje

La interpretación del acuerdo de arbitraje tiene como objetivo básico el establecer la intención común de las partes de resolver sus controversias por arbitraje. Sin lugar a duda, es de una importancia fundamental en nuestra materia, toda vez que posee valor decisivo en la determinación de la validez del acuerdo de arbitraje.

Aunque, en principio, la interpretación del acuerdo en cuestión se nutre de las reglas generales de interpretación contractual, los principios rectores del arbitraje (v.gr principio de la autonomía y de *Kompetenz-Kompetenz*) aunados a la consagración constitucional del principio pro-arbitraje (artículos 253 y 258 de la Constitución) le otorgan matices propios.

En este capítulo estudiaremos detalladamente las particularidades y efectos de la interpretación del acuerdo de arbitraje. En primer lugar, veremos tanto la noción como los diferentes criterios de interpretación. Luego, analizaremos las particularidades de las normas de interpretación del sistema venezolano de Arbitraje comercial internacional. Sobre este último respecto, haremos hincapié en la ya referida consagración constitucional del principio pro-arbitraje, al mismo tiempo que nos referiremos a aplicación de los artículos 1160 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil¹³⁴.

¹³³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 02571, 5 de mayo de 2005 (caso: *Inversiones 225, S.A. v. Desarrollos del Sol, C.A.*). <https://11nq.com/th6adew>

¹³⁴ Publicado en la Gaceta de la República de Venezuela No 2990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

A. Noción

La interpretación del acuerdo de arbitraje tiene decisiva importancia en el proceso de determinación y alcance de la voluntad de las partes de establecer el arbitraje como mecanismo exclusivo y excluyente de resolución de sus controversias. Sin embargo, ésta posee límites claramente definidos. En efecto, su propósito se encuentra en esclarecer el significado objeto del acuerdo de voluntades y no en llenar sus lagunas¹³⁵. En este sentido, debe circunscribirse a lo establecido por la voluntad de las partes a lo largo de la relación contractual. No obstante, esto no quiere decir que no sean aplicables instituciones fundamentales de Derecho Privado, tales como la integración contractual, ni que el acuerdo en sí mismo no pueda ser eventualmente corregido por las disposiciones normativas nacionales de naturaleza eminentemente imperativa o por ciertas consideraciones de orden público. Una vez que el terreno de la interpretación se ha agotado, es decir, que no se ha podido reconstruir el espíritu de la voluntad común de las partes, se activa la integración y, por ende, se aplican las normas subsidiarias.

En este contexto, la interpretación del acuerdo de arbitraje se regirá por las normas del Derecho aplicable al acuerdo de arbitraje (véase *supra*). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que es un principio generalmente aceptado de litigio transnacional analizar los acuerdos de arbitraje mediante métodos interpretativos que tengan como propósito lograr la materialización práctica del principio pro-arbitraje¹³⁶. Con base a estos métodos, cualquier duda sobre el alcance de la cláusula de arbitraje debe resolverse a favor del arbitraje (principio pro-arbitraje)¹³⁷.

Siguiendo este orden de ideas, el principio de interpretación pro-arbitraje proviene de la premisa que las realidades y necesidades del comercio internacional actual han erigido al arbitraje como el mecanismo loable, expedito y eficaz para resolver las controversias que en él se presentan. En consecuencia, los Estados se encuentran en el deber de promocionar y proteger el arbitraje. Dicho deber se concretiza tanto con la creación de normas legales claras como con la implementación de un sistema de interpretación que garantice la eficacia práctica de la institución arbitral; especialmente, del acuerdo y procedimiento de arbitraje y de ejecución de los laudos. La implementación del referido sistema de interpretación es conocida como el principio de interpretación “pro-arbitraje”, “liberal”, “de máxima eficacia del arbitraje” o “*pro-enforcement bias*”¹³⁸. En varias jurisdicciones ha sido utilizado para dar eficacia a acuerdos considerados patológicos¹³⁹.

¹³⁵ Véase: Mélich-Orsini, José, *Doctrina General del Contrato*, Caracas, Marcial Pons, Editorial Jurídica Venezolana, 1997, p. 415. Véase también: Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, (Trad. S. Sentis Melendo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2ª ed., 1971, p. 484.

¹³⁶ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 298.

¹³⁷ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 298.

¹³⁸ Chillón Medina y Merino Merchán, *Tratado de Arbitraje...*, ob. cit., p. 677.

¹³⁹ Chillón Medina y Merino Merchán, *Tratado de Arbitraje...*, ob. cit., p. 677.

En materia de interpretación contractual existen dos sistemas diferentes, a saber: (a) el sistema de la voluntad declarada, el cual se materializa directamente a través del criterio de interpretación gramatical; y (b) el sistema de la voluntad real, el cual tiene como propósito la comprobación efectiva de la intención de las partes¹⁴⁰. Sin embargo, se debe tener en cuenta la tesis que postula que es jurídicamente inadmisibles plantear una supuesta confrontación entre ambos sistemas en la cual uno de estos representa la preeminencia de la voluntad interna frente a la declaración o viceversa¹⁴¹. Sobre este particular, Betti apunta que:

...(omissis) la voluntad de las partes no adquiere relevancia jurídica, sino, precisamente, en cuanto sea reconocible bajo la forma de declaración o de comportamiento, por lo que no puede ser colocada en el mismo plano de esta forma, ni asumir un valor por sí misma, en antítesis con aquella. Cuando la ley atiende a dar relevancia al intento común de las partes frente al sentido literal de las palabras, entiende por tal intención común, no la “voluntad” de cada una de las partes en cuanto aparece como reconocible en su común o congruente declaración y conducta. Entendiéndose por ello que esta común o congruente declaración o conducta, interpretada por otro no según la muerte y abstracta letra de las palabras, sino según su espíritu, es interpretada en función del recíproco comportamiento de las partes de las que proviene y de la situación de hecho, en la que aparece en concreto encuadrada¹⁴².

Adicionalmente, Betti distingue entre la interpretación psicológica, la cual está dirigida a determinar la objetivación del espíritu de la intención común de las partes; y la técnica, encaminada a resolver los vacíos dejados por las partes, a través de la concepción de una solución independiente de la voluntad común de las partes¹⁴³. En este contexto, la interpretación psicológica se encuentra ligada al sistema de la voluntad real, mientras que la técnica se encuentra relacionada con la integración y la interpretación integradora.

Apartando las discusiones sobre la utilización de uno u otro sistema, debemos hacer hincapié en la importancia que tienen los comportamientos y las declaraciones de las partes, (durante la negociación, preparación y ejecución del contrato) como elementos objetivos fundamentales para determinar la intención común que está llamado a descifrar el sistema de voluntad real. Y en esta medida consideramos pertinente tener presente la citada opinión de Betti.

Ahora bien, como lo han establecido la jurisprudencia y la doctrina nacional, el ordenamiento jurídico venezolano acoge el sistema de la voluntad real¹⁴⁴. Igualmente, debemos anotar que el hecho de que el ordenamiento *iurisprivativa* venezolano establezca el sistema de voluntad real no quiere decir que, en ocasiones, la vacilante jurisprudencia de instancia

¹⁴⁰ Véase: sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, 15 de junio de 1988 (caso: *Estudios de Fotogrametría v. Pan American de Venezuela*). Baudin, Patrick J., *Código de Procedimiento Civil*, Caracas, Edit. Justice, 2004, p. 20.

¹⁴¹ Betti, Emilio, *Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos* (Trad. J.L. De Mozos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1971, p. 351.

¹⁴² Betti, *Interpretación de la Ley...*, ob. cit., p. 356.

¹⁴³ Betti, *Interpretación de la Ley...*, ob. cit., p. 363.

¹⁴⁴ Véase: Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., p. 415.

venezolana haya implementado el sistema de voluntad declarada, error que a todo evento debe ser corregido en casación.

Igualmente también debemos recordar que los referidos sistemas se centran únicamente en interpretar la voluntad de las partes en una relación contractual, cuestión que se encuentra inmersa en la premisa menor del silogismo jurídico. Es decir, en nuestro caso concreto, en determinar el consentimiento de las partes en someter sus controversias a arbitraje. Los referidos sistemas no buscan interpretar normas jurídicas (Premisa mayor). Así, cuando el juez interpreta normas jurídicas, no es aplicable el sistema de voluntad real.

La clave en aquellos sistemas que, como en el caso de Venezuela, consagran la supremacía de la voluntad interna sobre la voluntad declarada, consiste en entender que la declaración de la voluntad contractual es sólo un medio para determina la común intención de las partes¹⁴⁵. En este sentido, conviene citar el artículo 1.156 del Código Napoleón el cual dispone textualmente que:

En las convenciones se debe averiguar cuál ha sido la común intención de las partes contratantes, más bien que fijarse en el sentido literal de los términos”¹⁴⁶.

Por otro lado, como detallaremos *infra*, en la interpretación del acuerdo de arbitraje son perfectamente aplicables la integración y la interpretación integradora del contrato, instituciones que se encuentran íntimamente relacionadas con ésta. Mientras la interpretación busca desarrollar la fórmula más lógicamente coherente con la intención común de las partes contratantes, la integración busca llenar los vacíos dejados por partes, mediante normas supletorias. Así, la interpretación presupone la expresión de una voluntad, la cual se encuentra en cierta medida y bajo ciertos parámetros manifestada por las partes; la integración supone la falta de manifestación de la voluntad en cuestión y, por tanto, opera propiamente en sus efectos.

Ahora bien, los diferentes legisladores desarrollan los referidos sistemas mediante la consagración de diferentes criterios concretos de interpretación, los cuales, a su vez, generalmente se conciben como parte de métodos específicos de análisis contractual. A continuación trataremos cada uno de estos criterios.

B. Criterios de interpretación

En esta sección abordaremos criterios de interpretación siguientes: (i) según la buena fe; (ii) restrictiva; (iii) efectiva y; (iv) gramatical.

¹⁴⁵ En este sentido, los hermanos Mazeaud hacen hincapié en la importancia de la voluntad real de las partes y desarrolla una serie de procedimientos para encontrarla. Véase: Mazeaud, Henry Leon y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil* (Trad. L. Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte Segunda, Vol. I, 1960, p. 379.

¹⁴⁶ Consultado en: <https://sl1nk.com/ykwrvig>

1. Interpretación según la buena fe

Es el criterio de interpretación más aceptado a nivel internacional. Implica que las intenciones verdaderas y reales de las partes deben prevalecer a sus intenciones declaradas en el caso de que éstas no sean iguales¹⁴⁷. Por lo general, es el criterio utilizado por los diferentes legisladores para consagrar el sistema de interpretación real. Así, para determinar la verdadera intención de las partes, el contrato debe ser interpretado de acuerdo con la “buena fe”.

Sobre el tema conviene que en normativo comercial internacional venezolano la noción de buena fe se encuentra consagrada en el artículo 1.160 del Código Civil¹⁴⁸ y, como principio del Comercio Internacional, ha sido recogida por el art. 1.7 de los Principios UNIDROIT¹⁴⁹. La buena fe está integrada por una dualidad de nociones, a saber: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva. La buena fe subjetiva se manifiesta en la entera convicción de un sujeto en que su actuar se encuentra apegado a Derecho; la buena fe objetiva consiste en el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones¹⁵⁰.

El criterio de interpretación según la buena fe implica que la intención de las partes tiene una importancia fundamental en el análisis del acuerdo de arbitraje¹⁵¹. Aun siendo de carácter subjetivo, en contraposición con la interpretación restrictiva, se presenta de forma neutral; es decir, permitiendo descubrir la verdadera intención de las partes¹⁵². En esta medida, la buena fe implica “lealtad” y reciprocidad y busca reconstruir el proceso psicológico de la intención común de las partes¹⁵³.

En el ordenamiento jurídico comercial internacional venezolano la interpretación según la buena fe se encuentra consagrada en el artículo 1160 del CC y desarrollado por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y por el artículo 4 de los Principios UNIDROIT.

Como bien ha sido plasmado en los Principios UNIDROIT, la interpretación según la buena fe trae como consecuencia la utilización de reglas específicas para el esclarecimiento de la intención real de las partes, a saber: (i) análisis de los términos contractuales tal y como lo haría una persona con los mismos conocimientos que las partes (Principios UNIDROIT, artículo 4.1(2)); (ii) la intención de cada una de las partes debe ser examinada teniendo en cuenta

¹⁴⁷ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard*..., ob. cit., p. 257

¹⁴⁸ Código Civil de Venezuela, art. 1.160: “Los Contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

¹⁴⁹ Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (2004), artículo 1.7 (Buena Fe y lealtad en el trato): (i) *Cada parte debe actuar en concordancia con la buena y lealtad en el trato en el Comercio Internacional*; (ii) *Las partes no pueden excluir o limitar este deber*. Vale la pena destacar que este principio es una de los más aplicados por Tribunales Arbitrales alrededor del mundo. Véase Bonell, *The New Edition*..., ob. cit., p. 8.

¹⁵⁰ Rodríguez Matos, Gonzalo, La buena fe en la ejecución del contrato, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Marwdsley*, 2004, Colección Libros Homenaje No. 14, Vol. II, p. 420.

¹⁵¹ Sobre este particular Véase laudos arbitrales CCI, caso 4145, dictados en los años 1983, 1984 y 1985, En: Amaldez, Derains y Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards*..., ob. cit., p. 54.

¹⁵² Sánquiz Palencia, *El Derecho aplicable*..., ob. cit., p. 189.

¹⁵³ Véase: Betti, *Interpretación de la Ley*..., ob. cit., p. 364.

las consecuencias que las partes legítima y razonablemente han previsto (Principios UNIDROIT, artículo 4.2)¹⁵⁴; (iii) interpretación del acuerdo de arbitraje como un todo; (iv) interpretación de todos los términos de manera tal que produzcan efectos —y nunca de forma restrictiva— (Principios UNIDROIT, artículo 4.4); y, en el supuesto que un término sea ambiguo, éste debe ser interpretado en contra la parte que la redactó (Principios UNIDROIT, artículo 4.4).

2. Interpretación Restrictiva

Este método de interpretación se fundamenta en la idea que el arbitraje comercial internacional constituye una excepción al poder jurisdiccional de los tribunales nacionales, lo cual podría significar una amenaza al derecho de los justiciables a una tutela judicial efectiva. Por ende, todo acuerdo de arbitraje debe ser interpretado restrictivamente.

De manera ilustrativa, en Venezuela la interpretación restrictiva ha sido utilizada por los tribunales nacionales para llegar a cada una de las decisiones siguientes:

(i) condicionar la eficacia del acuerdo de arbitraje a que tanto el lenguaje utilizado en el mismo como el comportamiento procesal de las partes demuestre que su voluntad de someterse a arbitraje en todo momento sea “manifiesta, expresa, inequívoca e incuestionable” (Véase: Sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de abril de 2004 y de 7 de octubre de 2004, casos: *Makro Comercializadora c. Central Parking System de Venezuela* y *Ciudad Comercial Porlamar c. Valentina Acillai Verleza*, respectivamente);

(ii) afirmar que en los contratos comerciales internacionales de interés público el acuerdo de arbitraje no excluye la jurisdicción de los tribunales nacionales (Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2004, caso: *Minera “Las Cristinas” c. Corporación Venezolana de Guayana*)¹⁵⁵;

(iii) desconocer el carácter exclusivo y excluyente del acuerdo de arbitraje (Véase Sentencia de la Sala Constitucional de 19 de noviembre de 2004, caso: *Consortio Barr v. Four Seasons*); y

(iv) violar los efectos del acuerdo de arbitraje, (el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje. Véase decisión de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de

¹⁵⁴ En este sentido, deben tomarse en cuenta las circunstancias siguientes: las negociaciones preliminares entre las partes; las Prácticas que las partes hayan establecidos en su relación; la conducta de las partes luego de haber concluido su relación contractual; la naturaleza y propósito del contrato; y el significado generalmente otorgado a los términos y expresiones en el comercio específico; y los usos (Principios UNIDROIT, art. 4.3).

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa No. 1713, 15 de julio de 2004 (caso: *Minera Las Cristinas c. Corporación Venezolana de Guayana*). <https://sl1nk.com/t80ki4z>

Justicia de fecha 21 de octubre de 1999, caso: *Hyundai*¹⁵⁶ y el principio *Kompetenz-Kompetenz* -Véase sentencia de la Sala Político-Administrativa de 6 de mayo de 2003, caso: *Consultores Occidentales S.A. y otros v. Hanover P.G.N. Compressor, C.A.*¹⁵⁷)

Por nuestra parte, consideramos que fundamentar la implementación del criterio de interpretación restrictiva en el derecho a la tutela judicial efectiva tiene cabida únicamente en detrimento de los postulados que sobre la materia posee la Constitución de 1999¹⁵⁸; específicamente, lo dispuesto por los artículos 26 y 49, 253 y 258 *ejusdem*. En este sentido, no estamos de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 19 de junio de 2001 (caso: *Hoteles Doral*), en la que, a pesar de reconocerse el deber de promocionar el arbitraje, se justifica la implementación del criterio interpretativo restrictivo.

En adición a lo anterior, se debe tener en cuenta que, como bien señala la doctrina patria, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe ser entendido como un derecho y no como un deber de los ciudadanos, a través de los órganos que integran el sistema de justicia venezolano y del cual forma parte el arbitraje¹⁵⁹. La justicia, tal cual como fue concebida por el Constituyente de 1999, no significa un poder detentado de manera monopólica y magnánima por el Estado; es un derecho de los ciudadanos¹⁶⁰. En este sentido, vale la pena citar la opinión de Hernández-Bretón quien enseña que “en el sistema venezolano contemporáneo el arbitraje es un derecho fundamental autónomo con perfiles propios y de rango constitucional”¹⁶¹.

De cualquier forma, el método de interpretación restrictivo es contrario a la realidad de la comunidad comercial internacional de comienzos del siglo XXI, la cual reconoce al arbitraje comercial internacional como una forma normal de solución de controversias. En este sentido, la jurisprudencia comparada ha sido clara en establecer que el acuerdo de arbitraje no debe ser analizado de forma restrictiva sino que —por el contrario— debe ser interpretado de manera que sirva para determinar la intención común de las partes¹⁶², criterio que debe ser aplicado por operadores jurídicos venezolanos en virtud de lo dispuesto por las normas del sistema de arbitraje comercial internacional.

En este orden de ideas, jurisdicciones (como la de los Estados de Norteamérica) conocidas por haber implementado el criterio de interpretación restrictiva han adoptado

¹⁵⁶ En el caso se dispuso que el acuerdo de arbitraje había dejado de tener eficacia en virtud de la terminación del contrato principal.

¹⁵⁷ En este caso, inclusive, se estableció que en el supuesto que una de las partes niegue la obligación de someter las controversias a arbitraje, los tribunales ordinarios deben abrir una articulación probatoria de 15 días para determinar la validez de la cláusula arbitral.

¹⁵⁸ En este sentido, no estamos de acuerdo con la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 19 de junio de 2001 (caso: *Hoteles Doral*), en la que, a pesar de reconocerse el deber de promocionar el arbitraje, se justifica la implementación del criterio interpretativo restrictivo.

¹⁵⁹ Véase: Hernández-Bretón, *Arbitraje y Constitución...*, ob. cit., p. 27.

¹⁶⁰ Hung Vaillant, *Reflexiones sobre el Arbitraje...*, ob. cit., p. 31.

¹⁶¹ Hernández-Bretón, *Arbitraje y Constitución...*, ob. cit., p. 28.

¹⁶² Véase la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en 1974, caso: *Scherk (FRG) v. Alberto Culver Company*. Citada por: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 52.

métodos completamente contrarios, materializando en la práctica el principio pro-arbitraje. Resulta un buen ejemplo en este sentido la ya citada célebre decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de 1985 (Caso: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*).

3. Interpretación Efectiva

Según este método interpretativo, cuando un acuerdo de arbitraje pueda ser interpretado en dos formas diferentes, la interpretación que favorezca la validez debe ser adoptada¹⁶³. Dicha interpretación está inspirada en disposiciones como el 1157 del Código Napoleón, el cual dispone textualmente que:

Cuando una cláusula sea susceptible de dos sentidos, debe entenderse más bien en aquel que pueda surtir algún efecto que en el sentido en que no podría producir ninguno.

Consideramos que la interpretación efectiva se encuentra inspirada en el principio de la *conservación del negocio*, el cual busca evitar que este quede privado de efectos en virtud de la ambigüedad u oscuridad de una cláusula contractual¹⁶⁴. Reglas que estipulan que los términos de los contratos deben entenderse en el sentido más conveniente para el negocio jurídico también se inspiran en interpretación efectiva. Igualmente, ha sido reconocido por diversos tribunales arbitrales como un principio de interpretación universalmente reconocido¹⁶⁵.

4. La Interpretación Gramatical

Este criterio de interpretación se basa en la premisa que la verdadera intención común de las partes se materializa en el texto del acuerdo de arbitraje. Dicha intención común se evidencia exclusivamente en el lenguaje gramatical del acuerdo y no a través de criterios para descifrar las consideraciones subjetivas de los contratantes. Otorga preeminencia al sentido gramatical de la letra del contrato sobre el espíritu de la voluntad y común de las partes. Por ende, el significado de las palabras utilizadas en el acuerdo de arbitraje posee una importancia capital.

A pesar de la innegable importancia que tiene el lenguaje utilizado en el acuerdo de arbitraje, la interpretación gramatical como único método interpretativo ha sido dejado atrás por diferentes ordenamientos jurídicos. En la actualidad, representa más bien uno de los diferentes métodos no excluyentes utilizados en el proceso de interpretación contractual.

¹⁶³ Sánquiz Palencia, *El Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 190 y Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 257.

¹⁶⁴ Sobre el carácter coactiva de las reglas de interpretación véase: Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, ob. cit., p. 484.

¹⁶⁵ Véase: Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, ob. cit., p. 484.

C. Interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional en el Derecho venezolano

En esta sección estudiaremos específicamente las normas venezolanas aplicables a la interpretación del acuerdo de arbitraje comercial internacional. En primer lugar, nos referiremos al método interpretativo establecido por el sistema de arbitraje comercial venezolano. Luego, analizaremos cada una de las normas legales venezolanas sobre interpretación.

1. Sistema de Interpretación establecido por las normas del Sistema de Arbitraje comercial internacional

Como señalamos *supra*, la Constitución, a través de sus artículos 253 y 258, consagra el principio pro-arbitraje como rector del Sistema de arbitraje comercial internacional y del sistema de justicia venezolano. Uno de los corolarios de este principio es la utilización de la interpretación pro-arbitraje como método de análisis de los acuerdos de arbitraje comercial internacional relacionados con Venezuela. En este sentido, vale la pena destacar que dicha consagración es realizada por vía constitucional, a diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones donde ha sido por vía legal o jurisprudencial. Por ejemplo, en los Estados Unidos, fue a través del *Federal Arbitration Act* que se consagró el *Liberal Arbitration Policy*¹⁶⁶; en Francia, ha sido más bien a través de decisiones jurisprudenciales (v.gr sentencia de la Sala de Casación francesa de 2 de mayo de 1966 (caso: *Trésor Public c. Galakis*) en la que expresamente se estableció la posibilidad de someter a arbitraje los contratos administrativos de naturaleza comercial internacional)¹⁶⁷.

Específicamente, los referidos artículos 253 y 258 *ejusdem* consagran el arbitraje como una institución básica del sistema de justicia venezolano al mismo tiempo que exigen su promoción, exigencia esta que no sólo debe ser cumplida por el legislador sino que también por todos los órganos del poder público venezolano¹⁶⁸; especialmente, por los órganos de administración de justicia. Dichas normas exigen una política judicial pro-arbitraje, la cual adquiere una importancia determinante en el análisis judicial de los acuerdos de arbitraje y, concretamente, en los métodos interpretativos utilizados para tal fin. En este sentido, la jurisprudencia posee un peso decisivo en hacer valer los postulados constitucionales.

A tenor del principio de interpretación progresiva, las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse de la forma más favorable posible al disfrute de los derechos fundamentales¹⁶⁹. Es decir, la interpretación tanto constitucional como legal debe ser realizada de manera tal de expandir el goce de los derechos fundamentales; jamás para restringir o

¹⁶⁶ Consultado en: <https://lnq.com/dlez151>

¹⁶⁷ Citada por Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 110.

¹⁶⁸ Hernández-Bretón, *Arbitraje y Constitución...*, ob. cit., p. 27.

¹⁶⁹ Véase: Hernández-Bretón, *Arbitraje y Constitución...*, ob. cit., p. 30.

cercenarlos. Así pues, el objetivo de la interpretación debe estar dirigido a facilitar el ejercicio de las libertades y en dar una garantía práctica y tangible a derechos fundamentales. Por tanto, como con acierto ha enseñado Hernández-Bretón:

Toda disposición normativa en materia de arbitraje debe ser interpretada de forma tal que se logre su conformidad constitucional, su apego a los objetivos y valores recogidos en la Constitución. Se trata de materializar el “principio de interpretación constitucional” conforme a la constitución”, el cual encuentra fundamento en el artículo 334 constitucional. Si ello resulta imposible, entonces la disposición en cuestión será inconstitucional¹⁷⁰.

Un análisis razonable de la Constitución, que tenga en cuenta tanto el Derecho a tutela jurisdiccional efectiva como el principio pro-arbitraje, conducirá inexorablemente a concluir que todo justiciable posee dos vías por las cuales resolver sus controversias, a saber: la justicia judicial y la justicia arbitral. El justiciable puede ser coartado de una de estas vías sólo en desmedro de su derecho fundamental al acceso a la justicia.

La tutela jurisdiccional debe ser entendida siempre en beneficio de los particulares y de manera tal que permita a éstos resolver sus controversias efectivamente por cualquiera de las instituciones jurídicas (bien sea la jurisdicción judicial o la arbitral) que consideren que darán una mayor protección a sus derechos e intereses¹⁷¹. En estos términos la interpretación pro-arbitraje complementa y desarrolla el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva¹⁷². Al mismo tiempo, implica —como bien señala Hernández-Bretón— que “la aplicación e interpretación de la normativa en materia de arbitraje debe ser hecha de manera que se estimule el arbitraje”¹⁷³.

No obstante, la interpretación pro-arbitraje ha sido utilizada por la jurisprudencia venezolana en contadas ocasiones. Si bien la mayor parte de las sentencias que sobre el tema del arbitraje comercial han dictado las diferentes salas del Tribunal Supremo de Justicia, destacan la importancia de la consagración del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sólo contado número utiliza una interpretación que brida eficacia práctica al derecho fundamental al arbitraje.

Un ejemplo en el que nuestro supremo tribunal ha utilizado la interpretación pro-arbitraje fue la sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de nueve de octubre de 1997 (caso *Embotelladora Caracas y otros c. Pepsi-Cola Panamericana*), en el que, aplicando armónicamente la Convención de Nueva York y la de Panamá, se dispuso que la finalidad de ambas convenciones era justamente facilitar la validez

¹⁷⁰ Véase: Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

¹⁷¹ Díaz-Candia, La jurisdicción arbitral..., ob. cit., p. 718.

¹⁷² En nuestro criterio tesis como las postuladas en la decisión de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de 2004 (caso: *Mineras “Las Cristinas” v. Corporación Venezolana de Guayana*) no son adecuadas, toda vez que analizan el derecho a la tutela judicial efectiva obviando el principio pro-arbitraje.

¹⁷³ Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución..., ob. cit., p. 30.

de los acuerdos de arbitraje. También son ejemplos de aplicación de la interpretación pro-arbitraje los precedentes vinculantes de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, establecidos en las decisiones del 17 de octubre de 2008 (caso: *Hildegard Rondón de Sansó*), reiterado a través de la decisión de esa misma sala del 11 de febrero de 2009 (caso: *Fermín Toro*)¹⁷⁴, y del 28 de febrero de 2008 (caso: *Bernardo Weininger; Hernando Díaz Candia y Ramón Escovar Alvarado*).

Tal y como señalamos *supra*, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a través de los precedentes destacados en el párrafo que antecede, ha analizado los artículos 26, 49, 253 y 258 de la Constitución para entender que: (a) el sistema de justicia ideado por el constituyente de 1999 está integrado por la justicia arbitral y la justicia judicial; (b) existe un derecho fundamental a ir a arbitraje; (c) el principio de la tutela judicial efectiva fue concebido de manera de incluir también la justicia arbitral; (d) el hecho de que a una controversia le sean aplicables normas imperativas o de orden público no conlleva a que la misma sea inarbitrable¹⁷⁵; (e) la suscripción de un acuerdo de arbitraje no implica renuncia alguna a las protecciones, derechos o garantías establecidas en la legislación especial; (f) el carácter imperativo del régimen regulatorio de materias consideradas como de “orden público” o imperativas debe ser entendido exclusivamente extensible a normas sustantivas y no a las procesales¹⁷⁶; y (g) los jueces deben aplicar una interpretación pro-arbitraje. De esta manera, un tribunal arbitral podrá conocer y decidir cualquier controversia que pueda ser conocida y decidida por un tribunal judicial con competencia en materia mercantil. Específicamente la sentencia *Hildegard Rondón de Sansó* dispone claramente que:

...para conocer si algún tópico de cierta relación jurídica es susceptible de arbitraje o no, bastará con discernir si allí puede llegar también el conocimiento de un juez, pues si es así, no habrá duda de que también es arbitrable por mandato de la voluntad de las partes.

Ahora bien, el punto que, en nuestro criterio, es quizás más importante no tiene que ver con las veces que ha sido aplicado un método interpretativo que garantice la materialización

¹⁷⁴ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 97, 11 de febrero de 2009 (caso: *Fermín Toro y otros*), <https://sl1nk.com/ynlqnr>

¹⁷⁵ Cabe destacar que la noción de “orden público” no es equiparable a la noción de inarbitrabilidad. Al conocer de una determinada controversia, los tribunales arbitrales deben aplicar exactamente las mismas normas sustantivas que aplicaría un tribunal judicial que conocería un caso análogo. Especialmente, aquellas normas que tengan carácter de orden público.

¹⁷⁶ En este sentido, debemos resaltar que el precedente de los casos *Hildegard Rondón de Sansó* y *Fermín Toro*, desecha el postulado según el cual los tribunales judiciales nacionales tienen jurisdicción exclusiva sobre litigios relacionados con contratos administrativos y/o de interés público, los cuales, según un dogma de la tradición administrativista venezolana, se encuentran reglados por “normas de orden público”. La noción de contrato de interés público contiene a aquellos contratos suscritos por la Administración que en un momento determinado detentan una importancia sustancial para un sector mayoritario de la sociedad y que objetivamente poseen una finalidad de utilidad pública (v.gr, la construcción de una autopista, un aeropuerto o un hospital) y no objetivamente mercantil o comercial. Véanse: Mélich-Orsini, José, La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público, en: *Revista de Derecho Público*, 1981, No. 7; Boscán de Ruesta, Isabel, Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público, en: *Revista de Derecho Público*, 1983, No. 14; Escovar Alvarado, Ramón J., Arbitraje en Contratos de Interés Público de Naturaleza Comercial Internacional, en: *Studia Iuris Civilis: Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Colección Libros Homenaje No. 16, p. 201.

del principio pro-arbitraje, sino con el hecho de que un buen número de decisiones jurisprudenciales venezolanas han aplicado el criterio interpretativo diametralmente opuesto: el restrictivo. Diversos de los problemas sensibles en materia de arbitraje son analizados por la jurisprudencia venezolana haciendo uso de la interpretación restrictiva y, por tanto, la institución arbitral ha quedado desnaturalizada y sin mayor evolución práctica, al margen de los postulados constitucionales.

En definitiva, consideramos que la real y efectiva implementación de este método de interpretación pro-arbitraje, consagrado con los artículos 253 y 258 de la Constitución, constituye el primer paso que debe ser tomado para convertir al arbitraje en un eficaz mecanismo de resolución de controversias, que represente tanto una alternativa viable al sistema judicial venezolano como una respuesta a las complejas disputas que surgen en el seno del comercio transnacional. De existir alguna duda en cuanto al perfeccionamiento, vigencia, alcance y efectos de un acuerdo de arbitraje, el método interpretativo utilizado inexorablemente debe favorecer el sometimiento a arbitraje.

1. Normas aplicables a la interpretación del acuerdo de arbitraje

Una vez precisado que el sistema de arbitraje comercial internacional claramente establece el método de interpretación pro-arbitraje, pasamos a tratar su incidencia en las normas de interpretación contractual en el Derecho venezolano.

En los casos en que el Derecho venezolano sea aplicable a un acuerdo de arbitraje, los operadores jurídicos se encontrarán con las siguientes disposiciones sobre interpretación: 1160 del Código Civil, 12 del Código de Procedimiento Civil y los principios UNIDROIT. Ahora bien, en primer lugar, conviene plantearse la pregunta siguiente: ¿Qué efectos genera en las referidas disposiciones el principio de interpretación pro-arbitraje?

Como señalamos *supra*, el principio de interpretación pro-arbitraje implica que de existir alguna duda sobre la vigencia, alcance y/o efectos de un acuerdo de arbitraje, ésta debe ser resuelta a favor del arbitraje¹⁷⁷. No obstante, el referido principio debe valerse necesariamente de un método que le permita alcanzar efectividad práctica. Nosotros somos del criterio que debe utilizarse todas las normas concretas que desarrollan el criterio de interpretación según la buena fe. Dicho principio debe servir para darle base legal y desarrollo práctico a los postulados de los artículos 253 y 258 de la Constitución sobre el principio de pro-arbitraje.

En consecuencia, los operadores jurídicos deben analizar los acuerdos de arbitraje en congruencia con las reglas específicas de interpretación según la buena fe, siempre y cuando se

¹⁷⁷ Véase decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, casos: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc* y *First Options of Chicago v. Kaplan*, respectivamente; Véase también decisión de la Oberlandesrechtsof de Munich de 8 de febrero de 1991, sentencia citada por Born, *International Commercial Arbitration...*, ob. cit., p. 317.

cumpla con la finalidad de “promocionar del arbitraje”. En otras palabras: Si el principio de interpretación pro-arbitraje es el fin que —por mandato de las normas constitucionales— debe ser alcanzado, las reglas de interpretación según la buena son el medio para hacerlo.

En segundo lugar, es pertinente preguntarse: ¿Cuáles son estas normas específicas utilizadas por el ordenamiento jurídico venezolano para desarrollar la interpretación según la buena fe (consagrado en el artículo 1160 del Código Civil)? El artículo 12 del Código de Procedimiento Civil¹⁷⁸.

Nosotros compartimos el criterio que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil es una clara norma de interpretación contractual, a pesar de estar contenida es un Código adjetivo¹⁷⁹. Sin embargo, el tema puede ser objeto de debate, toda vez que el lenguaje gramatical del artículo pudiese llevar a la conclusión que el mismo está únicamente dirigido a los jueces¹⁸⁰. No obstante, basándonos en una interpretación teleológica de la norma, consideramos que la finalidad que buscó plasmar nuestro legislador se encuentra en desarrollar una regla de hermenéutica jurídica que estableciera un método para el desarrollo práctico del criterio interpretativo según la buena fe. En consecuencia, a pesar de estar contenido en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 12 *ejusdem* puede ser aplicable en la interpretación de los acuerdos arbitrales.

De forma tal que, en todos aquellos casos en los que sea aplicable el Derecho venezolano, la interpretación contractual debe tener por norte la averiguación de la voluntad real de las partes, en los términos expuestos por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, a saber:

En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los integrantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

Mélich-Orsini enseña que cuando el último parágrafo del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil impone el deber de interpretar de acuerdo con “las exigencias de la Ley”, hace referencia a dos cosas diferentes, a saber: (a) el deber de ajustar aquellas expresiones contractualmente indeterminadas con los significados otorgados a éstas por la Ley; (b) el deber de interpretar todo negocio jurídico en conciliación del ordenamiento jurídico¹⁸¹. Este segundo

¹⁷⁸ Guerra Hernández, Víctor Hugo, Contratos de ingeniería, procura y construcción de naturaleza internacional. Algunas consideraciones respecto al Derecho venezolano, en: *Ensayos de Derecho Mercantil. Libro homenaje Jorge Enrique Núñez*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, Colección Libros Homenaje No. 15, p. 437.

¹⁷⁹ En este sentido, vale la pena recordar que las normas procesales no son aplicables al acuerdo de arbitraje. La elección de un determinado Derecho nacional para regir el acuerdo de arbitraje implica que sus normas de naturaleza sustantiva regirán el acuerdo en cuestión.

¹⁸⁰ Véase: Barrios, Haydée, La interpretación del Contrato por el juez del Derecho interno y del Derecho Internacional Privado, en: *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 15. La profesora Barrios, concluye en este sentido que las normas de interpretación jurídicas están dirigidas tanto a las partes como al juez.

¹⁸¹ Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., p. 424.

deber, es lo que se conocer como interpretación integradora del contrato. Esta se limita a esclarecer el significado del acuerdo de voluntades de las partes y no opera sobre los efectos de éste¹⁸²; es decir, no busca llenar las lagunas del mismo.

Como ya señalamos, se diferencia de la integración del contrato en que ésta última busca más bien complementar los vacíos dejados por las partes¹⁸³; la integración se encuentra relacionada con los efectos del contrato y no con el contenido del acuerdo de voluntades¹⁸⁴. En Venezuela, la base legal de la integración está en el artículo 1160 del Código Civil. De acuerdo a esta disposición legal, una vez que el juez no pueda determinar la intención común de las partes, debe acudir a la Ley, los usos y la equidad para llenar las lagunas dejadas por las partes.

Debe hacerse la salvedad que uno de los principios básicos de la teoría general de los contratos es que a pesar de lo dispuesto por las partes, se debe dar preeminencia a las normas imperativas; estas son: las disposiciones del ordenamiento jurídico que no pueden ser derogadas convencionalmente por las partes. Su aplicación implica que todas aquellas cláusulas contractuales que las contravengan deben ser declaradas nulas. Una vez que las normas imperativas hayan sido aplicadas, se debe acudir a aquellas normas jurídicas subsidiarias; es decir, las previstas precisamente para reglar aquellos supuestos en los que la partes no hayan dejado lagunas.

De esta manera, en materia de interpretación contractual se debe seguir el siguiente método: (i) aplicar las normas imperativas de Derecho interno; (ii) luego, las disposiciones contractuales; y (iii) por último la Ley, los usos y la equidad. Sobre este último respecto, se debe acudir en primer término al artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, el cual fija las reglas de interpretación en el ordenamiento jurídico venezolano, establece el criterio interpretativo según la buena fe y consagra la interpretación integradora del contrato. Luego, se debe utilizar el artículo 1660 del Código Civil, el cual, por su parte, también establece el criterio interpretativo según la buena fe y consagra las disposiciones legales supletorias en materia de interpretación (la Ley, los usos y la equidad). Estas reglas de interpretación son de carácter coactivo y, por ende, su observancia es obligatoria. Los operadores jurídicos mal pueden desaplicarlas o alterar su orden de prelación¹⁸⁵.

Siguiendo este orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico, podemos afirmar como lo hacen Mazeaud en el ordenamiento jurídico francés, la regla general sobre interpretación contractual consiste en que:

¹⁸² Véase: Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., p. 423.

¹⁸³ Véase: Mélich-Orsini, *Doctrina General del Contrato...*, ob. cit., p. 425.

¹⁸⁴ En este sentido véase: Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, ob. cit., p. 485.

¹⁸⁵ Sobre el carácter coactivo de las reglas de interpretación véase: Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial...*, ob. cit., p. 485.

...cuando el texto esté claro, los tribunales no pueden, en principio, rechazar su aplicación: un texto claro no se interpreta, se aplica; el juez que se entregara a la interpretación de un texto claro lo desnaturalizaría¹⁸⁶.

La facultad de interpretación de los órganos judiciales se activa una vez que existe oscuridad o ambigüedad en las disposiciones del contrato. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en Francia, la jurisprudencia venezolana aún no ha determinado que los jueces poseen facultades de imponer la voluntad real de las partes en aquellos casos en los que los que se compruebe que ésta es contraria a términos contractuales claros¹⁸⁷.

A todo evento, se entiende que el texto oscuro es aquel cuyo verdadero sentido no puede ser razonablemente determinado a través de la lectura del mismo. Por otro lado, el texto ambiguo es aquel que es susceptible de tener dos sentidos¹⁸⁸. Únicamente cuando no sea posible descubrir la voluntad común de las partes a través de los elementos intrínsecos (las cláusulas contractuales) y extrínsecos (la posición de los contratantes en las negociaciones o en la conclusión y en cumplimiento) del contrato es que podrán utilizarse las reglas subsidiarias, es decir, la integración del contrato¹⁸⁹. Es justamente ese el momento jurídico en el que se activa la integración, toda vez que se existe la presunción jurídica de que las partes, al ser silentes, eligieron aplicar las normas de la *lex contractus*.

Ahora bien, surge la interrogante de que si, en el caso que nos ocupa (comercio internacional), es aplicable la *lex mercatoria* como costumbre internacional a la interpretación de los contratos. Nosotros somos del criterio de dicha aplicación es completamente posible. Inclusive, utilizando como base legal el mismo artículo 1160 del Código Civil. En efecto, dicho artículo establece la ley como primera regla subsidiaria de interpretación y, por tanto, es aplicable las normas del Código Comercio, cuyo artículo 9 establece que:

Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República o en una determinada localidad y reiterados por un largo espacio de tiempo, que apreciaran prudencialmente los jueces de comercio¹⁹⁰.

En consecuencia, la *lex mercatoria*, como viva expresión de la costumbre comercial internacional debe ser aplicada como una regla interpretativa subsidiaria, inclusive por delante de los usos y la equidad, toda vez que la misma debe ser entendida englobada por la remisión realizada por el artículo 1160 a la Ley.

Por último, en cuanto a las reglas que desarrollan el criterio de interpretación contenidas en el artículo 4 de los principios UNIDROIT, como detallamos *supra*, las mismas resultan

¹⁸⁶ Véase: Mazeaud y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 378.

¹⁸⁷ Véase: Mazeaud y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 378.

¹⁸⁸ Sobre este particular, conviene cita al artículo 1157 del Código Napoleón, el cual establece que siempre debe tener preeminencia aquel sentido que produzca efectos jurídicos.

¹⁸⁹ Véase: Mazeaud y Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil...*, ob. cit., p. 378.

¹⁹⁰ Publicado en Gaceta Oficial de Venezuela No. 475, 21 de fecha diciembre de 1955.

perfectamente aplicables a acuerdos de arbitraje comercial internacional en Venezuela. Inclusive, consideramos que representan la materialización normativa del criterio de interpretación de acuerdo con la buena fe. De cualquier forma, inclusive en el supuesto negado de que se acogiera una tesis que considerará que los principios UNIDROIT no pueden ser utilizados para la interpretación del acuerdo de arbitraje, la aplicación de los artículos 1160 del Código Civil y 12 del Código de Procedimiento Civil llevaría eventualmente a adoptar en la práctica las mismas reglas interpretativas plasmadas en el artículo 4 de los principios UNIDROIT.

V. Problemas prácticos (renuncia a la cláusula arbitral, acuerdos de arbitraje patológicos y recurribilidad de decisiones arbitrales dictadas en el extranjero)

En este quinto y último capítulo abordaremos los tres problemas prácticos que, a nuestro juicio, representan los mayores inconvenientes para el desarrollo del arbitraje comercial internacional en el foro venezolano, los cuales pudieran ser resueltos si se aplicara un método interpretativo que tuviese como fin materializar el principio pro-arbitraje, a saber: (a) la renuncia al acuerdo de arbitraje; (b) los acuerdos de arbitraje patológicos; y (c) la recurribilidad de decisiones arbitrales dictadas en el extranjero.

A. La renuncia tácita al acuerdo de arbitraje

El Derecho de arbitraje comercial internacional reconoce la facultad que tienen las partes de renunciar, expresa o tácitamente, al acuerdo de arbitraje¹⁹¹. Sin embargo, las implicaciones y los efectos de esta facultad generan un amplio debate doctrinal y jurisprudencial.

En Venezuela, el debate se intensifica por el hecho que el Sistema de Arbitraje comercial internacional carece de norma que trate expresamente el problema. El artículo II.3 de la Convención de Nueva York, al consagrar el efecto negativo del principio *Kompetenz-Kompetenz* (la facultad del Tribunal de Arbitraje de ser el primero en decidir sobre su propia competencia), se limita a establecer su única excepción; esta es: que un tribunal judicial nacional compruebe que el acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable¹⁹². Así, el referido artículo dispone textualmente que:

El Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a

¹⁹¹ En este sentido, existe unanimidad normativa, jurisprudencial y doctrinaria (y en este criterio se inscribe en artículo 28 de la Ley de Arbitraje) en que no existe renuncia al acuerdo de arbitraje en aquellos casos en los que el único propósito de la actuación judicial es obtener alguna medida cautelar. Tampoco se puede presumir la renuncia tácita en aquellos casos en los que una de las partes intenta una acción en un tribunal judicial por alguna controversia que escapa del acuerdo de arbitraje. Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 135.

¹⁹² Conviene recordar que en Venezuela, en virtud del artículo VII de la Convención de la misma Convención (aplicación preferente de las disposiciones legales nacionales que sean más favorable al arbitraje) son aplicable preferentemente los artículos 7 y 25 de la Ley de Arbitraje.

las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo ineficaz o inaplicable.

En este contexto, por un lado se postula que la renuncia tácita al acuerdo de arbitraje representa una defensa al cumplimiento del acuerdo de arbitraje, en congruencia con lo establecido por el citado artículo II (3) de la Convención de Nueva York¹⁹³. Así, si una de las partes no exige al tribunal judicial que remita el caso al tribunal arbitral, se entiende que la voluntad de ésta es la de renunciar al procedimiento de arbitraje. Aunado a lo anterior, se alega que la misma Ley Modelo (art. 8.1) fija como límite para exigir el cumplimiento del acuerdo de arbitraje, el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo¹⁹⁴.

En contraposición, el criterio contrario desarrolla la idea que si para el perfeccionamiento del acuerdo de arbitraje se exige cumplir con un catálogo de formalidades, para su renuncia deberían requerirse cumplir con unas equivalentes. Sobre este particular, la doctrina patria ha sido clara en afirmar que:

...(omissis) Siendo el mutuo disenso la fórmula de terminación voluntaria por excelencia de un contrato y participando el acuerdo arbitral de esa naturaleza contractual, se impondría en la revocatoria el cumplimiento de la misma formalidad que exige dicho contrato para su perfeccionamiento, a saber, que conste por escrito¹⁹⁵.

Este último criterio también se fundamenta en el cumplimiento al acuerdo de arbitraje y se ve reforzado en Venezuela por la consagración constitucional del principio pro-arbitraje. En este sentido, se argumenta que si el arbitraje es parte del sistema de justicia venezolano y si los jueces están obligados a promover el arbitraje, entonces por qué no someter su renuncia a los mismos requisitos que a los de la derogatoria de los tribunales venezolanos. El tema toma un carácter más sensible al tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹⁶.

En un primer momento, la posición de la jurisprudencia venezolana sobre la renuncia del acuerdo de arbitraje había sido que para que ésta se verificara era necesario que el demandante introdujera el libelo en los tribunales judiciales venezolanos y que el demandado hubiera realizado, luego de haberse apersonado en juicio, cualquier actuación distinta a la de oponer la excepción de arbitraje (a través de la cuestión previa del numeral primero artículo 346 del

¹⁹³ Bom, *International Commercial Arbitration*..., ob. cit., p. 237.

¹⁹⁴ Creemos conveniente destacar que la jurisprudencia venezolana se ha fundamentado en el artículo 8.1 de la Ley Modelo para determinar la Verificación de la renuncia al acuerdo de arbitraje. (Véase: Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 19 de junio de 2001, caso: *Hoteles Doral*).

¹⁹⁵ Véase: Dos Santos P., Olga María: Artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: F. Para-Aranguren, *Temas de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección de Libros Homenaje No. 12, p. 171.

¹⁹⁶ Véase: Dos Santos P., Artículo 57...o, b. cit., p. 171.

Código de Procedimiento Civil)¹⁹⁷. Bajo este criterio, para el sometimiento a arbitraje no sólo era necesaria la validez del acuerdo de arbitraje, sino que también una conducta procesal que evidenciara la voluntad “incuestionable” de las partes de no resolver su controversia en los tribunales judiciales venezolanos.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha adoptado una nueva posición. Así, actualmente el sometimiento a arbitraje se condiciona a que el acuerdo válido sea acompañado de conductas procesales que evidencien la “inequívoca” voluntad de las partes de someterse a arbitraje en todo momento durante el proceso¹⁹⁸. La consecuencia de este cambio jurisprudencia consiste en que la única y exclusiva actuación que puede hacer la parte demandada desde su primera aparición en juicio sea oponer la excepción arbitral¹⁹⁹. Por ende, se impide la posibilidad de plantear la excepción de arbitraje en procedimientos judiciales especiales que no prevean cuestiones previas.

Nosotros, por una parte, consideramos que la posición asumida por la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal es evidentemente contraria al principio constitucional pro-arbitraje. Por tanto, ésta debe ser revisada en aras de conciliar la concepción jurisprudencial sobre la renuncia al acuerdo de arbitraje con los postulados del texto constitucional. Cualquier duda sobre la existencia de una renuncia debe ser resuelta en contra de ésta²⁰⁰. Adicionalmente, debe exigirse que la voluntad de renunciar sea clara y evidente.

No obstante, por otra parte, somos del criterio que la revisión en cuestión no puede eliminar por completo la renuncia del acuerdo de arbitraje. Ésta debe permitirse, pero siempre y cuando se respete los postulados constitucionales y exista evidencia razonable de la voluntad de ambas partes en someterse a los tribunales judiciales.

Una solución al problema puede venir por parte de los centros arbitrajes y/o de los mismos particulares, a través de la implementación bien de normas en los reglamentos de los centros de arbitraje o en los mismos acuerdos que limiten o regulen la renuncia del acuerdo de arbitraje. De esta manera, se podría contribuir positivamente a demostrar que, inclusive adoptando la más restrictiva de las interpretaciones, la voluntad “incuestionable” de las partes de someterse exclusiva y excluyentemente a arbitraje.

¹⁹⁷ Véase: Sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 19 de junio de 2001, 29 de enero de 2002 y 12 de junio de 2002, casos: *Hoteles Doral*, *Banco Venezolano de Crédito v. Venezolana de Relojería*, *Inversiones San Ciprian*.

¹⁹⁸ Véase: Sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de abril de 2004 y de 7 de octubre de 2004, casos: *Makro Comercializadora v. Central Parking System de Venezuela y Ciudad Comercial Portlamar v. Valentina Acillai Véaseleza*.

¹⁹⁹ Véase: De Jesús O., *La renuncia tácita...*, ob. cit.

²⁰⁰ Born, *International Commercial Arbitration...*, ob. cit., p. 241.

B. Los acuerdos de arbitraje patológicos

A pesar de la importancia determinante del acuerdo de arbitraje, las partes suelen cometer errores en su redacción. Estos errores pueden acarrear un eventual desconocimiento jurisdiccional de la voluntad de ir a arbitraje. En las líneas siguientes analizamos los errores más comunes en la redacción de los acuerdos arbitrales.

El término “acuerdos arbitrales patológicos” se refiere a aquellos acuerdos de arbitraje que detentan defectos capaces de generar inconvenientes en el normal desarrollo de un procedimiento arbitral²⁰¹. La anterior es la definición propuesta por Fouchard, Gaillard y Goldman, quienes además apuntan que el término fue originariamente acuñado en 1974 por Frédéric Eismann, Secretario Honorario de la Corte de Arbitraje de la ICC²⁰².

Uno de los primeros inconvenientes de un proceso arbitral se presenta cuando, a pesar que la cláusula de arbitraje tiene algún defecto (v.gr carácter optativo, falta de certeza e inoperancia), las partes participan en el arbitraje. Aunque el tribunal arbitral deberá dictaminar si el defecto es de tal magnitud que sea imposible determinar si la verdadera intención fue someter sus controversias a arbitraje, es recomendable que las partes refirman su voluntad de acudir a arbitraje y corrijan los defectos. Insistimos: los defectos y patologías de los acuerdos arbitrales pueden solventados si las partes reafirman por escrito su voluntad de someterse a arbitraje.

De manera tal que la reafirmación de la voluntad de acudir a arbitraje sirve para subsanar cualquier defecto formal y blindar al proceso arbitral de cualquier mecanismo de impugnación de la parte perdidosa del eventual laudo. Ahora bien, en este sentido debemos destacar que tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada son del criterio que cuando una de las partes participa en el proceso arbitral sin negar la existencia de un acuerdo de arbitraje se produce el consentimiento tácito al arbitraje y, por ende, eventualmente no podrán ser alegados defectos de forma para atacar el procedimiento arbitral²⁰³.

A todo evento, el problema de los defectos del acuerdo de arbitraje es, en esencia, un tema de interpretación jurídica. Como hemos visto, las normas constitucionales venezolanas ordenan la aplicación de una interpretación pro-arbitraje. Según ésta, cualquier duda debe ser resuelta a favor del arbitraje, es decir, de manera de expandir y dar eficacia práctica al derecho fundamental de los justiciables a someterse arbitraje. Un avance de la Constitución es haber concebido un sistema de justicia integrado de dos vías: la arbitral y la judicial. Por tanto, cualquier restricción irrazonable de alguna de ellas se traduce en la vulneración del derecho al

²⁰¹ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 262.

²⁰² Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 262.

²⁰³ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 361; Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 135.

acceso a la justicia y todos sus corolarios (tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y debido proceso).

En este orden de ideas, los principales defectos de redacción de los acuerdos de arbitrajes son: (i) el carácter optativo; (ii) falta de certeza (iii) e inoperabilidad²⁰⁴. A continuación detallaremos cada uno de ellos:

1. Carácter optativo

Un acuerdo de arbitraje es optativo en el caso de que no excluya la jurisdicción de los tribunales judiciales, esto es, cuando se otorga a las partes la opción de someter sus controversias indistintamente a arbitraje o a tribunales judiciales. Por ejemplo, en un contrato en el que la cláusula de resolución de controversia establezca que:

Todas las divergencias que surgieren entre las partes con motivo del presente contrato deberán en lo posible ser resueltas a través de Arbitraje de Derecho el cual se llevará a cabo, en la ciudad de Caracas; pero, en su defecto y como última instancia, las partes podrán recurrir a la vía judicial.

Un acuerdo de arbitraje también puede devenir en optativo, en el caso de que otra cláusula contractual —distinta a la cláusula arbitral— otorgue jurisdicción a los tribunales judiciales para conocer de algún asunto relacionado con el contrato en cuestión. Es decir, el carácter optativo puede estar presente bien el texto del propio acuerdo arbitral o bien ser el resultado de otra cláusula contractual. Este tipo de acuerdos son caracterizados en la práctica como patológicos.

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha considerado que los acuerdos de arbitraje optativos carecen de validez. Su criterio pacífico sobre el tema ha sido que para que el acuerdo de arbitraje sea válido, es necesario que éste evidencie una “incuestionable”, “indubitable” y “expresa” voluntad de las partes de someterse a arbitraje y de renunciar a la jurisdicción de los tribunales judiciales ordinarios²⁰⁵.

A todo evento, consideramos que este criterio también debe ser revisado y conciliado con los postulados de los artículos 26, 49, 253 y 248 de la Constitución. Una interpretación sistemática de estos artículos nos lleva a concluir que la única condición que debe estar sujeta el acuerdo escrito en cuestión es a la mención que evidencie la simple voluntad de sometimiento a someterse a arbitraje. La implementación de un método interpretativo cuyo propósito sea materializar el principio pro-arbitraje es indispensable y determinante para tal fin. En el Derecho comparado existen buenos ejemplos en este sentido. Así, El Derecho francés ha

²⁰⁴ Los términos de inconsistencia, falta de certeza e inoperabilidad son propuestos y analizados por Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 165.

²⁰⁵ Artículo ilustrativo véanse sentencia *Hoteles Doral* y la sentencia dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia el 11 de abril de 2003 (caso: *Consortio Barr v. Four Seasons*.)

tomado la perspectiva que los acuerdos optativos son válidos²⁰⁶. Ejemplos como estos deben ser seguidos por nuestra jurisprudencia.

2. Carencia de certeza

Un acuerdo de arbitraje carece de certeza en el supuesto de que sus términos sean vagos e imprecisos²⁰⁷. Por ejemplo, en supuestos de arbitraje comercial internacional en los que exista un error sustancial en la determinación del centro de arbitraje seleccionado para administrar el procedimiento arbitral.

Un caso claro sería el de un acuerdo de arbitraje que disponga que cualquier controversia entre las partes será resuelta por arbitraje de Derecho según las normas de un inexistente centro de arbitraje. Sin embargo, se debe tener presente que no existe una regla general para resolver la problemática de la falta de certeza en los acuerdos de arbitraje. El hecho de que un acuerdo de arbitraje carezca de certeza no implica *per se* que el mismo es nulo o ineficaz. Todo dependerá del grado defecto en el caso en concreto.

3. Inoperantes o inejecutables

Un acuerdo de arbitraje se torna inoperante cuando, por ejemplo, ha expirado algún término para iniciar o concluir el proceso arbitral. Adicionalmente, puede hablarse de un acuerdo de arbitraje inoperante el caso de que éste sea redactado en términos excesivamente pormenorizados y, por ende, se haga prácticamente imposible su ejecución. Esto último ocurriría en el hipotético supuesto de que la cláusula arbitral haya determinado *a priori* las personas que integrarán el tribunal arbitral y en el momento en que la controversia tenga lugar, éstas hayan fallecido. También puede suceder en el caso que se establezca requisitos excesivamente exigentes para integrar el tribunal arbitral²⁰⁸. Por ejemplo:

...el tribunal arbitral será integrado únicamente por abogados con Doctorado en Derecho de Hidrocarburos, con experiencia de al menos 40 años en el área y con al menos cinco libros publicados sobre temas jurídicos relacionados con la materia...”.

C. Régimen de recursos contra decisiones arbitrales dictadas en el extranjero

El tercero de los problemas prácticos más comunes en materia de arbitraje comercial en Venezuela es, sin duda, en el régimen de recursos contra decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, la cual abarca también impugnaciones contra decisiones arbitrales dictadas durante el procedimiento arbitral. El tema es relevante, toda vez que se encuentra íntimamente

²⁰⁶ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 261, quienes además citan las decisiones de la Sala Casación Civil francesa de 1ro de febrero de 1979, TGI del Tribunal de Primera Instancia de París (caso: *Techniques de l'Ingénieur*).

²⁰⁷ Véase: Redfem, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 170.

²⁰⁸ Véase: Redfem, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 165.

relacionado con el respeto de los efectos del acuerdo de arbitraje estudiados en el capítulo II del presente trabajo.

La tutela jurisdiccional efectiva contiene entre sus corolarios el derecho procesal de los justiciables a impugnar, mediante la utilización de los diferentes recursos procesales legalmente previstos, aquellos actos jurisdiccionales que les sean adversos²⁰⁹. Dicho derecho es conocido como el derecho a recurrir y es consagrado constitucionalmente por el numeral primero del artículo 49 de la Constitución de la República en los términos siguientes: "... Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en este Constitución y la ley".

No obstante, el derecho a recurrir es limitado por el principio *forum regit processum*, según el cual cada Estado debe aplicar su propio Derecho procesal a todos aquellos procedimientos llevados dentro de su territorio. Es consecuencia de este principio que, salvo ciertas excepciones, las normas e institutos procesales tengan aplicación eminentemente territorial.

La regla *forum regit processum* actualmente detenta validez universal²¹⁰. Se fundamenta en el carácter neutral de las normas procesales²¹¹, las cuales no buscan determinar la solución del fondo del litigio sino garantizar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva de los justiciables dentro de un sistema de justicia determinado²¹². En Venezuela y en cuanto a lo que el Derecho procesal civil internacional común se refiere, se encuentra establecida legalmente en el artículo 56 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

La regla *forum regit processum* posee dos efectos: uno positivo y otro negativo. El primero de estos consiste en que, salvo ciertas excepciones, los jueces venezolanos deben aplicar Derecho procesal interno a todas aquellas controversias que se ventilen ante tribunales venezolanos, sin importar el Derecho aplicable al fondo. Y, por su parte, el segundo se encuentra relacionado con el deber de los tribunales venezolanos de no extender normas e institutos de Derecho procesal interno a litigios ventilados fuera del territorio del país.

Una de las consecuencias prácticas del efecto negativo es que el derecho a recurrir de un justiciable en Venezuela no es extensible a procedimientos que se ventilen ante órganos jurisdiccionales extranjeros. Por ejemplo: una parte de un procedimiento disputado en tribunales extranjeros no puede recurrir una decisión adversa (dictada por dichos tribunales) a través

²⁰⁹ Véase la definición del derecho a recurrir propuesta por Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2ª ed., 1997, p. 506.

²¹⁰ Véase: Hernández-Bretón, Eugenio, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional*, Caracas, Editorial Sherwood, 2004, p. 24.

²¹¹ Ley de Derecho Internacional Privado, art. 56: "La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve".

²¹² Véanse: Dos Santos, Olga María, Competencia y Forma del Procedimiento. Artículo 56, en: T. B. de Maekelt, I. Esis y C. Resende (Eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, p. 1189 y Virgós Soriano, Miguel y Garcimartín Alférez, Francisco, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 273.

de un recurso de apelación o una acción de amparo ante tribunales venezolanos. Para poder recurrir alguna decisión jurisdiccional es necesario someterse al foro en la que ésta fue dictada y utilizar recursos procesales previstos por éste. En el ordenamiento jurídico venezolano, el efecto negativo de la regla *forum regit processum* es reconocido normativamente por el artículo 320 del Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), el cual dispone que:

En ningún caso podrán las partes someterse expresa o tácitamente para un recurso a juez o tribunal diferente de aquel a quien esté subordinado, según las leyes locales, el que haya conocido en primera instancia.

Los tribunales venezolanos no han tenido mayores inconvenientes en dar vigencia al efecto positivo del principio *forum regit processum*. Las complicaciones se han presentado con el reconocimiento pleno de su efecto negativo; especialmente, en materia de arbitraje comercial internacional. En efecto, se ha permitido que partes de arbitrajes internacionales ejerzan exitosamente acciones de amparo contra laudos arbitrales extranjeros bajo la tesis de evitar un riesgo inminente de violación a derechos constitucionales en Venezuela²¹³. Estas complicaciones se hacen aún mayores debido a que en el foro judicial venezolano existe cierta confusión sobre el régimen aplicable al reconocimiento de laudos extranjeros, cuestión que ha incidido negativamente en la ejecución de laudos extranjeros en el territorio nacional y, en cierta medida, ha restado eficacia al arbitraje comercial.

En nuestro criterio, la poca —por no decir inexistente— aplicación por parte de los tribunales venezolanos de Convenciones internacionales sobre la materia es producto de la confusión aludida en el párrafo que antecede. No debe pasar desapercibido que un instrumento internacional tan importante como la Convención de Nueva York ha sido aplicado en contadas oportunidades por el máximo Tribunal de la República.

Para que el Arbitraje comercial internacional pueda llegar a tener verdadera y efectiva vigencia es necesario que todas las normas que integran el régimen jurídico del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales sean aplicadas por los tribunales judiciales venezolanos. Dicha aplicación se traducirá también en mayores niveles de respeto y en la vigencia de ambos efectos de la regla *forum regit processum*.

1. El Régimen de Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales dictados en el Extranjero

En esta sección nos referiremos, en primer lugar, a la jurisdicción de los Tribunales Judiciales venezolanos para decidir sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

²¹³ Véase: Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 14 de febrero de 2006 (caso: *Corporación Todo Sabor C.A. c. Haagen-Daz International Shoppe Company Inc.*). <https://sl1nk.com/szobb27>

En segundo lugar, explicaremos las razones por las que los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción para decidir recursos contra laudos dictados en el extranjero.

a. Jurisdicción de los Tribunales Judiciales venezolanos para decidir sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros

El régimen sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero se encuentra regulado, en primer lugar, por el artículo 48 de la Ley de Arbitraje, el cual expresamente establece que:

El laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá acompañar a su solicitud una copia del laudo certificada por el tribunal arbitral, con traducción al idioma castellano si fuere necesario.

De acuerdo con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley de Arbitraje, la única condición para que los tribunales venezolanos detenten jurisdicción sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros es que la parte interesada presente una solicitud por escrito. La presentación de la referida solicitud constituye el factor que activa la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer sobre el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Su efecto jurídico consiste en la activación del poder jurisdiccional bien para llevar a cabo dicha ejecución o bien para decidir sobre alguna de las causales taxativas sobre desconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Por tanto, las decisiones acerca de la jurisdicción de los tribunales venezolanos en materia de Arbitraje no se encuentran condicionadas a la determinación previa sobre si el demandado se encuentra domiciliado en el territorio nacional; únicamente se debe verificar si alguna de las partes ha solicitado la ejecución de un laudo extranjero.

A tenor del artículo bajo análisis, los órganos judiciales venezolanos competentes para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero son los Tribunales de Primera Instancia con competencia en materia civil y mercantil. Ahora bien, las normas de arbitraje comercial venezolano no responden a la pregunta de si la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre el reconocimiento de un laudo de arbitraje puede ser objeto de apelación o algún otro recurso. La jurisprudencia tampoco se ha pronunciado sobre el tema en concreto. Sin embargo, sí lo ha hecho sobre la posibilidad de apelar o recurrir sentencias de tribunales judiciales relacionados con recursos de nulidad contra laudos arbitrales nacionales. En este sentido, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado pacíficamente

su criterio que las sentencias que deciden acerca de los laudos arbitrales no son recurribles en virtud del principio celeridad y simplicidad que caracteriza al arbitraje comercial²¹⁴.

No obstante el aludido criterio jurisprudencial, Hénriquez La Roche ha expuesto una tesis contraria; a saber: que la sentencia de un tribunal de primera instancia que niega el reconocimiento de un laudo arbitral sí es recurrible a través de recursos ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación), en virtud de que ésta causa un gravamen irreparable²¹⁵. A favor de esta tesis se puede argumentar adicionalmente que no existe una norma concreta que impida que la decisión que niega el reconocimiento de un laudo extranjero sea objeto de recursos de apelación. Sobre tema, el Derecho procesal interno condiciona la no recurribilidad de sentencias definitivas a la existencia de normas concretas que así lo dispongan²¹⁶. Por tanto, al no existir una norma procesal interna que excluya la posibilidad de apelar la decisión que deniegue el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero, esta es objeto de apelación.

Compartimos la posición del profesor Hénriquez La Roche. Las sentencias de los tribunales de primera instancia que desconocen un laudo extranjero deben ser recurribles en virtud del principio de la doble instancia, el cual representa el corolario de derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva. Y como bien enseña el referido autor, de lo contrario se dejaría en manos de un tribunal de primera instancia la suerte de un proceso arbitral internacional²¹⁷.

Así pues, la decisión del tribunal de Primera Instancia que niega el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero es recurrible a través del recurso de apelación. Dicho recurso será decidido por un tribunal Superior y la decisión de este último es atacable mediante recurso de casación. La posibilidad de recurrir la decisión del Tribunal Superior se fundamenta en la remisión que las normas de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de Ley de Arbitraje realizan a las disposiciones de ejecución forzosa de sentencias del Código de Procedimiento Civil²¹⁸. En esta medida, se equipara la decisión del Tribunal de Primera Instancia sobre el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero al auto de ejecución de sentencia interna.

²¹⁴ Véanse las siguientes sentencias de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia: 8 de febrero de 2002 (caso: *Hanover P.G.N. Compressor, C.A., v COSA y CONVECA*), 13 de agosto de 2004 (caso: *Promotora E.P 1697, C.A. v Asociación Civil el Carrao*), 09 de noviembre de 2004 (caso: *Operaciones FF v. Valores Venafin*) y de junio de 2006 (caso: *Tensaven y Anclajes Venezolanos v. Giovanni Boldrin*).

²¹⁵ Hénriquez La Roche, Ricardo, *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, Caracas, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Caracas, 2002, p. 325.

²¹⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 288: "De toda sentencia definitiva dictada en primera instancia se da apelación especial en contrario".

²¹⁷ Véase: Hénriquez La Roche, *El Arbitraje Comercial...*, ob. cit., p. 326.

²¹⁸ Código de Procedimiento Civil, numeral tercero del art. 312: "El recurso de casación puede proponerse: ... 3º Contra los autos dictados en ejecución de sentencias que resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni dictados en él; o los que provean contra lo ejecutoriado o lo modifiquen de manera sustancial, después de que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios".

Por último sobre el particular, consideramos que se debe tener en cuenta que el Tribunal de Primera Instancia que conozca del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero puede aplazar su decisión. En efecto, a tenor de lo dispuesto por los artículos 6 de la Convención de Panamá y VI de la Convención de la Nueva York, dicho tribunal está facultado para aplazar su decisión en el supuesto de que una de las partes haya: (a) solicitado la nulidad del laudo ante el tribunal competente de la jurisdicción en donde este ha sido dictado; y (b) haya otorgado caución apropiada. Ahora bien, el hecho de que la decisión pueda ser aplazada de ninguna manera implica una contradicción a la regla de que los laudos arbitrales extranjeros sólo pueden ser impugnados en Venezuela a través de una oposición a la petición de reconocimiento.

b. Falta de Jurisdicción de los Tribunales venezolanos para conocer recursos contra Laudos Arbitrales extranjeros

Tal y como hemos comentado, los laudos arbitrales dictados en el extranjero no pueden ser recurridos en Venezuela. Sin embargo, para llegar a esta conclusión se hace necesario primero responder dos preguntas fundamentales, a saber: ¿Los tribunales venezolanos poseen jurisdicción para conocer un recurso contra un laudo dictado por un tribunal arbitral en el extranjero? Y ¿Bajo cuales normas debe ser determinada dicha jurisdicción? Las respuestas a estas interrogantes son de una importancia práctica fundamental. Pero para poder llegar a ellas se debe atender en primer término a la segunda pregunta, la cual llevará consecuentemente a la respuesta de la primera.

In facie existen dos sistemas normativos diferentes que pudiesen ser utilizadas para determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer un recurso contra un laudo dictado en el extranjero: las normas del Sistema de Arbitraje comercial internacional y las normas del Sistema de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, como explanamos *supra*, cualquier supuesto que pueda ser calificado como de arbitraje comercial excluye la aplicación de normas contenidas en la Ley Derecho Internacional Privado (salvo lo dispuesto en el artículo 47 *ejusdem*). Es decir, se aplicarán únicamente las normas especiales del sistema de arbitraje comercial internacional en aquellos casos que, aunque puedan sean planteados como de Derecho Internacional Privado, tengan alguna relación con la institución arbitral.

Aunado a lo anterior se debe tener presente que, las normas del sistema de arbitraje comercial internacional venezolano son bastante claras en definir un régimen específico para la recurribilidad de los laudos arbitrales. Atendiendo a la naturaleza expedita del arbitraje comercial internacional, dicho régimen es *per se* excluyente de cualquier otro; concretamente excluye el régimen de exequátur (establecido en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado) aplicable a todos aquellos casos en los que se solicite el reconocimiento en Venezuela de una sentencia extranjera.

En este sentido se debe tener presente que, por un lado, el régimen general de exequátur condiciona la eficacia de las sentencias extranjeras a dos fases procesales, a saber: (a) la validación y (b) la ejecución. Por el otro lado, los laudos arbitrales extranjeros únicamente deben pasar por la fase de ejecución, en la cual bien las partes o el tribunal actuando de oficio podría oponerse a su ejecución (la parte) o declarar su desconocimiento (el tribunal actuando de oficio) de acuerdo a lo dispuesto por las normas del Sistema de Arbitraje comercial internacional sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (v.gr artículo V de la Convención de Nueva York, artículo 5 de la Convención de Panamá y artículos 48 y 49 de la Ley de Arbitraje Comercial).

Ahora bien, tal y como hemos visto, los tribunales venezolanos no podrán ejercer su jurisdicción hasta que la solicitud escrita de ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero sea presentada ante el Tribunal de Primera Instancia competente. La jurisdicción de los tribunales arbitrales se encuentra condicionada a la presentación de dicha solicitud. Por tanto, resulta jurídicamente imposible oponerse (o recurrir, inclusive, en el supuesto de que fuese jurídicamente relevante esa posibilidad) ante tribunales venezolanos contra un laudo arbitral dictado en el extranjero hasta que la solicitud escrita de reconocimiento y ejecución no sea presentada.

c. Imposibilidad de recurrir ante tribunales venezolanos laudos dictados en el extranjero

En esta sección nos referiremos, en primer término, a la imposibilidad general de recurrir ante tribunales venezolanos laudos arbitrales extranjeros. En segundo término, analizaremos la imposibilidad de recurrir en Venezuela laudos extranjeros a través de recursos de amparo constitucional.

i. Imposibilidad General

La doctrina y la jurisprudencia (nacional y extranjera) han sido enfáticas en afirmar que el propósito de las normas que regulan la ejecución de los laudos dictados en el extranjero se centra en evitar y excluir la aplicación de disposiciones nacionales sobre exequátur²¹⁹. En estos mismos términos, las normas de ejecución de laudos dictados en el extranjero son concebidas como garantía de la naturaleza expedita y dinámica del arbitraje comercial internacional. Este planteamiento se hace mucho más enfático en el ordenamiento jurídico venezolano, toda vez que —como hemos visto— el artículo 62 de la Ley de Derecho Internacional Privado excluye la aplicación de sus normas a supuestos relacionados con arbitraje.

Así pues, las razones por las que se restringen los medios de recurrir los laudos arbitrales son obvias: garantizar el aludido dinamismo que caracteriza tanto a la institución arbitral como

²¹⁹ Véase: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 888.

las relaciones comerciales a las que esta se aplica, y el respetar el carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales extranjeros. Por una parte, la fórmula para regular la impugnación de las decisiones arbitrales se plantea en un procedimiento mucho más expedito y que, al mismo tiempo, no implica una renuncia a los principios básicos del debido proceso ni de tutela jurisdiccional efectiva.

Por la otra parte, todo laudo arbitral extranjero detenta carácter y fuerza de cosa juzgada. Así es concebido por el artículo 48 de la Ley de Arbitraje al disponer que:

El laudo arbitral, cualquiera que sea el país que lo haya dictado, será reconocido como vinculante e inapelable y tras presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado...

El carácter y fuerza de cosa juzgada de los laudos arbitrales es reconocido expresamente por diversos ordenamientos jurídicos (Por ejemplo: Francia, Holanda y Alemania) a la vez que es considerado por la doctrina como un principio fundamental del arbitraje²²⁰. Este trae como consecuencia que a los laudos arbitrales les sea extensible la doble identidad de la cosa juzgada, a saber: cosa juzgada formal y cosa juzgada material. En este sentido, conviene recordar que mientras la primera consiste en la naturaleza inimpugnable de las sentencias definitivamente firmes²²¹, la segunda se refiere a los efectos que una sentencia definitivamente firme irradia entre las partes dentro de los límites de la controversia decidida²²². Ambos efectos son extensibles a los laudos arbitrales y, por tanto, permitir recurrir en Venezuela un laudo arbitral dictado en el extranjero violaría abiertamente el principio de la cosa juzgada.

Siguiendo este orden de ideas, la restricción a la impugnación procesal en Venezuela de laudos arbitrales extranjeros se plantea en dos esferas, a saber: (i) en cuanto a la vía mediante la cual se impugna (forma procesal); y (ii) en cuanto a los motivos que podrán ser esgrimidos, los cuales deberán ser únicamente los listados en las referidas disposiciones (argumentos sustantivos).

En relación con el medio, debemos resaltar que este podrá tratarse única y exclusivamente de la oposición a la solicitud de reconocimiento y ejecución. Esta conclusión también se extiende a aquellos casos en los que una de las partes pretenda burlar las normas del sistema de arbitraje comercial sobre recurribilidad de laudos intentando otro tipo de acciones diferentes al

²²⁰ Véase: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides, *Law and Practice...*, ob. cit., p. 389. Véase también: Gaillard y Savage, *Fouchard, Gaillard...*, ob. cit., p. 780.

²²¹ La cosa juzgada formal se encuentra regulada legislativamente en el artículo 272 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece concretamente que: “Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita”.

²²² Véase: Márquez Añez, Leopoldo, *Estudios de Procedimiento Civil*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos No. 26, 1985, p. 168. La cosa juzgada material se encuentra consagrada normativamente por el numeral 7 del artículo 49 de la Constitución (principio non bis in idem), el cual dispone concretamente que: “Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”. Y regulada por el artículo 273 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone lo siguiente: “La sentencia definitivamente firme es ley de las partes en los límites de la controversia decidida y es vinculante en todo proceso futuro”.

recurso de nulidad o a la oposición al reconocimiento. Por ejemplo, en aquellos casos en los que una vez dictado el laudo una de las partes intente una demanda buscando la nulidad del acuerdo de arbitraje. [Véase decisión de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 6 de diciembre de 2005, (caso: *Nokia de Venezuela C.A*)]. En el emblemático *Nokia*, luego de haber terminado el procedimiento de arbitraje comercial internacional fuera de Venezuela, Digicel (la parte vencida en el procedimiento arbitral) intenta una demanda de nulidad contra la cláusula de Arbitraje.

El Tribunal de Primera Instancia dicta una medida cautelar innominada mediante la cual prohíbe la ejecución en Venezuela del Laudo Arbitral. Nokia se opone y apela la medida. Dicha apelación es oída por un Tribunal Superior en un solo efecto. Adicionalmente, Nokia ejerce acción de amparo contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia, la cual es declarada inadmisibile por un Tribunal Superior y oída en segunda instancia por la Sala Constitucional. La cual ratificó el criterio del Juez que conoció el amparo en Primera instancia de declarar inadmisibile la apelación —del amparo— en virtud de que la parte recurrente en amparo había hecho uso del recurso ordinario de apelación del procedimiento ordinario. Nosotros no compartimos el precedente establecido en la decisión del Tribunal Supremo de Justicia.

De acuerdo con las normas del sistema de arbitraje comercial internacional los laudos dictados en el extranjero son recurribles única y exclusivamente a través de una acción de nulidad en el país donde éste haya sido dictado o mediante la oposición a la solicitud de reconocimiento planteada en el país en donde se busca su ejecución. Los laudos dictados en el extranjero no son atacables mediante recursos de nulidad en el país donde busca su ejecución. La única forma procesal para atacar en Venezuela un laudo arbitral extranjero es a través de la oposición a la ejecución (petición de denegación). Sobre el particular, seguimos la doctrina sentada por RODNER, quien enseña que:

...el recurso de nulidad consagrado en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje venezolana, es diferente a la denegación del reconocimiento de un laudo extranjero (Ley de Arbitraje, art. 49). El recurso de nulidad es el que se intenta contra un laudo dictado en Venezuela...²²³.

Insistimos: la regla general en materia de reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero es que éstos son recurribles única y exclusivamente a través de una acción de nulidad en el país donde éste haya sido dictado; la oposición al reconocimiento es el único y exclusivo medio procesal mediante el cual se puede lograr que los tribunales venezolanos desconozcan un laudo dictado en el extranjero. La única excepción a dicha regla se presenta en aquellos supuestos en los que, en congruencia con los artículos V.1.e de la Convención de Nueva York, 5.1.e de la Convención de Panamá y 49(e) de la Ley de Arbitraje, las partes hayan

²²³ Véase: Rodner S., James-Otis, La Anulación del Laudo Arbitral, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Colección Libros Homenaje No. 6, p. 834.

acordado la posibilidad de impugnar en Venezuela aquellos laudos dictados en el extranjero a través del recurso de nulidad o en que hayan elegido el Derecho venezolano como *Lex Arbitri*²²⁴.

La diferencia entre el recurso de nulidad contra laudos arbitrales nacionales y la oposición a la ejecución de un laudo extranjero es importante debido a una imprecisión contenida en los artículos 43 y 49 de la Ley de Arbitraje. Dichos artículos, por un lado disponen que contra el laudo arbitral únicamente procede el recurso de nulidad (artículo 43) y, por el otro, establecen que el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país que se haya dictado, sólo se podrá denegar por las causales listadas en el artículo 49. Consideramos que esta imprecisión es el reflejo de la evolución práctica que tuvo el proyecto de ley de arbitraje Comercial, el cual fue concebido para regir el arbitraje comercial internacional; pero, sin embargo, fue modificado y adaptado para regir también el nacional. Debido a la dinámica que tuvo la evolución del proyecto, no se precisó de forma expresa que el artículo 43 era aplicable al arbitraje comercial interno y el 48 y siguientes al internacional. Por ende, dicha precisión debe ser llevada cabo mediante la interpretación de las normas y principios del sistema comercial internacional²²⁵.

Conviene reiterar que las normas del sistema de arbitraje comercial internacional conciben de manera bastante restringida las causales taxativas por las cuales se puede denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral dictado en el extranjero (argumentos sustantivos)²²⁶. Las causales listadas tienen por norte garantizar que el arbitraje haya respetado el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes, la autonomía de la voluntad (concretizada en este caso en el acuerdo de arbitraje y la *lex arbitri*).

Así, por ejemplo, se establecen como causales para la denegación del reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero las siguientes: (i) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; (ii) que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula arbitral, o contiene decisiones que excedan de los términos del acuerdo arbitral o de la cláusula arbitral; (iii) que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no

²²⁴ Véase: Ochoa Muñoz, Javier L., Reconocimiento de Laudo Arbitral Extranjero, en: I. Valera (ed.), *Arbitraje Comercial Interno e internacional, Reflexiones Teóricas y experiencias prácticas*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, 2005, p. 259.

²²⁵ Véase, por ejemplo, artículo V.I.e de la Convención de Nueva York, la cual establece como causal de denegación al reconocimiento de laudos extranjeros el que estos hayan sido anulados mediante sentencia judicial dictada en el país en donde se llevó a cabo el proceso arbitral.

²²⁶ Para un análisis del carácter taxativo de las normas de recurribilidad del Sistema de Arbitraje. Véase: Ochoa Muñoz, Reconocimiento del Laudo..., ob. cit., p. 263.

se hayan ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; y (iv) que la ejecución acarree una violación al orden público del Estado en donde ésta se solicita.

ii. Imposibilidad de Recursos de Amparo

Hemos concluido que de acuerdo con las normas del sistema de Arbitraje resulta jurídicamente imposible recurrir en Venezuela laudos dictados en el extranjero. Sin embargo, la aplicación de dicha regla a supuestos de amparo constitucional puede ser discutida a la luz del criterio que —hasta ahora— ha mantenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre el particular. Así en decisiones de fecha 16 de octubre de 2001 (caso: *VTI*) y 14 de febrero de 2007 (caso: *Todo Sabor C.A.*), la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha dictaminado que a pesar de que “el único recurso previsto en materia de arbitraje es el recurso de nulidad contra el laudo arbitral”²²⁷, los laudos extranjeros pueden ser objeto de amparo de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (la “Ley de Amparo”)²²⁸.

Conviene resaltar que la decisión *Todo Sabor C.A.* contó con un enérgico voto salvado de la presidenta de la Sala, la Magistrada Luisa E. Morales. El asunto fue sometido a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en virtud de una acción de amparo constitucional formulada por una empresa domiciliada en Venezuela, *Todo Sabor*, contra un laudo arbitral dictado en la ciudad de Miami, Estados Unidos de Norteamérica por un Tribunal Arbitral administrado por la AAA. Dicho laudo fue producto de una demanda arbitral por incumplimiento de contrato intentada por una sociedad domiciliada en el extranjero, *Haagen-Daz International Shoppe Company Inc*, contra *Todo Sabor*.

El objeto de la controversia recaía concretamente sobre los supuestos incumplimientos de un contrato de franquicia celebrado previamente por las partes y través del cual *Haagen-Daz* confirió a *Todo Sabor* la concesión exclusiva en Venezuela de las heladerías de su marca. El contrato contenía una cláusula de arbitraje AAA. *Todo Sabor* participó activamente en todas las fases y ámbitos del proceso arbitral e, inclusive, formuló una contrademanda arbitral. La decisión de la Sala Constitucional, a pesar de declarar su falta de competencia para decidir el asunto, declinó el conocimiento de la causa ante un Tribunal Superior y ratificó su criterio que los laudos arbitrales dictados en los extranjeros pueden ser objeto de acciones de amparo.

De plano resaltamos nuestro desacuerdo con la referida doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Consideramos que la misma no sólo representa un retroceso en la postura de la sala acerca del arbitraje, sino que además erosiona varias de las bases fundamentales del Sistema de Arbitraje comercial, atenta contra el principio de la fungibilidad de los procedimientos civiles internacionales y contra el deber estatal de cumplir

²²⁷ Véase: sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional No. 1981, 16 de octubre de 2001 (caso: *VTI*). <https://11nq.com/hlfig35q>

²²⁸ Publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 34.060, 27 de septiembre de 1988.

con las obligaciones internacionales. A continuación expondremos los argumentos por los cuales consideramos que la doctrina sentada en dicha decisión debe ser revisada.

El *quid* del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha estado en que se ha respondido afirmativamente la pregunta siguiente: ¿Puede ser considerado como una eminente amenaza de los derechos fundamentales de la parte perdidosa que participó activamente en el procedimiento arbitral el posible reconocimiento de un laudo arbitral por parte de los tribunales venezolanos? En primer lugar, insistimos en que los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción para conocer cualquier recurso de amparo contra laudos arbitrales extranjeros, tal y como hemos detallado *supra*. En segundo lugar, consideramos que la posible ejecución en Venezuela de un laudo arbitral extranjero no puede ser considerada como una amenaza a los derechos constitucionales de una de las partes del Arbitraje y, por tanto, la referida pregunta debe ser respondida negativamente.

Tal y como hemos detallado *supra*, las causales para la petición de denegación establecidas por las normas del sistema de arbitraje comercial internacional constituyen el medio procesal plausible, sumario, idóneo y eficaz de garantizar la eficacia de los derechos procesales fundamentales (debido proceso y defensa) de los justiciables. Por tanto, en su conjunto representan el mecanismo inmediato para impugnar cualquier violación a los derechos procesales tutelado por nuestro texto constitucional y colman las exigencias establecidas en el artículo 5 de la Ley de Amparo para que el recurso de amparo sea declarado inadmisibles²²⁹. En este sentido, consideramos que al analizar la admisión del recurso de amparo contra un laudo arbitral, también se deben ponderar los derechos constitucionales de la otra parte en el procedimiento arbitral. Y a esto se le suma que la parte recurrente en amparo puede alegar los mismos argumentos de fondo esgrimidos en su recurso de amparo mediante la oposición al reconocimiento del laudo dictado por el tribunal arbitral extranjero.

Aunado a lo anterior, el recurso de amparo contra la posible ejecución de un laudo extranjero no llena al menos tres de los requisitos de admisibilidad del recurso de amparo, a saber: que la amenaza sea inmediata, posible y realizable por el imputado (Ley de Amparo, numeral 2 del art. 6); la falta de consentimiento tácito del supuesto agraviado (Ley de Amparo, numeral 4 del art. 6); y que el agraviado no haya optado para recurrir a las vías judiciales ordinarias (Ley de Amparo, numeral 5 del art. 6). En relación con el primero de estos, comparémos el criterio de Mezgravis, quien enseña que por más inmediata y posible que pueda considerarse la amenaza que reporta el laudo arbitral, esta jamás podrá ser practicada por el mismo toda vez que es el tribunal de ejecución quien, en tal caso, la llevaría²³⁰. Es decir, la supuesta

²²⁹ Para un completo análisis del carácter extraordinario del recurso amparo véase: Chavero Gazdik, Rafael J., *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela*, Caracas, Editorial Sherwood, 2001, p. 192

²³⁰ Mezgravis, Andrés, Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en: A. R. Brewer-Carías (Org.), *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1999, Serie Eventos No. 13, p. 237.

amenaza jamás podrá ser realizada por el tribunal arbitral y, por tanto, el amparo deberá ser declarado improcedente.

En cuanto al segundo y tercer requisito, nos sumamos al criterio de que el sometimiento a arbitraje constituye un consentimiento previo a la supuesta “lesión constitucional” que reporta la resolución de la controversia a través del arbitraje²³¹. Adicionalmente, consideramos que la selección del arbitraje como medio de resolución de controversia incluye las normas sobre recurribilidad de laudos extranjeros y, por tanto, se debe entender que la parte “agraviada” ha otorgado su consentimiento previo y ha optado por una vía jurisdiccional preexistente. En este último sentido, somos del criterio que si la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia equipara el arbitraje a los tribunales ordinarios en aras de validar la impugnación del laudo arbitral mediante el recurso de amparo, también debe asemejarlo para aplicarle la causal de improcedencia del referido recurso cuando se ha optado por una vía jurisdiccional preexistente²³². La vía jurisdiccional preexistente está representada por el sometimiento voluntario a las normas del sistema de arbitraje comercial internacional, las cuales, en el caso de laudos arbitrales extranjeros excluyen cualquier recurso diferente a la solicitud de denegación.

Por último queremos resaltar que la admisión del amparo contra la posible ejecución de un laudo dictado en el extranjero viola el principio de fungibilidad de los servicios jurisdiccionales, el cual constituye un corolario de la tutela jurisdiccional efectiva y se erige sobre la idea que el arbitraje comercial representa el medio de resolución de controversias por excelencia en el comercio internacional, que resulta de la autonomía de la voluntad de las partes y garantiza sus derechos procesales fundamentales²³³. Este principio representa, además, una razón adicional por la que debe aplicarse un examen jurídico de deferencia con la institución arbitral, el cual en el caso venezolano se apoyado en el principio constitucional pro-arbitraje, consagrado en los artículos 253 y 258 de la Constitución.

Conclusiones

La Constitución concibe un sistema jurisdiccional integrado por dos vías: la justicia judicial y la justicia arbitral. Tanto las decisiones tomadas por un tribunal judicial como las tomadas por un tribunal arbitral tienen fuerza de cosa juzgada. Ambas vías representan alternativas jurisdiccionales a través de las cuales los justiciables pueden someter sus controversias

²³¹ Véase: Rodner S., *La Anulación...*, ob. cit., p. 844.

²³² Un ejemplo en el que la Sala Constitucional utilizó un método de análisis que equipara el Arbitraje con los tribunales ordinarios para de determinar la procedencia del amparo puede encontrarse en su decisión de fecha 22 de junio de 2005 (caso: *Distribuidora Punto Fuerte D.P.F.C. C.A.*). La decisión en cuestión estableció que era admisible la acción de amparo constitucional contra laudos arbitrales, en virtud de que la misma no es contrario a lo dispuesto por los artículos 6 y 18 de la Ley de Amparo.

²³³ Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil...*, ob. cit., p. 31.

comerciales al conocimiento de tribunales con potestad para dirimir las de forma definitiva con fuerza de cosa juzgada.

Aunado a lo anterior y en congruencia con los artículos 253 y 258 de la Constitución, los jueces deben dar prevalencia a una interpretación que favorezca, maximice y expanda la efectividad del derecho de los justiciables a acudir a arbitraje (el principio pro-arbitraje). El principio pro-arbitraje trae como consecuencia que cualquier duda en relación a supuestos de hechos o interpretación de normativa sobre arbitraje debe ser resuelta en favor de la institución arbitral.

La aplicación del principio pro-arbitraje cobra importancia al analizar: (i) la validez y la eficacia de las cláusulas arbitrales; (ii) la potestad de los tribunales arbitrales de ser los primeros en decidir sobre su propia jurisdicción; y (iii) el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

Siguiendo este orden de ideas, en primer lugar, el sistema de Derecho comercial internacional venezolano contiene reglas específicas de interpretación que pueden ser utilizadas para verificar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Concretamente, estas reglas están contenidas en los artículos 1160 del Código Civil, 12 Código de Procedimiento Civil y 4 de los Principios UNIDROIT. Consideramos que aplicar las reglas de interpretación contenidas en las citadas disposiciones puede contribuir a implementar un test de validez del acuerdo arbitral que se ajuste a parámetros adecuados a la Constitución.

El problema de los defectos del acuerdo de arbitraje es, en esencia, un tema de interpretación jurídica. Según la interpretación, pro-arbitraje cualquier duda debe ser resuelta a manera de expandir y dar eficacia práctica al derecho fundamental de los justiciables a acudir a arbitraje. Por tanto, cualquier restricción irrazonable de alguna de ellas se traduce en la vulneración del derecho al acceso a la justicia y todos sus corolarios (tutela judicial efectiva, derecho a la defensa y debido proceso).

En segundo lugar, la correcta interpretación y aplicación de las normas sobre arbitraje comercial internacional venezolano está condicionada inexorablemente a la eficacia de los principios de autonomía del acuerdo de arbitraje y de *Kompetenz-Kompetenz*. En la práctica, no puede volverse a validar el argumento de que el acuerdo de arbitraje no es válido debido a la terminación del contrato principal. Adicionalmente, los tribunales judiciales venezolanos (comenzando por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia) deben respetar la facultad del tribunal arbitral de ser el primero en decidir sobre su propia jurisdicción. En esta medida, es necesario que los tribunales judiciales declaren inadmisibles las demandas que versen sobre controversias comerciales en las que las partes hayan pactado un acuerdo arbitral.

En tercer lugar, el principio pro-arbitraje impone prudencia en cuanto a régimen de impugnación en Venezuela de laudos extranjeros. Pues, la oposición a la ejecución medio procesal mediante el cual se puede lograr que los tribunales venezolanos desconozcan un laudo

dictado en el extranjero. La regla general en materia de reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero es que éstos son recurribles única y exclusivamente a través de una acción de nulidad en el país donde éstos hayan sido dictados. Sólo una vez que se haya solicitado la ejecución en Venezuela de un laudo extranjero, es que afectada puede oponerse. Dicha oposición representa el mecanismo inmediato para impugnar cualquier violación a los derechos procesales tutelado por nuestro texto constitucional.

En suma, es contraria a Derecho toda interpretación que cercene el derecho de las partes a acudir a arbitraje, bien sea porque (a) exija condiciones excesivamente formalistas para la ejecución del acuerdo de arbitraje; (b) pretenda excluir materias que, de acuerdo con una interpretación razonable del Derecho venezolano, son objetivamente arbitrables; (c) desconozca el carácter exclusivo y excluyente del acuerdo de arbitraje; (d) viole los efectos del acuerdo de arbitraje, ya sea porque llega a conclusiones que dejan sin efecto (i) el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje o (ii) establezca procedimientos ante tribunales judiciales ordinarios para decidir si un tribunal arbitral tiene o no jurisdicción para conocer de una controversia comprendida dentro un acuerdo arbitral (violación al principio *Kompetenz-Kompetenz*); y (e) desconozca que la oposición a la ejecución medio procesal mediante el cual se puede lograr que los tribunales venezolanos no ejecuten un laudo dictado en el extranjero.

No nos queda la menor duda que el principal problema que sufre el arbitraje comercial internacional en Venezuela está relacionado con criterio interpretativo utilizado por la jurisprudencia y no con las normas que integran el sistema de arbitraje comercial internacional. Un significativo número de decisiones jurisprudenciales venezolanas han aplicado el criterio interpretativo diametralmente opuesto al mandado por la Constitución: el restrictivo. Diversos de los temas sensible de arbitraje son analizados por la jurisprudencia venezolana haciendo uso de la interpretación restrictiva y, por tanto, la institución arbitral ha quedado desnaturalizada y sin mayor evolución práctica.

En definitiva, consideramos que la real y efectiva implementación de este método de interpretación pro-arbitraje, consagrado con los artículos 253 y 258 de la Constitución, constituye el primer paso que debe ser tomado para convertir al arbitraje en un eficaz mecanismo de resolución de controversias, que represente tanto una alternativa viable al sistema judicial venezolano como una respuesta a las complejas disputas que surgen en el seno del comercio transnacional.

II. Trabajos Monográficos

La cooperación judicial civil en el Derecho internacional privado chileno

Erick Barrios*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 103-131.

Resumen

De ser la cenicienta dentro del Derecho internacional privado, la cooperación judicial civil internacional ha ido afirmando cada vez más su importancia, no con un rol protagónico, aunque sí como primer actor, cuyo aporte en ocasiones es fundamental para el desenlace de la obra. El propósito del presente artículo es conocer el estado del arte en que se encuentra esta figura en el ordenamiento jurídico de Chile, donde el salto cualitativo de una economía dependiente y atrasada a una diversificada y próspera, de una sociedad tradicionalista y cerrada a una dinámica y abierta, se ha visto reflejado en la renovación de su estructura jurídica. El Derecho internacional privado en general y los mecanismos de cooperación judicial no son la excepción. Se revisa la figura de la cooperación judicial internacional en materia civil, las fuentes normativas vigentes en el país sureño, el anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado y la práctica actual de los tribunales civiles a través de la revisión de casos referidos a la cooperación judicial. Finalmente, se presentan las conclusiones de la investigación.

Abstract

From being the Cinderella of private international law, international civil judicial cooperation has increasingly asserted its importance, not with a leading role, but certainly as a key player, whose contribution is sometimes fundamental to the outcome of the drama. The purpose of this article is to examine the current state of this concept within the Chilean legal system, where the qualitative leap from a dependent and underdeveloped economy to a diversified and prosperous one, from a traditional and closed society to a dynamic and open one, has been reflected in the renewal of its legal structure. Private international law in general, and judicial cooperation mechanisms in particular, are no exception. This article reviews international judicial cooperation in civil matters, their current legal sources in Chile, the draft Private International Law Bill, and the current practice of civil courts through a review of cases related to judicial cooperation. Finally, the research conclusions are presented.

Palabras clave

Cooperación judicial internacional, Derecho internacional privado, Ordenamiento jurídico chileno

Keywords

International judicial cooperation, Private international law, Chilean legal system

Sumario

Introducción. I. La Cooperación judicial internacional en materia civil. A. Definición. 1. Aspecto subjetivo. 2. Aspecto objetivo. B. Los niveles de cooperación. II. El Derecho procesal civil internacional en Chile y sus normas sobre cooperación. A. Las fuentes del Derecho internacional privado chileno. 1. Normas constitucionales de impacto en el Derecho internacional privado. 2. Normas internas que regulan casos con elementos de extranjería. 3. Tratados internacionales de los que es parte el Estado chileno en materia de proceso internacional y cooperación judicial internacional. a. Convenciones multilaterales regionales en materia de proceso y cooperación judicial. b. Convenciones multilaterales universales. 4. Regulación sublegal del trámite. a. Actos del poder ejecutivo. b. Actos del poder judicial. III. El Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado y la

* Licenciado en Estudios Internacionales (2004), Abogado (2009) y Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela. Prestó 13 años de servicio en el sistema de justicia penal venezolano; en 2018-2019 fue Coordinador Legal en una cadena de *retail*. Actualmente forma parte del área de cobranza judicial de Netpag Consultores S.A. (Santiago de Chile).

Cooperación judicial internacional. IV. Las decisiones de los tribunales y la cooperación judicial internacional. A. ¿Es la jurisprudencia una fuente en materia de Derecho internacional privado? B. Casos en procedimientos de cooperación judicial civil. 1. Procedimiento activo. 2. Procedimiento pasivo. Conclusiones.

Introducción

En la larga historia del Derecho internacional privado, la atención se ha fijado principalmente en aspectos sustantivos como la norma idónea que debe regular determinado ámbito de la vida social (las personas, los bienes, los contratos) o en aspectos procesales fundamentales como la competencia del juez llamado a conocer de un asunto determinado que se le presenta. En este esquema, la cooperación entre autoridades en provecho de un juicio fuera de las fronteras puede parecer un tema baladí, meramente accesorio, incluso servil.

No lo es. Desde mediados del siglo XIX se han ido multiplicando los tratados internacionales que abordan mecanismos de cooperación en el marco de un proceso judicial civil como las cartas rogatorias, notificaciones, recolección de evidencias, medidas cautelares. Incluso, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, visto desde una perspectiva abarcadora de la cooperación, quedaría incluida dentro de las medidas de ayuda entre autoridades de distintos países en provecho de un juicio incoado fuera de su territorio.

De esta manera, fue creciendo la atención a una figura que permanecía prácticamente ignorada en el marco amplio del Derecho conflictual, respecto del cual adquiere el tenor de verdadera paradoja: por un lado, leyes y jurisdicciones enfrentadas, contrapuestas, buscando afirmar su primacía, en el fragor de un proceso, para poder decidir la controversia planteada; por el otro, la idea de ayuda, el acto de servir en provecho de un litigio incoado en tierras extrañas, con personas ajenas a la propia dinámica social. En la actualidad se ha conformado una doctrina general de la cooperación judicial internacional con fundamento en el principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

De ser la cenicienta dentro del Derecho internacional privado, la cooperación judicial civil internacional ha ido afirmando cada vez más su importancia, quizás no en un rol protagonista, pero sí en el de un primer actor de carácter, cuyo aporte en ocasiones es fundamental para el desenlace de la obra. El propósito del presente artículo es conocer el estado del arte en que se encuentra esta figura en el ordenamiento jurídico de Chile, como un curioso laboratorio jurídico en el ámbito latinoamericano: desde los inicios de su vida independiente, afirmó su autonomía legal con la promulgación de una obra portentosa, el Código Bello, con el que se convirtió en ejemplo y guía de otros, y al que los cambios vertiginosos de la vida contemporánea le han impuesto la necesidad de actualizarse.

El salto cualitativo de una economía dependiente y atrasada a una diversificada y próspera; de una sociedad tradicionalista y cerrada a una dinámica y abierta, se ha visto reflejado en

la renovación de su estructura jurídica. El Derecho internacional privado en general y los mecanismos de cooperación judicial no son la excepción. De país de emigrantes, en pocos años se convirtió de repente en uno fundamentalmente receptor; sus socios comerciales, por efecto de políticas comerciales liberales y de condiciones atractivas para el capital foráneo, se han incrementado exponencialmente; sus centros turísticos (de norte a sur) son destino de miles de personas al año. Todos estos elementos han ido evidenciando la insuficiencia del sistema de normas existentes y la necesidad de mayor estudio y reformas.

Estos factores también reflejan las potencialidades y el porvenir de esta materia en Chile. Por eso, revisaremos, en primer lugar, la figura de la cooperación judicial internacional en materia civil; seguidamente, las fuentes normativas existentes en la actualidad en el país sureño; tercero, lo que dice sobre el tema el anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado; cuarto, se dará un vistazo a la práctica actual de los tribunales civiles a través de la revisión de casos y decisiones que se refieren al asunto de la cooperación judicial. Finalmente, se presentan las conclusiones de la investigación.

Es un auténtico honor tener la oportunidad de participar en el número homenaje al profesor Didier Operti Badán, siendo como es un destacado exponente del Derecho internacional, público y privado, del continente americano, habiéndolo demostrado no solo desde la cátedra, sino también viviéndolo durante el desempeño de tareas oficiales al servicio de su país. Más aún, considerando que su tesis doctoral “Exhortos y embargo de bienes extranjeros. Medios de cooperación judicial internacional” es una referencia obligada para todos aquellos que tienen, como quien suscribe, una predilección especial por este tema.

I. La Cooperación judicial internacional en materia civil

A. Definición

Lo primero que salta a la vista acerca de la cooperación judicial internacional es su diversidad terminológica. Cada autor suele emplear los vocablos de su preferencia al formular su propia definición, aun cuando coincidan en los elementos esenciales para caracterizarla. Por una parte, un sustantivo indica el tenor de la acción y su efecto: “cooperación”, “asistencia”, “colaboración”, “auxilio”, “entreayuda” (por influencia del francés *entraide*) y, por la otra, un adjetivo que describe las características de esa acción: es fundamentalmente “internacional”, pero también “judicial”, “jurídica”, “legal”, “jurisdiccional”, todos ellos con un sentido análogo. En general, la doctrina y los textos convencionales que regulan la materia, tienden a utilizar indistintamente una combinación alternativa de esos vocablos.

Los distintos conceptos utilizados por los autores reflejan una ausencia de consenso en cuanto a una denominación única del tema. No es menos destacable que esta indiferencia

conceptual también se evidencia al examinar las principales Convenciones multilaterales que regulan la materia¹.

En este trabajo se entenderá por cooperación, asistencia o entreayuda judicial internacional, a aquella actividad de índole recíproca y de naturaleza fundamentalmente procesal que desarrollan los operadores jurídicos dentro de un Estado, en colaboración con un proceso judicial que se desarrolla fuera de sus fronteras y cuya decisión le corresponde a una autoridad extranjera. Este elemento de extranjería de la autoridad involucrada le otorga el carácter internacional a la figura; mientras que la naturaleza jurisdiccional del proceso le da su tenor judicial.

De la anterior definición se desprenden elementos subjetivos (los sujetos que intervienen en esa actividad) y objetivos (la interacción o actividad cooperativa que se desarrolla), los cuales serán tratados seguidamente.

(i) En el aspecto subjetivo, en el desenvolvimiento de la entreayuda judicial se observa la intervención de órganos con roles e intereses diversos, que pueden ser tanto públicos como privados. De partida, queda fuera de discusión el carácter estatal que asume esta actividad, aunque no de manera exclusiva: si bien la cooperación judicial se desenvuelve fundamentalmente entre las autoridades competentes de los Estados, esto no menoscaba la participación de otros operadores jurídicos (representantes y defensores privados) e, incluso, el de las partes del litigio que le da origen.

La práctica ha dado origen a dos nociones asociadas a la posición que ocupan las autoridades intervinientes, que dan origen a las dos modalidades posibles de cooperación e inciden directamente en aspectos procedimentales, a saber: la distinción entre órganos requirentes, exhortantes o rogantes, entendidos como aquellos que solicitan la colaboración, y órganos requeridos, exhortados o rogados segundos, esto es, los llamados a desempeñar las actuaciones solicitadas.

La autoridad “requirente” es la que conoce de la causa principal y, en principio, tiene la responsabilidad de decidirla, para lo cual pide la cooperación de la autoridad jurisdiccional de otro país (“requerida”), a quien le corresponde conocer de las diligencias procesales objeto de la asistencia por razones de competencia territorial, debiendo limitarse a coadyuvar al órgano exhortante en la obtención de las resultas. Los órganos judiciales de un Estado pueden asumir

¹ El Convenio de La Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Mercantil contempla en su Preámbulo la noción de “cooperación judicial mutua”, mientras que sus artículos 18 y 35.b mencionan el vocablo “asistencia”. La Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero alude a la “cooperación internacional” a secas (art. 1) y los Protocolos Adicionales a las Convenciones Interamericanas sobre Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero señalan, en sus respectivos Preámbulos, a la “cooperación internacional en procedimientos judiciales”. A pesar de esa gama de términos, debe diferenciarse conceptualmente la cooperación judicial internacional de la “ayuda judicial” o “asesoría jurídica internacional”, vinculada a la posibilidad de facilitar el acceso de los extranjeros a los tribunales y otros órganos y es el objeto de la Convención de La Haya tendiente a facilitar el acceso internacional a la justicia (1990), que aglutina principios y normas sobre el tema.

indistintamente uno de esos roles: un mismo tribunal es susceptible de ser requirente y requerido, en razón de la bilateralidad de dicha figura².

Teniendo presente esa doble condición, cabe considerar dos hipótesis, a saber: la de un proceso interno que requiera para su normal desenvolvimiento el cumplimiento de determinadas actividades en el exterior (con lo cual se dice que la cooperación adquiere un rol activo) y la de uno foráneo, cuyos órganos rectores soliciten el concurso de las autoridades jurisdiccionales nacionales para la ejecución de ciertas actividades procesales destinadas a producir sus efectos en aquél (por lo tanto, la cooperación es de índole pasiva).

(ii) El aspecto objetivo de la cooperación viene a ser la actividad específica que constituye el sustrato de la asistencia, es decir, las diligencias requeridas por la autoridad competente de un Estado a su homóloga en el extranjero, en el marco de un proceso judicial. La índole jurisdiccional e internacional de dicha actividad ya ha quedado de manifiesto en el concepto. Sin embargo, merecen atención la naturaleza civil y mercantil y el carácter procesal de las diligencias.

En primer lugar, la naturaleza civil y mercantil se define positivamente por el contenido material a que se contrae la controversia judicial en cuyo marco surge la necesidad de cooperar y, negativamente, por la exclusión de otras materias especiales ajenas a ese ámbito (como la fiscal o tributaria, el contencioso administrativo, y el ámbito penal)³.

Este criterio objetivo adquiere autonomía en relación con los sujetos interesados (tanto en su cualidad de demandantes como en la de demandados) y respecto a la jurisdicción ejercida por la autoridad requirente.

Así, los sujetos implicados son generalmente personas privadas, naturales o jurídicas, aunque pueden ser también órganos del Estado, cuando desarrollen exclusivamente actos de *iure gestionis*. En cuanto a la competencia del órgano requirente, por regla se trataría de una jurisdicción civil y/o comercial, aunque, según Octavian Capatina⁴, nada se opondría a que se trate igualmente de un tribunal penal actuando en el marco de una acción civil derivada de hecho punible o bien de tribunales contencioso-administrativos que conozcan de cuestiones de carácter civil o comercial. Esta noción amplia del Derecho privado comprendería a las relaciones familiares, así como procedimientos contenciosos o voluntarios y actos judiciales y extra-judiciales.

² Esta "bilateralidad" o "doble direccionalidad" está consagrada implícitamente en el Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado, Capítulo I, según queda de manifiesto en los artículos 77.2 y 77.3, 78, 79, 80, 81 y 82.

³ Sin embargo, algunas Convenciones interamericanas contemplan la posibilidad de extender sus disposiciones a otras materias, para lo cual es necesario que los Estados signatarios declaren, al momento de depositar el instrumento de ratificación o de adhesión, su voluntad favorable en este sentido. Vid. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 16) y Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (art. 15).

⁴ Capatina, Octavian, *L'entraide judiciaire internationale*, en: *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1983, Vol. 179, pp. 305 ss, especialmente pp. 330-331.

Por otra parte, las diligencias objeto de la cooperación judicial internacional tienen una índole fundamentalmente procesal. Para utilizar una expresión nacida en el seno del Derecho estatutario medieval (germen del actual Derecho Internacional Privado), se refieren a la ordenación del asunto en disputa (*ordinatoria litis*) y no a la decisión del fondo de la controversia (*decisoria litis*).

B. Los niveles de cooperación

Las actividades realizadas en el marco de la cooperación jurisdiccional internacional tienen un carácter bastante diverso, de donde surge la tesis de los grados o niveles cooperativos, según la cual las actuaciones procedimentales en provecho de litigios sometidos al conocimiento de autoridades extranjeras cuya solución les compete se desarrolla en diferentes estratos, en atención a las siguientes condiciones: (i) el modo como se afecten los derechos de las personas, (ii) las prerrogativas del Estado que brinda la cooperación, (iii) el grado de coerción que implican, (iv) la extensión cronológica, tanto en función del tiempo que consuma su cumplimiento, como el lapso durante el cual se prolongan sus efectos.

Tomando en cuenta estos cuatro aspectos, la cooperación judicial internacional puede ser de dos o tres niveles, según la dimensión que de ella se utilice sea estricta (que excluye el reconocimiento y la ejecución de actos emanados de una autoridad extranjera en el territorio de otro Estado) o amplia (que, al contrario, los comprende). Así, la acepción amplia de la cooperación internacional reflejaría la imagen máxima del litigio civil o comercial, que engloba todas las fases del proceso, tanto la *cognitio* (debates, decisión final, ejercicio de vías recursivas), como la *executio* (el conjunto de medidas de coerción susceptibles de obligar a la parte perdedora a conformarse con la decisión tomada).

A favor de la tesis restringida se inclina el rumano Octavian Capatina⁵. La tesis amplia es seguida por Tellechea Bergman⁶ y Mirian Rodríguez⁷. A pesar de las críticas que puedan esgrimirse contra esta concepción, en nuestra opinión ella refleja la naturaleza real de la cooperación judicial.

(i) El primer nivel, que abarca a su vez dos “escalones” o “subniveles”, es el que afecta en menor medida los derechos de los justiciables y del Estado que brinda la cooperación, además de no implicar un grado apreciable de coerción, siendo de ejecución breve, casi instantánea. El auxilio de mero trámite incluye todo lo concerniente a las citaciones, emplazamientos

⁵ Capatina, *L'entraide judiciaire internationale...*, ob. cit., p. 321 ss.

⁶ Tellechea Bergman, Eduardo, Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del MERCOSUR, en: *XXXIV Curso de Derecho Internacional*, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 2008, pp. 211 ss., especialmente p. 223.

⁷ Rodríguez Reyes de Mezoa, Mirian, *La cooperación judicial internacional y la tutela judicial efectiva*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Universidad Metropolitana, 2014, pp. 1 ss.

y notificaciones llevadas a cabo en un Estado a ruego de tribunales de otro. La cooperación probatoria comprende el diligenciamiento de pruebas allende las fronteras y supone, de los dos escalones, una mayor complejidad y duración, llegando a cierto nivel de coercibilidad.

(ii) El segundo nivel abarca la asistencia cautelar internacional, cuyo fin es garantizar las resultas del fallo dictado en el extranjero (esto es, su ejecución efectiva), poseyendo una dosis mayor de coercibilidad y de extensión cronológica, con la posibilidad consiguiente de afectar los derechos de los particulares (al menos en el caso de la persona a cuya esfera patrimonial se imponga la medida).

(iii) El tercer nivel (para quienes sostienen el criterio amplio de la cooperación judicial internacional) incluiría el reconocimiento de la eficacia extraterritorial de las sentencias y otras resoluciones judiciales, así como de laudos arbitrales extranjeros, implicando un grado mucho mayor de afectación a los intereses particulares y estatales que los anteriores, siendo también sus efectos de mayor alcance y profundidad.

II. El Derecho procesal civil internacional en Chile y sus normas sobre cooperación

Una observación directa y superficial del sistema conflictual chileno permite caracterizarlo como limitado, disperso y fundamentalmente territorialista:

Limitado, porque se desarrolla en un número de normas manifiestamente reducido (algunos artículos en Códigos y leyes nacionales, unos pocos tratados internacionales y algunas normas de rango sublegal) e insuficiente (hay, por ejemplo, un silencio evidente en instituciones generales como el reenvío o las calificaciones).

Disperso, ya que las disposiciones específicas sobre la materia se encuentran en varios cuerpos normativos referidos a ámbitos diversos.

Territorialista, según se desprende no sólo del artículo 14 del Código Civil, influido por el *Code Napoleon*; sino también por el tenor de muchas decisiones de órganos judiciales y administrativos, que privilegian las soluciones de la *lex fori*; sin embargo, hay que reconocer una tendencia a la apertura internacionalista, que se manifiesta en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, el cual abordaremos más adelante.

A. Las fuentes del Derecho internacional privado chileno

Para poner de manifiesto las características anteriores, seguidamente enumeramos las principales fuentes del Derecho internacional privado chileno, con énfasis en aquellas que contienen normas que regulan las relaciones familiares. En primer lugar, hay que tomar en cuenta que, por pertenecer al sistema continental, en Chile hay una preeminencia indiscutible de la ley como fuente; además, la jurisprudencia y la doctrina consideran a los tratados internacionales

como leyes, en consecuencia: a) su interpretación se sujeta al artículo 19 y siguientes del Código Civil y b) son jerárquicamente inferiores a la Constitución Política.

Antes de proceder con la enumeración de las principales fuentes del Derecho internacional privado chileno, haremos un paréntesis para referirnos al tema de la influencia de las disposiciones constitucionales en ese ámbito.

1. Normas constitucionales de impacto en el Derecho internacional privado

La versión actual de la Carta Magna chilena emana del Decreto 100 del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia, de 17 de septiembre de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, con sus reformas y modificaciones posteriores, la última de las cuales data, a la fecha, del 7 de octubre de 2025 (Ley 21773, que modifica la Carta Fundamental en materia de derecho de sufragio de personas extranjeras). Este texto fue el resultado de varias comisiones sucesivas establecidas luego de la ruptura del orden constitucional del 11 de septiembre de 1973, que concluyeron en la promulgación de la Constitución de 1980. Sin embargo, su contenido ha sido sustancialmente modificado durante su vigencia, particularmente con la transición a la democracia como consecuencia del plebiscito de 1988.

La Constitución chilena es de corte liberal, su estructura obedece a la división clásica en parte dogmática (principios y derechos constitucionales, capítulos I al III) y orgánica (estructura del Estado, capítulos IV al XV). Su redacción es breve, lacónica: no hay preámbulos ni declaraciones rimbombantes, entra directamente en materia. Su extensión es relativamente limitada, aunque producto de las sucesivas reformas se ha ido engrosando paulatinamente su contenido, complejizando su estructura, pero también fortaleciendo su carácter democrático y moderadamente garantista.

Varios artículos del texto constitucional ofrecen interés general para el Derecho internacional privado, y en particular, para el proceso internacional, ámbito al cual se circunscribe la cooperación judicial, como se ha señalado anteriormente. Del Capítulo I cabe destacar lo dispuesto en el artículo 1, que establece la igualdad de todas las personas en dignidad y derechos; el artículo 5, que le otorga la soberanía a la nación y las autoridades establecidas por la Constitución; el artículo 6, que establece la supremacía de la Constitución; y el artículo 7, que define los principios de competencia y de legalidad. El Capítulo II (arts. 10 al 18) regula la nacionalidad y la ciudadanía y el Capítulo III (arts. 19 al 23) establece el elenco de derechos y deberes constitucionales.

Entre los derechos de mayor interés para nuestro tema, destacan la vida y la integridad física (art. 19.1), la igualdad de protección ante la ley (art. 19.2), la protección de la vida privada, la honra y los datos personales (art. 19.4), la libertad de conciencia y cultos (art. 19.6), la libertad

personal y la seguridad individual (art. 19.7), el derecho de asociarse sin permiso previo (art. 19.15), la libertad de trabajo (art. 16.16), el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (art. 19.21), la propiedad (art. 19.24) y el derecho de autor (art. 19.25).

De la parte orgánica son de interés las atribuciones del Congreso (art. 54), entre las cuales se encuentra aprobar o desechar los tratados internacionales; las materias de reserva legal (art. 63), donde se incluyen la codificación civil, comercial, procesal, entre otras; el procedimiento para la formación de las leyes (arts. 65 al 75); la facultad de conocer causas civiles, que se otorga a los tribunales (art. 76); y las atribuciones del Tribunal Constitucional en la determinación de la constitucionalidad de normas jurídicas emanadas de los distintos órganos del Estado (art. 93).

Más allá del debate constitucional que tuvo una fuerza notable desde 2019 a 2023, tras haberse rechazado en ese período tan corto dos propuestas de Constitución que intentarían reemplazar a la actualmente vigente, lo cierto es que la evolución que la dinámica social le ha imprimido a dicho texto, así como las reformas realizadas como consecuencia de su naturaleza flexible, han hecho que, en lugar de declinar su validez, se haya reafirmado como norma suprema del ordenamiento jurídico chileno.

Este fenómeno ha tenido impacto innegable en todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo en el ámbito del Derecho internacional privado, al punto de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha llegado a tratar incluso temas de relevancia para la materia, tales como el reconocimiento de sentencias y actos jurídicos extranjeros (destacadamente en el álgido asunto del reconocimiento de uniones civiles y matrimonios entre personas del mismo sexo⁸) y también en materia de arbitraje y contratos internacionales.

Por lo tanto, de acuerdo con la evolución natural de la sociedad, es de esperarse que las normas constitucionales continuarán desempeñando un rol de creciente importancia en asuntos relativos a relaciones jurídicas con elementos de extranjería.

Dicho esto, veamos cuáles son las principales normas legales y convencionales del ordenamiento jurídico chileno en materia de Derecho internacional privado (con especial énfasis en normas del proceso y de cooperación judicial con el extranjero):

2. Normas internas que regulan casos con elementos de extranjería:

- Código Civil: establece los principios de territorialidad (art. 14, 55, 56 y 57) y extraterritorialidad de la Ley civil chilena (art. 15), la *lex rei sitae* en materia de bienes y la *lex loci executionis* en el ámbito contractual (art. 16), *locus regit actum* respecto a la validez de los actos jurídicos (art. 17 y 1027).

⁸ Vid. Barrios, Erick, El Derecho Familiar Internacional chileno a través de dos sentencias, en: *AMDIPC*, 2023, No. 5, pp. 251-271.

- Código de Comercio: establece los principios de *locus regit actum* y *lex loci executionis* en el ámbito mercantil (art. 113, 832, 868, 931), así como normas de competencia judicial en materia mercantil (art. 1032 y ss.).

- Código Orgánico de Tribunales: establece normas sobre competencia judicial internacional (arts. 5 al 7, 45, 50, 52, 53, 148, 149, 157, 167, 560).

- Código de Procedimiento Civil: regula el trámite de exhortos internacionales (arts. 76⁹ y 77¹⁰), el procedimiento de reconocimiento de actos y decisiones extranjeras (arts. 242 al 251) y los informes de peritos sobre legislación extranjera (art. 411).

Nos detenemos aquí para ahondar en las normas del Código que, en nuestro criterio, inciden directa o indirectamente en el ámbito de la cooperación judicial internacional.

La regulación de los exhortos internacionales se inserta en el Título VII (“De las actuaciones judiciales”) y, al respecto, cabe señalar otras disposiciones relevantes, como la intervención de intérpretes (art. 63¹¹), la facultad del tribunal de la causa para realizar todas las actuaciones necesarias para la formación del proceso y delegar sus funciones, por ejemplo, cuando las actuaciones hayan de practicarse fuera del lugar del juicio (art. 70¹²), la obligación del tribunal de practicar las actuaciones en calidad de exhortado (art. 71¹³), la facultad de la parte solicitante del exhorto de intervenir ante el tribunal exhortado (art. 73¹⁴).

⁹ Art. 76 (79). Cuando hayan de practicarse actuaciones en país extranjero, se dirigirá la comunicación respectiva al funcionario que deba intervenir, por conducto de la Corte Suprema, la cual la enviará al Ministerio de Relaciones Exteriores para que éste a su vez le dé curso en la forma que esté determinada por los tratados vigentes o por las reglas generales adoptadas por el Gobierno.

En la comunicación se expresará el nombre de la persona o personas a quienes la parte interesada apodere para practicar las diligencias solicitadas, o se indicará que puede hacerlo la persona que lo presente o cualquiera otra.

Por este mismo conducto y en la misma forma se recibirán las comunicaciones de los tribunales extranjeros para practicar diligencias en Chile.

¹⁰ Art. 77. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo precedente, toda comunicación dirigida por un tribunal a otro deberá ser conducida a su destino por vía del sistema de tramitación electrónica del Poder Judicial, y no siendo posible lo anterior, por el medio de comunicación idóneo más expedito.

¹¹ Art. 63 (66). Cuando sea necesaria la intervención de intérprete en una actuación judicial, se recurrirá al intérprete oficial, si lo hay; y en caso contrario, al que designe el tribunal.

Los intérpretes deberán tener las condiciones requeridas para ser peritos, y se les atribuirá el carácter de ministros de fe.

Antes de practicarse la diligencia, deberá el intérprete prestar juramento para el fiel desempeño de su cargo.

¹² Art. 70 (73). Todas las actuaciones necesarias para la formación del proceso se practicarán por el tribunal que conozca de la causa, salvo los casos en que se encomienden expresamente por la ley a los secretarios u otros ministros de fe, o en que se permita al tribunal delegar sus funciones, o en que las actuaciones hayan de practicarse fuera del lugar en que se siga el juicio.

¹³ Art. 71 (74). Todo tribunal es obligado a practicar o a dar orden para que se practiquen en su territorio, las actuaciones que en él deban ejecutarse y que otro tribunal le encomiende.

El tribunal que conozca de la causa dirigirá al del lugar donde haya de practicarse la diligencia la correspondiente comunicación, insertando los escritos, decretos y explicaciones necesarias.

El tribunal a quien se dirija la comunicación ordenará su cumplimiento en la forma que ella indique, y no podrá decretar otras gestiones que las necesarias a fin de darle curso y habilitar al juez de la causa para que resuelva lo conveniente.

¹⁴ Art. 73 (76). En las gestiones que sea necesario hacer ante el tribunal exhortado, podrá intervenir el encargado de la parte que solicitó el exhorto, siempre que en éste se exprese el nombre de dicho encargado o se indique que puede diligenciarlo el que lo presente o cualquiera otra persona.

El plazo para contestar la demanda en el proceso ordinario, cuando el demandado se encuentra fuera del territorio de la República, se aumenta de conformidad al lugar donde se encuentre, en virtud del mecanismo establecido en el artículo 259¹⁵.

El artículo 345¹⁶ se refiere a las formalidades que deben cumplir los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile, contemplando la figura de la legalización. Sin embargo, a raíz de la adhesión del estado chileno a la Convención de la apostilla, se incluyó un nuevo artículo, el 345 bis¹⁷, que suprime dicho requisito para los documentos otorgados en los Estados Parte de ese tratado multilateral.

En el procedimiento ejecutivo, el artículo 461¹⁸ faculta a que la oposición a la ejecución se realice ante el tribunal exhortado, considerando a tal efecto los plazos indicados en el artículo 259 del Código adjetivo.

- Otras leyes especiales establecen normas sobre competencia judicial internacional, reconocimientos de actos extranjeros o formas de los actos dentro del ámbito específico de sus materias reguladas, como la Ley 19620 (Adopción de Menores, art. 30 y 34), la Ley 19947

¹⁵ Art. 259 (256). Si el demandado se encuentra en un territorio jurisdiccional diverso o fuera del territorio de la República, el término para contestar la demanda se aumentará de conformidad al lugar en que se encuentre. Este aumento será determinado en conformidad a una tabla que cada cinco años formará la Corte Suprema con tal objeto, tomando en consideración las distancias y las facilidades o dificultades que existan para las comunicaciones.

Esta tabla se formará en el mes de noviembre del año que preceda al del vencimiento de los cinco años indicados, para que se ponga en vigor en toda la República desde el 1° de Marzo siguiente; se publicará en el "Diario Oficial", y se fijará a lo menos, dos meses antes de su vigencia, en el portal de internet del Poder Judicial y en los oficios de todos los secretarios de Cortes y Juzgados de Letras.

¹⁶ Art. 345 (334). Los instrumentos públicos otorgados fuera de Chile deberán presentarse debidamente legalizados, y se entenderá que lo están cuando en ellos conste el carácter público y la verdad de las firmas de las personas que los han autorizado, atestiguadas ambas circunstancias por los funcionarios que, según las leyes o la práctica de cada país, deban acreditarlas.

La autenticidad de las firmas y el carácter de estos funcionarios se comprobará en Chile por alguno de los medios siguientes:

1. El atestado de un agente diplomático o consular chileno, acreditado en el país de donde el instrumento procede, y cuya firma se compruebe con el respectivo certificado del Ministerio de Relaciones Exteriores;

2. El atestado de un agente diplomático o consular de una nación amiga acreditado en el mismo país, a falta de funcionario chileno, certificándose en este caso la firma por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores del país a que pertenezca el agente o del Ministro Diplomático de dicho país en Chile, y además por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República en ambos casos;

y

3. El atestado del agente diplomático acreditado en Chile por el Gobierno del país en donde se otorgó el instrumento, certificándose su firma por el Ministerio de Relaciones Exteriores de la República.

¹⁷ Art. 345 bis. Los instrumentos públicos otorgados en un Estado Parte de la Convención de La Haya que Suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros, no deberán ser sometidos al procedimiento de legalización, si respecto de éstos se ha otorgado apostillas por la autoridad designada por el Estado de que dimana dicho instrumento.

Las certificaciones oficiales que hayan sido asentadas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones para la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas, podrán presentarse legalizadas o con apostillas otorgadas, con arreglo al artículo precedente y a éste, respectivamente. Pero en estos casos la legalización o apostilla sólo acreditará la autenticidad de la certificación, sin otorgar al instrumento el carácter de público.

Según lo dispuesto por la Convención a que se refiere el inciso primero, no podrán otorgarse apostillas respecto de los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares y los documentos administrativos que se refieren directamente a una operación mercantil o aduanera.

¹⁸ Art. 461. (483). Si se verifica el requerimiento [de pago] fuera del territorio de la República, el término para deducir oposición será el que corresponda según la tabla a que se refiere el artículo 259, como aumento extraordinario del plazo para contestar una demanda.

(Matrimonio Civil, arts. 82 y 83) y la Ley 20830 (Acuerdos de Unión Civil, arts. 12 y 13); con incidencia bien relativa en el tema de este trabajo.

3. Tratados internacionales de los que es parte el Estado chileno en materia de proceso internacional y cooperación judicial internacional

a. Convenciones multilaterales regionales en materia de proceso y cooperación judicial

- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), anexo a la Convención de La Habana (1928).
- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo adicional (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975).
- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979).
- Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Parte del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (2002).

b. Convenciones multilaterales universales

- Convención que suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros (La Haya, 1961).
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980).

4. Regulación sub-legal del trámite

a. Actos del poder ejecutivo

- Decreto 738 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 19 de enero de 1967, que establece funciones del Departamento de Traductores e Intérpretes de la Dirección de los Servicios Centrales del Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁹.

¹⁹ El artículo 1, letras b) y d), disponen: El Departamento de Traductores e Intérpretes de la Dirección de los Servicios Centrales del Ministerio de Relaciones Exteriores tendrá a su cargo las siguientes funciones:

a) Realizar la traducción de documentos requerida por particulares en conformidad a las normas y tarifas que se determinan más adelante...

b. Actos del poder judicial

La potestad de la Corte Suprema de Justicia para dictar normas de organización del Poder Judicial emana de los artículos 89 de la Constitución Política²⁰ y 3²¹ y 96.4²² del Código Orgánico de Tribunales. En ejercicio de estas potestades, se han dictado, entre otras, las siguientes normas generales en materia de cooperación judicial internacional:

- Resolución AD-470-2025, de 11 de noviembre de 2015, mediante la cual se constituye a la Corte Suprema en autoridad central para la transmisión de exhortos o cartas rogatorias en el marco de convenciones internacionales relativas a la asistencia mutua en materias civiles, comerciales, laborales y contencioso-administrativas suscritas por Chile.

- Acta No. 77-2015²³, de 29 de mayo de 2015, que modifica las actas 98-2009 y 91-2010 (que reglamentan, lo pertinente al procedimiento en los tribunales que tramitan carpeta electrónica y la gestión y administración en tribunales de familia, respectivamente), en relación con la tramitación de exhortos internacionales en materia de familia; y aprueba modelos de solicitud de asistencia judicial internacional.

- Auto acordado 22 (Acta No. 22-2024), de 25 de enero de 2024, que modifica y refunde Acta 205-2015, texto del Auto Acordado sobre procedimiento aplicable al Convenio de La Haya relativo a los efectos civiles de la sustracción internacional de niños y niñas.

III. El Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado y la Cooperación judicial internacional

El sociólogo alemán Ulrich Beck acuñó bajo el curioso término de “topopoligamia transnacional” al fenómeno de “estar alguien casado con varios lugares y pertenecer a varios mundos”, lo que conduce a una “globalización de la biografía”²⁴. El vocablo es descriptivo de las sociedades actuales, caracterizadas por su diversidad, complejidad, fragmentación, aunque también por su elevada interconexión a través de las innumerables herramientas tecnológicas de comunicación a disposición, lo que impone la necesidad de generar soluciones a las

d) Intervenir en todas aquellas diligencias judiciales en que sea requerida la mediación de un Intérprete Oficial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Art. 89: La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación.

²¹ Art. 3: Los tribunales tienen, además, las facultades conservadoras, disciplinarias y económicas que a cada uno de ellos se asignan en los respectivos títulos de este Código.

²² Art. 96.4: Corresponde a la Corte Suprema en pleno: ... 4. Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan...

²³ Las actas dan cuenta de los autos acordados por el pleno de la Corte Suprema de Justicia. Estas son “normas procesales administrativas fruto del acuerdo que adoptan tribunales colegiados y superiores de justicia en ejercicio de una potestad normativa emanada de una función administrativa asignada por la Constitución o la ley a estos órganos”. Zúñiga U., Francisco, Corte Suprema y sus competencias. Notas acerca de su potestad normativa (autos acordados), en: *Ius Et Praxis*, 1998, Año 4, No. 1, p. 228.

²⁴ Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, México, Paidós, 2019, pp. 109-111.

situaciones que se generan como consecuencia de esa riqueza de formas (de vida, de culturas, de ordenamientos jurídicos) de la contemporaneidad.

La regulación de las relaciones jurídicas privadas que trascienden las fronteras nacionales, salvo adaptaciones puntuales implementadas en el siglo XX, se remontan en su mayoría al “siglo de la codificación” (1800-1900) y, en muchas ocasiones resultan insuficientes o francamente anacrónicas para los problemas que plantean las nuevas relaciones surgidas en sociedades globalizadas, interconectadas y paradójicamente fragmentadas.

Como ha quedado en evidencia en el capítulo anterior, el sistema chileno de Derecho internacional privado se caracteriza por la dispersión e insuficiencia de las normas, manifestándose un predominio de las soluciones territorialistas, aun cuando en lo económico, comercial y social el país ha transitado por una apertura mucho más pronunciada en comparación con sus pares del ámbito latinoamericano durante el último cuarto del siglo XX y el primero del actual.

Esto ha llevado a que autoridades y especialistas reconozcan la necesidad de disponer de un cuerpo actualizado de normas que permita aprovechar con mayor amplitud los beneficios de los crecientes intercambios de todo tipo de Chile con el resto del mundo.

Es así como, en octubre de 2017, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) suscribieron un Convenio para elaborar un documento técnico que sirviera de base para una futura Ley de Derecho internacional Privado, a través de la creación de una Comisión Técnica que integrara esfuerzos de distintas instituciones en pro de dicho objetivo. El resultado de dicho Proyecto se entregó en septiembre de 2020, bajo la forma de un Anteproyecto de Ley, cuya Exposición de Motivos es suscrita por el Profesor Eduardo Picand Albónico, en su condición de presidente de la Comisión Redactora del Proyecto y de la ADIPRI.

En el Anteproyecto se reconoce la creciente internacionalización de las relaciones jurídicas a través de factores como la existencia de sociedades abiertas, la globalización, internet y las tecnologías de comunicación e información, las migraciones internacionales, los procesos de integración, el crecimiento del comercio internacional, la multiculturalidad de la sociedad actual, la circulación de personas, bienes y capitales, entre otros. Según la Exposición de motivos, los aspectos estructurales en los que descansa la propuesta serían los siguientes:

(i) La incorporación transversal de normas de conflicto materialmente orientadas, facilitando la “búsqueda de soluciones justas del caso concreto”, ya que concibe que su función es “satisfacer valores, y entre ellos, el de la justicia”;

(ii) La flexibilización del acentuado territorialismo chileno, permitiendo la aplicación del derecho extranjero; establecer a la residencia habitual como factor de conexión central en la determinación del derecho aplicable a la persona;

(iii) La consagración de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales, “reconociendo expresamente la facultad de las partes a elegir el derecho aplicable al contrato, incluso no estatal”.

(iv) Dar cabida a la elección del derecho aplicable por voluntad de las partes en materia de personas y familia, incluyendo el matrimonio, facilitando “el reconocimiento de su identidad cultural y a la continuidad espacial de las relaciones familiares”.

(v) La regulación sistemática de la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos, precisando hipótesis de competencia exclusiva y reconociendo a las partes la facultad de celebrar acuerdos de elección de foro.

(vi) El establecimiento de un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, consagrando el principio básico de reconocimiento.

(vii) Por último, la incorporación una regulación novedosa de la cooperación jurídica internacional en materia civil, comercial, administrativa y familiar.

El Anteproyecto consta de 93 artículos distribuidos en seis Títulos: Normas Generales (I), Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos (II), Derecho aplicable (III), Reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones extranjeras (IV), Cooperación jurídica internacional (V) y Normas transitorias (VI). El Título V (artículos 77 al 86) regula la asistencia judicial con autoridades jurisdiccionales extranjeras. Seguidamente revisaremos sus normas.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, suscrita por Eduardo Picand Albónico en su calidad de Presidente de la Comisión Redactora del Proyecto en materia de cooperación judicial internacional es “precisar los requisitos y condiciones para que las autoridades chilenas puedan cooperar jurídicamente con autoridades extranjeras en la administración de justicia”²⁵. En este ámbito, el Anteproyecto se inspira claramente en las Convenciones interamericanas sobre cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas en el extranjero, de las que Chile es parte.

El Título V se divide a su vez en cuatro capítulos: I) referido a los exhortos y cartas rogatorias; II) aborda la obtención internacional de alimentos; III) trata sobre los procedimientos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes y IV) atinente a las visitas internacionales.

Veamos seguidamente lo que dispone el Capítulo I del Título V. El artículo 77.1, circunscribe el ámbito de la cooperación a la materia civil, comercial, administrativa, laboral y familia²⁶.

²⁵ Picand Albónico, Eduardo, Exposición de Motivos, Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, 2019, p. 20.

²⁶ Art. 77. Objeto. 1. La presente ley regula la cooperación jurídica internacional entre las autoridades judiciales o arbitrales chilenas y extranjeras en materia civil, comercial, administrativa, laboral y de familia.

2. Podrán solicitar cooperación jurídica internacional en los términos de esta ley todos los tribunales mencionados en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

El numeral 3 del mismo artículo establece la obligación/deber de cooperar con autoridades extranjeras, aun cuando no exista tratado internacional; lo que representa un avance respecto del ordenamiento jurídico vigente, ya que al no haber una disposición expresa que constriña la colaboración, normalmente se acude a la discutible práctica de aplicar disposiciones del Código Bustamante para acceder a la cooperación con Estados que no tienen un convenio vigente en la materia con Chile.

El artículo 77.4 se enumera el contenido de la cooperación, con acento fundamental en actos de mero trámite y diligencias probatorias. No se incluyen diligencias en materia cautelar, probablemente por la práctica del foro de considerarlas como materia de ejecución de sentencias y, por lo tanto, requerir un procedimiento de exequátur.

El artículo 78²⁷ prefigura la designación de una autoridad central, bajo la influencia de las Convenciones interamericanas sobre cartas rogatorias y sobre recepción de pruebas en el extranjero. Cuando no haya un tratado internacional vigente, el rol de autoridad central lo asume la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 79²⁸ promueve una comunicación directa entre autoridades nacionales y extranjeras en el marco de la cooperación judicial.

El artículo 80²⁹ postula que la autoridad central es el conducto para remitir las solicitudes activas de cooperación al extranjero, admitiendo cualquier medio que garantice la

3. Las autoridades chilenas cooperarán con las autoridades extranjeras en las materias objeto de esta ley, aunque no existan tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes con el Estado al que pertenece dicha autoridad.

4. El presente capítulo se aplicará a los actos de cooperación jurídica internacional y de obtención y práctica de pruebas. La asistencia comprenderá, entre otros, los siguientes actos:

- a) notificación de resoluciones y sentencias;
- b) recepción de testimonios y declaraciones de personas;
- c) citación de testigos y peritos a fin de que rindan testimonio o informen, en su caso;
- d) práctica de medidas precautorias y embargo de bienes;
- e) realización de inspecciones o incautaciones;
- f) examinar objetos y lugares;
- g) desplazamiento al extranjero de autoridades judiciales chilenas o autorización para que autoridades judiciales extranjeras puedan intervenir en diligencias procesales realizadas en Chile;
- h) exhibición de documentos judiciales;
- i) obtención y remisión de documentos, informes, información y elementos de prueba, y
- j) cualquier otra diligencia de mero trámite o de prueba, siempre que hubiere acuerdo entre el Estado requirente y el Estado requerido.

²⁷ Art. 78. Autoridad central. 1. Las solicitudes de cooperación jurídica internacional se recibirán o enviarán desde o hacia el extranjero, respectivamente, a través de la autoridad central designada al efecto, la que deberá velar por su oportuna tramitación y cumplimiento de los requisitos formales de admisibilidad previstos en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes y, en subsidio, en los señalados en esta ley.

2. A falta de tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes en esta materia, las funciones de autoridad central serán cumplidas por la Corte Suprema.

²⁸ Art. 79. Comunicaciones judiciales directas. Sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, los tribunales chilenos estarán autorizados para mantener comunicaciones judiciales directas con autoridades judiciales extranjeras, siempre que se respete la legislación en vigor en cada Estado.

²⁹ Art. 80. Transmisión de exhortos internacionales hacia el extranjero. 1. Los exhortos o cartas rogatorias que formulen las autoridades judiciales chilenas serán remitidas al extranjero a través de la autoridad central de Chile.

seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y la autenticidad y legibilidad de los documentos, incluyendo las tecnologías de comunicación y de certificación.

El artículo 81 establece un examen de admisibilidad formal de las solicitudes procedentes del extranjero, así como el “lugar con el cual las diligencias guarden una relación más estrecha” como criterio para designar al tribunal encargado de gestionar la solicitud. Una vez ejecutadas, las solicitudes se devolverán con sus resultados a la autoridad extranjera de la misma forma y por la misma vía en que fueron enviadas a Chile³⁰.

El artículo 82 enumera los requisitos que deben cumplir los requerimientos de ayuda, tanto los provenientes del extranjero como los emitidos por los tribunales chilenos³¹.

El artículo 83.1 estipula por regla general que la ley aplicable a las solicitudes de cooperación es la del foro, admitiéndose excepcionalmente la posibilidad de ejecutar “trámites especiales” a sugerencia de la autoridad extranjera. Se configuran criterios de rapidez y oportunidad para ejecutar las solicitudes, así como se admite el uso de tecnologías idóneas para este efecto³².

El artículo 84 recoge las causales de denegación de los exhortos, tales como: la manifestación contraria al orden público internacional de Chile o la competencia exclusiva de los tribunales chilenos sobre la materia objeto de la cooperación; la imposibilidad de ejecución

2. La transmisión podrá realizarse por cualquier medio que garantice la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones y que los documentos sean auténticos y legibles, incluidos correos electrónicos institucionales con firma electrónica.

³⁰ Art. 81. Transmisión de exhortos internacionales provenientes desde el extranjero. 1. Previo al examen de admisibilidad formal que realice la autoridad central de Chile, los exhortos o cartas rogatorias que reciba desde el extranjero serán transmitidos para su ejecución al tribunal correspondiente al lugar donde deba ejecutarse la diligencia.

2. Si debieren realizarse diligencias en más de un territorio jurisdiccional, podrá encargarse la ejecución de todas ellas al mismo tribunal del lugar con el cual las diligencias guarden una relación más estrecha.

3. Una vez ejecutados, los exhortos o cartas rogatorias y la documentación que dé cuenta de su cumplimiento serán remitidos a la autoridad extranjera requirente de la misma forma y por la misma vía en que fueron remitidos a Chile.

³¹ Art. 82. Requisitos formales de admisibilidad de los exhortos o cartas rogatorias. Las solicitudes de cooperación jurídica internacional que formulen las autoridades judiciales chilenas y aquellas que se reciban desde el extranjero, deberán mencionar y acompañar:

1. La identificación de la autoridad requirente y requerida;
2. La naturaleza y objeto del juicio o gestión en que se formula;
3. El nombre y domicilio de las partes o intervinientes del proceso, así como de la persona a que se refiere la diligencia. Los datos que se entreguen no podrán ser utilizados para fines diversos a los de la solicitud, sin expresa autorización de la autoridad del Estado requirente;
4. Una copia de la solicitud y resolución judicial que ordena el envío y tramitación del exhorto o carta rogatoria;
5. Una descripción detallada de la diligencia solicitada y del plazo para su ejecución;
6. Una traducción fiel de los documentos remitidos al idioma del Estado requirente o requerido;
7. La legalización o apostilla de los documentos remitidos, en caso de que corresponda, y
8. Cualquier otro documento que sea necesario para la correcta ejecución de la diligencia.

³² Art. 83. Ejecución de las solicitudes en Chile. 1. Las diligencias que deban practicarse en Chile se ejecutarán conforme a la legislación chilena, sin perjuicio de que la autoridad extranjera pueda sugerir algún trámite especial en la ejecución.

2. Las diligencias deberán realizarse con rapidez y oportunidad, pudiendo utilizarse para ello cualesquiera medios técnicos y electrónicos de comunicación que fueran necesarios, incluida videoconferencia para la práctica de pruebas testimoniales y periciales entre la autoridad judicial chilena y extranjera.

oportuna de la solicitud y el incumplimiento de los requisitos formales mínimos para su trámite³³.

El artículo 85 se refiere al tema de los gastos y costas, los que correrán a cargo de los interesados a cuya instancia se formula la solicitud.

El artículo 86 regula la práctica y obtención de pruebas; las condiciones para la ejecución de solicitudes probatorias procedentes del extranjero y para la eficacia en Chile de la prueba recibida en el extranjero³⁴.

El Capítulo II contiene un único artículo referido a la “Obtención internacional de alimentos”, que establece la competencia de los tribunales que conocerán de estas solicitudes y remite a los procedimientos vigentes en la legislación interna en esa materia³⁵.

El Capítulo III regula la “Sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes”, a través del establecimiento, en su artículo 89³⁶, del tribunal competente para conocer de este tipo de solicitudes, así como un detallado procedimiento en su artículo 90, que contempla, entre otros:

(i) La obligación de emitir una orden de localización del niño, niña o adolescente³⁷.

³³ Art. 84. Motivos de denegación. 1. Las autoridades judiciales chilenas denegarán las solicitudes de cooperación jurídica internacional cuando:

- a) El objeto o finalidad de la cooperación solicitada sea manifiestamente contrario al orden público internacional de Chile o se trate de una materia de competencia exclusiva de los tribunales chilenos;
- b) No sea posible ejecutar la diligencia dentro del plazo solicitado por el tribunal requirente, o
- c) La solicitud de cooperación internacional no reúna el contenido y requisitos formales mínimos exigidos para su tramitación.

2. Se comunicará a las autoridades requirentes la resolución motivada por la que se deniega la solicitud de cooperación.

³⁴ Art. 86. De la práctica y obtención de pruebas. 1. Cuando se solicite en Chile la práctica de una prueba con anterioridad al inicio del procedimiento judicial extranjero, se exigirá que la práctica anticipada de la prueba sea admisible conforme a la legislación chilena.

2. La prueba practicada en Chile que haya de surtir efectos en un proceso extranjero deberá respetar las garantías previstas en la legislación chilena y practicarse conforme a la normativa procesal chilena.

3. La prueba practicada y obtenida en el extranjero sólo producirá efectos en un proceso judicial en Chile si respeta las garantías previstas en la ley chilena y en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

4. Si se requiriere tomar declaración a una parte o testigo, la solicitud deberá indicar los datos de identificación de esa persona; las preguntas que hayan de formularse o los hechos sobre los que ella debiera declarar; la solicitud de recibir la declaración bajo juramento o promesa de decir la verdad e informar acerca del derecho de la persona citada a negarse a declarar según la ley del Estado requirente, además de cualquier otra información necesaria para la realización de la diligencia solicitada.

³⁵ Artículo 88. Obtención internacional de alimentos. Las solicitudes de obtención internacional de alimentos que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados con competencia en materias de familia y conforme al procedimiento que indique la ley chilena. No se exigirá mediación previa obligatoria en estos casos.

³⁶ Art. 89. Tribunal competente. Será competente para conocer de la solicitud o demanda de ubicación y búsqueda de un niño, niña o adolescente sujeto a sustracción internacional el Juzgado de Familia del domicilio presunto del niño o niña. Si en la comuna respectiva existiere más de un Juzgado de Familia, el conocimiento de dicha solicitud corresponderá al que se designe conforme a las reglas generales de distribución de causas.

³⁷ 1. Orden de localización. Ingresada la solicitud, el tribunal deberá emitir, cuando corresponda, para las distintas instituciones del Estado, las respectivas órdenes que fueren pertinentes para asegurar la ubicación del niño, niña o adolescente en el territorio chileno.

(ii) El aseguramiento del niño, niña o adolescente³⁸ a través de una orden de arraigo en el territorio nacional.

(iii) El principio de ausencia de formalidades³⁹.

(iv) La suspensión de todo proceso que verse sobre el fondo de la guarda o custodia del niño, niña o adolescente⁴⁰.

(v) El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído⁴¹.

(vi) Un plazo abreviado para proveer las solicitudes⁴².

(vii) Las notificaciones⁴³.

(viii) La audiencia única⁴⁴.

³⁸ 3. Aseguramiento nacional del menor. Ingresada la solicitud, deberá decretarse, en forma inmediata, la orden de arraigo del niño o niña. Podrá, asimismo, disponer el tribunal la entrega del pasaporte del niño o niña, si contare con uno.

³⁹ 2. Ausencia de formalidades. No deberán requerirse legalizaciones ni otras formalidades similares a la documentación que se presente, salvo que estuviere redactada en otro idioma, en cuyo caso deberá acompañarse una traducción fiel al idioma castellano.

⁴⁰ 6. Suspensión de procedimientos en curso. Mientras se tramita la solicitud de restitución, quedarán en suspenso los procesos tendientes a resolver sobre el fondo de la guarda o custodia del niño, niña o adolescente que estuvieren en trámite.

⁴¹ 9. Derecho a ser oído. En la audiencia única, el tribunal deberá oír al niño, niña o adolescente, y se tendrá en consideración su opinión, atendida su edad y madurez.

⁴² 4. Plazo máximo de resolución. La solicitud deberá ser proveída en un plazo que no podrá exceder las 48 horas siguientes a su presentación, citándose a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba para dentro de quinto día hábil, plazo que deberá contarse desde la última notificación. En la misma resolución se designará un curador *ad litem* para el o los niños, niñas o adolescentes y se ordenará su notificación junto con las demás partes. 5. Comparecencia. El solicitante estará eximido de comparecer obligatoriamente en forma personal, bastando la comparecencia de su apoderado o apoderados a la audiencia única.

⁴³ 7. Notificación. La resolución que cite a audiencia única se notificará por un funcionario *ad hoc* que el juzgado designará en su caso. La parte demandante podrá contratar un receptor judicial particular, si así lo deseara. Si el notificado no fuere habido, bastará que el ministro de fe certifique que se trata de su morada para notificarlo conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, sin necesidad de establecer que éste se encuentra en el lugar del juicio. Si no pudiera realizarse la notificación en esa forma, la resolución se notificará al defensor público, quien deberá asumir la representación del ausente.

⁴⁴ 8. Audiencia única. La audiencia única procurará, en principio, asegurar el retorno seguro del niño, niña o adolescente a su lugar de residencia habitual o facilitar una solución amigable, y tendrá por objeto lo siguiente:

a) Establecer si el niño, niña o adolescente se encuentra en Chile;

b) Establecer si el traslado o retención del niño, niña o adolescente ha sido ilícito; y

c) Determinar si conforme los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, concurre alguna circunstancia que autorice el rechazo a la solicitud de restitución del niño, niña o adolescente.

Atendida la naturaleza y urgencia del procedimiento, en la audiencia única se deberá ratificar oralmente la demanda, contestar la demanda de manera oral si no se lo ha hecho previamente por escrito, promoverse la conciliación y fijar los hechos a probar y las convenciones probatorias acordadas, si las hubiere.

No se admitirán cuestiones previas, incidentes ni reconvenciones que obsten a la prosecución del trámite. El tribunal rechazará de plano toda excepción fuera de las enumeradas en los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes sobre esta materia.

Si fuere necesario rendir prueba, las partes deberán producirla en la audiencia única, la que se apreciará de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

El número de testigos se limitará a tres por cada parte.

En la audiencia se escuchará la opinión del Consejo Técnico si ha sido citado a la audiencia y las observaciones que a las partes les merezca la prueba, con derecho a replicar respecto de las conclusiones argumentadas por la parte contraria.

El tribunal podrá disponer, de oficio, que se acompañen todos los medios de prueba de que tome conocimiento o que, a su juicio, resulte necesario producir en atención a la acción intentada. Dichas diligencias deberán evacuarse dentro del plazo máximo de quince días hábiles, al cabo del cual aquellas que no hubieren sido cumplidas se tendrán por no decretadas. Para tal efecto, el tribunal deberá citar a audiencia de continuación para una fecha no posterior a los quince días hábiles, contados desde la fecha de la audiencia única.

(ix) La sentencia⁴⁵ y los recursos para impugnarla⁴⁶.

(x) La ejecución de la sentencia⁴⁷.

Finalmente, el Capítulo IV contempla un solo artículo⁴⁸ y se refiere al régimen de visitas internacionales, estableciendo el tribunal competente para conocer de las solicitudes y remitiendo al procedimiento ordinario interno de Chile.

Una particularidad del Anteproyecto de ley en el ámbito de la cooperación internacional es la atención que se le brinda a cuestiones de índole familiar, en particular los relacionados con alimentos, sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes y régimen de visitas internacionales.

Una explicación pudiera estar en que la gran mayoría de las solicitudes de cooperación judicial internacional tramitadas por la Corte Suprema de Justicia son en materia familiar, llegando a duplicar aquellas del ámbito estrictamente civil. En efecto, en 2024, de un total de 745 exhortos gestionados, 471 (63%) eran de asuntos familiares, mientras que un 37% en materia civil. En 2025 las proporciones son similares: de 766 solicitudes, 510 (67%) versaban sobre temas de familia, mientras que 256 (33%) eran de otras materias civiles⁴⁹.

Esto refleja que la intención de los proyectistas parece ser la de brindar herramientas para la solución de problemas característicos de la realidad chilena y es un aspecto muy positivo del anteproyecto, ya que sería previsible un impacto positivo en un ámbito bien representativo de la práctica del foro.

⁴⁵ 10. Sentencia. Una vez concluido el debate, el juez comunicará de inmediato su veredicto, indicando los fundamentos principales tomados en consideración para emitirlo.

Excepcionalmente, cuando la audiencia se hubiere prolongado por más de un día, se podrá postergar la decisión del caso hasta el día siguiente hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que el veredicto será comunicado.

El juez podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días hábiles.

⁴⁶ 11. Recursos. La sentencia definitiva sólo será impugnante a través del recurso de apelación, el que deberá interponerse dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde la notificación respectiva. El recurso será distribuido por el presidente de la corte dentro de los cinco días hábiles siguientes a su ingreso, sin esperar la comparecencia de las partes, y se conocerá en cuenta, salvo que aquellas soliciten alegatos, caso en el cual se agregará preferentemente a la tabla.

Contra la sentencia que se pronuncie sobre el recurso de apelación no procederá recurso alguno.

Las demás resoluciones que se dicten durante la sustanciación del procedimiento sólo serán susceptibles de recurso de reposición.

⁴⁷ 12. Ejecución de la sentencia y traslado seguro. Los tribunales de familia adoptarán de oficio todas las medidas que sean necesarias para cautelar el traslado seguro del niño, niña o adolescente al Estado de su residencia habitual. El tribunal fijará un plazo razonable para llevar a cabo el traslado.

Tratándose de niños, niñas o adolescentes que sean restituidos a Chile en el contexto de solicitudes de restitución internacional tramitadas en el extranjero, los tribunales de familia podrán adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar su retorno seguro, incluso antes de su ingreso a Chile.

⁴⁸ Art. 91. Régimen comunicacional internacional. Las solicitudes de régimen comunicacional internacional que se inicien en Chile se tramitarán ante los juzgados de familia competentes y conforme al procedimiento ordinario establecido en la ley chilena. En estos casos, no se exigirá mediación previa obligatoria.

⁴⁹ Los datos son tomados de informes estadísticos oficiales publicados en el sitio web “Poder judicial en números” (<https://numeros.pjud.cl/Inicio>).

En líneas generales, sin desmerecer el equilibrio entre el mantenimiento de figuras vigentes e innovadoras, de convertirse en ley, el proyecto representaría un avance decidido del Derecho internacional privado chileno hacia su actualización, superando el anclaje a una legislación decimonónica, territorialista, dispersa, limitada e insuficiente, para así adaptarse a las necesidades que impone la apertura económica y comercial que Chile ha escogido como camino en las últimas décadas, bajo la influencia de los tratados internacionales suscritos que han permitido renovar la disciplina.

IV. Las decisiones de los tribunales y la cooperación judicial internacional

A. ¿Es la jurisprudencia una fuente en materia de Derecho internacional privado?

La jurisprudencia en Chile tradicionalmente ha tenido un valor relativo y circunscrito a los casos concretos, sin que sea posible dar lugar a normas de carácter general ni con carácter de precedente, según lo establecido en el artículo 3, inciso 2 del Código Civil: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

Pablo Bravo-Hurtado⁵⁰ atribuye el origen de esta regulación a la influencia ideológica ejercida por la revolución francesa en Chile, en su lucha contra el rol conservador de los jueces del *Ancien Regime*, a través de cuatro mecanismos de neutralización de la actividad judicial: la separación de poderes como aislamiento/subordinación de la judicatura (el juez como “boca de la ley”, según Montesquieu), la preeminencia de la ley y la insignificancia de la jurisprudencia en la teoría de las fuentes, la codificación legal como mecanismo para reducir la discrecionalidad del juez y la casación como fiscalización de la aplicación judicial de la ley mediante la anulación de sentencias.

Por tanto, sin perjuicio de la Constitución como fundamento del orden jurídico, la ley es la fuente de Derecho por excelencia en Chile⁵¹. Más allá de que, como ha sostenido Kelsen, no tiene sentido la discusión sobre el valor de la jurisprudencia como fuente⁵² y que, según lo arriba señalado sobre la prohibición de sus efectos generales (es decir, que trasciendan a los

⁵⁰ Bravo-Hurtado, Pablo, Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho, en: *Revista Chilena de Derecho*, 2013, Vol. 40, No. 2, p. 553.

⁵¹ No obstante, el proyecto original de Código Civil redactado por Andrés Bello se refería a la jurisprudencia como fuente en su artículo 9 de la siguiente manera: “Los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto aplicables al caso especial sometido a su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una Corte Superior o Suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales”.

⁵² “La pregunta no es si las decisiones judiciales son fuente de derecho (expresión equívoca, no unívoca), dado que las normas jurídicas individuales (producidas a través de la sentencia judicial) también son derecho... Aplicación del derecho es de consuno producción del derecho (...) La cuestión es si la aplicación reiterada y sistemática de las normas individuales creadas mediante sentencias judiciales preexistentes (“precedentes”) en casos semejantes tiene efectivamente un carácter obligatorio y, en definitiva, su incidencia o no en el rol político jurídico” (Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 244).

casos donde sean pronunciadas) tiene su origen en una formulación política y orgánica insoslayable (estableciendo la supremacía del Poder Legislativo en lo concerniente a la formulación de normas generales), lo cierto es que los fallos anteriores son usados por los tribunales en Chile como un apoyo adicional en sus decisiones (según la escala de Mac Cormick y Summers⁵³, cit. Por 560), especialmente cuando haya una percepción de que la postura jurídica que buscan posicionar es endeble por sí sola.

Una reforma del Código de Procedimiento Civil (Ley 19374, de 1995), sentó las bases para una modificación de ese panorama, a través del establecimiento de un “recurso de unificación de jurisprudencia” en su artículo 780, según el cual, interpuesto un recurso de casación en el fondo, “cualquiera de las partes podrá solicitar..., que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal”, fundamentándose en que la Corte Suprema, “en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso”.

El profesor Hernán Corral Talciani ha señalado que esta disposición establece un mecanismo para configurar un precedente judicial vinculante⁵⁴; por lo que, en los casos que se presenten nuevamente ante la Corte, “ésta deberá pronunciarse conforme a lo establecido en la *ratio decidendi* de la sentencia, sin necesidad de que nuevamente se haga intervenir al pleno”.⁵⁵ En efecto, cabe esperar que las decisiones pronunciadas en el marco de un recurso de unificación establezcan un criterio uniforme de interpretación para la Corte y, por esa vía, para los tribunales inferiores.

⁵³ Estos niveles son: 1) Vinculación formal (o *formal bindingness*), que bien puede ser a) sin posibilidad de modificación o revocación (sin *overruling*), b) sujeta a modificación (con *overruling*); 2) sin vinculación formal, pero con fuerza (*not formally binding but having force*), distinguiéndose: a) fuerza derrotable (*defeasible force*) y b) fuerza compensable (*outweighable force*), dependiendo de si se aplican excepciones o argumentos en contra, respectivamente; 3) sin vinculación formal ni fuerza, pero proveyendo apoyo adicional (*providing further support*); 4) presentar un mero valor ilustrativo o de otro tipo (*mere illustrativeness or other value*). Mac Cormick y Summers afirman que en los sistemas de *civil law* están dentro de un rango en el que se reconoce fuerza a los precedentes (nivel 2), el rol de apoyo adicional (nivel 3) o al menos valor ilustrativo. A partir de esta afirmación, Bravo-Hurtado comparte que Chile pareciera encontrarse “en algún punto intermedio” entre los niveles 3 y 4: “encontrar un fallo de un tribunal superior que vaya en la misma línea sirve para legitimar una decisión que, sin otro antecedente, aparece jurídicamente débil” (nivel 2), pero “si la postura puede ser sólida solo en base a los estatutos legales involucrados, el juez no gastará tiempo en buscar fallos sobre el asunto”, pudiendo darse casos donde los jueces citen fallos con valor meramente ilustrativo (nivel 4); sin embargo, esto pudiera verse como “un lujo para jueces sobrecargados de casos”. Bravo-Hurtado, Hacia los precedentes en Chile..., ob. cit., p. 562.

De acuerdo con la Historia de la Ley No. 19374, el precepto tiene por finalidad “establecer un mecanismo encaminado a contribuir a lograr una mayor uniformidad en la jurisprudencia, permitiendo que se pueda solicitar que resuelva el pleno, en caso de que el máximo tribunal, en distintos fallos, haya sostenido interpretaciones diferentes sobre la materia de derecho en que incide el recurso”.

⁵⁴ Corral Talciani, Hernán, Pleno de Corte Suprema y prescripción de la responsabilidad civil por violación de Derechos Humanos, en: *El Mercurio*, 6 de febrero de 2013.

⁵⁵ De lo contrario, al considerarse que la resolución del pleno tendrá efectos relativos a la causa en que se pronunció, desnaturalizaría la finalidad del artículo 780, además de constituir una flagrante violación del derecho constitucional de la igualdad ante la ley (Corral Talciani, Pleno de Corte Suprema..., ob. cit.). Hans Kelsen considera que un tribunal (particularmente uno de última instancia) puede recibir la facultad de producir normas generales a través de sentencias con valor de precedente, “cuando cuenta con competencia, en determinadas circunstancias, para resolver un caso sin aplicar una norma general ya válida de derecho material, sino conforme a su discrecionalidad; es decir, para producir una norma jurídica individual, cuyo contenido no está predeterminado por ninguna norma general de derecho positivo” (Kelsen, *Teoría Pura*..., ob. cit., p. 259).

El impacto de la disposición en el ámbito del Derecho internacional privado hasta el momento ha sido nulo, ya que no se conocen recursos de unificación en casos con elementos extranjeros, probablemente por el limitado número de causas de este tipo sometidas a la Corte Suprema que puedan ocasionar interpretaciones contradictorias de la ley.

El anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado, siguiendo la tradición chilena, no contempla a la jurisprudencia como fuente, solo a los tratados internacionales y la ley. Solo con el paso del tiempo, en la medida en que se interpongan estos recursos, podrá saberse si dicha figura tendrá el impacto positivo que se esperaba en la configuración de un corpus de decisiones que puedan ser consideradas con valor de precedente y que, como tales, sean acatadas por otros juzgados en casos semejantes.

B. Casos en procedimientos de cooperación judicial internacional

Entendido que la jurisprudencia no es fuente de normas generales en el ordenamiento jurídico chileno, y que las decisiones de otros tribunales son usualmente citadas por los jueces para reforzar posturas jurídicas que no encuentran asidero firme en la legislación o con un valor meramente ilustrativo, lo cierto es que no podemos soslayar su utilidad para el estudio de la práctica forense en un ámbito determinado.

A continuación, se presenta una serie de casos que consideramos de interés para ilustrar cómo los jueces del foro ejecutan las solicitudes de cooperación judicial internacional, tanto las dirigidas al extranjero (solicitudes activas), como las procedentes de otros países (solicitudes pasivas).

1. Procedimiento activo

Cuando Chile es el país requirente, el procedimiento administrativo comienza cuando el tribunal de la causa dicta la resolución que le da curso al exhorto, enviando los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia en su calidad de Autoridad Central.

(i) La Sala designada realiza una revisión formal del exhorto y sus anexos para evaluar la viabilidad de estos, es decir, que sean suficientes para su debido entendimiento. En caso contrario, se comunicará por la vía más expedita con el Tribunal exhortante para que los complete o rectifique.

(ii) Se conforma el expediente, seleccionando las piezas que se enviarán con motivo del exhorto o carta rogatoria y sus documentos anexos.

(iii) Traducción: en el caso de ser necesaria, será de costo y responsabilidad de la parte interesada. Se le dará el plazo de 1 mes al interesado para que efectúe el trámite. Transcurrido este lapso sin que se haga entrega a la Corte Suprema de la traducción pertinente, se le comunicará que, de no realizar la gestión al cabo de 3 meses, el exhorto será archivado o devuelto al tribunal de origen.

(iv) Remisión a la Autoridad Central competente: cuando es acogida la tramitación del exhorto, la remisión se efectúa mediante oficio dirigido a la Autoridad Central competente del Estado requerido, siendo despachado mediante el servicio de distribución de correspondencia que determine y financie la Corporación Administrativa del Poder Judicial, que será la encargada de contratar el servicio que asegure rapidez, eficiencia y eficacia en el envío de la documentación, garantizando la custodia y protección de los datos reservados, para lo cual contará con un aprovisionamiento anual de dichos recursos.

(v) Seguimiento del exhorto: una vez que el exhorto sea dirigido a la Autoridad Central requerida, se contabiliza el plazo de 2 meses para comunicarse con ella y solicitar información, por la vía más expedita, acerca del estado de su diligenciamiento.

(vi) Reingreso del exhorto diligenciado: una vez que el exhorto es diligenciado por la Autoridad Central correspondiente y remitido a la Corte Suprema como Autoridad Central, se incorporan los antecedentes al exhorto, de lo cual se dará cuenta al Presidente de la Corte Suprema para que dicte la resolución que en derecho corresponda.

(vii) Remisión del exhorto: se realiza mediante oficio dirigido al Tribunal de origen.

- Caso 1: En juicio ordinario por indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, rol C-3321-2024, Juzgado de Letras de Colina, caratulado: CONSTRUCTORA DIGUA LTDA/SAINT-GOBAIN WEBER CHILE S.A., la demandada presenta una lista de testigos en el término probatorio, dos de los cuales se encuentran uno en Brasil y otro en Portugal, respectivamente; solicitando sendos exhortos para la recepción de la prueba testimonial. El tribunal de la causa denegó la solicitud, al considerar que no se cumplían los extremos del artículo 331 numeral del Código de Procedimiento Civil, que permite el aumento extraordinario de plazo para rendir prueba fuera de la República⁵⁶; “No existiendo fundamentos que justifiquen la declaración fuera del territorio de la república”.

Presentado recurso de apelación, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la solicitud de la demandada sí cumplía con lo preceptuado en la norma señalada, revocó la resolución que denegaba el exhorto y en su lugar accedió a él, ordenando al tribunal a su trámite. En nuestro criterio, la decisión de la Corte se ajusta al Derecho vigente, ya que la solicitud presentada por la parte contenía la identificación y dirección de los testigos y además, la redacción del artículo no implica que la exigencia de un antecedente que justifique la declaración en el extranjero sea cumulativa y no alternativo, como lo sugiere la preposición “o”.

⁵⁶ Art. 331 (320). No se decretará el aumento extraordinario para rendir prueba fuera de la República sino cuando concurren las circunstancias siguientes:

(...)

3a. Que, tratándose de prueba de testigos, se exprese su nombre y residencia o se justifique algún antecedente que haga presumible la conveniencia de obtener sus declaraciones.

- Caso 2: En juicio ordinario de cumplimiento de contrato con indemnización de perjuicios, rol C-13498-2006, Octavo Juzgado de Letras de Santiago, caratulado TERSIANOS SA/GEA PROCESS ENGINEERING CHILE, el tribunal sentenció a la demandada al pago de una suma de dinero y acogió la demanda reconvenzional, quedando las obligaciones recíprocas de las partes extinguidas por compensación hasta la concurrencia de la de menor valor.

Contra dicho fallo apeló la demandada, la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó la nulidad impetrada y confirmó la sentencia en alzada. Contra esta decisión se presentó recurso de casación en la forma, considerando se le negó la prueba testimonial, habiendo presentado lista de testigos dentro del plazo probatorio, ya que tres de los cuatro testigos tenían domicilio en el extranjero, en Dinamarca e Inglaterra, por lo que solicitó el aumento extraordinario del término probatorio y el exhorto a los tribunales competentes de esos países.

Posteriormente, mediante la figura del entorpecimiento⁵⁷, se solicitó en dos ocasiones la concesión de nuevos términos, alegando la demora en el trámite de los exhortos ante la Corte Suprema de Justicia, en el primer caso, y posteriormente ante el Departamento de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la supuesta demora en la traducción al inglés de la rogatoria dirigida al Reino Unido y por la inexistencia de traductor el danés. Esta última solicitud fue negada y representa el fundamento de la solicitud de nulidad por indefensión que motiva el recurso de casación.

Al revisar los antecedentes, la Corte constató que el exhorto dirigido al Reino Unido fue devuelto por la autoridad requerida, “por cuanto faltaban detalles de la dirección del testigo para que el exhorto pudiera ser enviado a la sección de Procesos Extranjeros de la Real Corte de Justicia” y en cuanto al exhorto dirigido a Dinamarca consideró que no hubo diligencia en su tramitación.

Al respecto, la Corte acudió al principio dispositivo para fundamentar el rechazo del recurso de casación, al considerar que no hubo diligencia de la recurrente en el trámite de los exhortos internacionales, manifestando a tal efecto lo siguiente:

Que para resolver adecuadamente la controversia planteada en la litis es requisito indispensable examinar previamente los principios que informan el procedimiento civil. En dicho contexto, cabe señalar que el principio dispositivo consiste en que la intervención del juez en el proceso, en el inicio de éste y, en general su actividad en el mismo se encuentra condicionada a la actuación y requerimiento de las partes. Estas son las que poseen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, reconociéndoles

⁵⁷ Art. 339. El término de prueba no se suspenderá en caso alguno, salvo que todas las partes lo pidan. Los incidentes que se formulen durante dicho término o que se relacionen con la prueba, se tramitarán en cuaderno separado.

Si durante él ocurren **entorpecimientos** que imposibiliten la recepción de la prueba, sea absolutamente, sea respecto de algún lugar determinado, podrá otorgarse por el tribunal un nuevo término especial por el número de días que haya durado el entorpecimiento y para rendir prueba sólo en el lugar a que dicho entorpecimiento se refiera.

No podrá usarse de este derecho si no se reclama del obstáculo que impide la prueba en el momento de presentarse o dentro de los tres días siguientes...

la plena libertad en el ejercicio o no de sus derechos, la limitación del conflicto que se somete a la decisión del tribunal, el avance del procedimiento y al aporte de las pruebas que van a servir de base al tribunal, el avance del procedimiento y al aporte de las pruebas que van a servir de base al tribunal para resolver el conflicto (Cristián Maturana Miquel ?Disposiciones comunes a todo procedimiento?, Libro I, Facultad de Derecho Universidad de Chile, octubre 1998, pág. 58).

El principio dispositivo tiene un doble contenido, por un lado, la iniciativa de parte, el juicio civil no funciona sino a petición de parte interesada; y por otro, la limitación del material de conocimiento (el juez no conoce más materiales de hecho que los que le suministran las propias partes). (Eduardo Couture, “Estudios de derecho procesal civil”, Ediar Editores, Buenos Aires, 1948, p. 313).

En los casos anteriores, que versan sobre solicitudes de diligencias probatorias a realizarse en el extranjero en el marco de procedimientos ordinarios incoados ante tribunales chilenos, queda de manifiesto no sólo la necesidad e importancia de la cooperación internacional para un proceso determinado, y cómo la interpretación de las normas y los principios procesales (como es el caso del dispositivo) pueden afectar en el curso de las solicitudes de diligencias al extranjero.

2. Procedimiento pasivo

Cuando Chile es el Estado requerido, el procedimiento de tramitación será el siguiente:

(i) Recepción, ingreso y revisión formal del exhorto y sus anexos: una vez que se recibe el exhorto por la Autoridad Central, se le da ingreso, asignándole un número de ingreso y código de barras, que servirán para identificar y hacer el seguimiento computacional del exhorto. Luego se procede a su revisión formal, consistente en el examen de los antecedentes y la evaluación de su viabilidad, esto es, que sean suficientes para su debido entendimiento. En caso contrario, se comunica por la vía más expedita a la Autoridad Central requirente para que los complete o rectifique.

(ii) Remisión a tribunal competente: si el exhorto es acogido a tramitación por la Sala de la Corte que conozca de él, se remite el expediente desde la Corte Suprema al Tribunal exhortado.

(iii) Seguimiento del exhorto: dirigido el exhorto al Tribunal competente, se contabiliza el plazo de 1 mes para comunicarse con él y solicitar información por la vía más expedita, acerca del estado de diligenciamiento. De esta actuación se deja constancia electrónica en la historia del expediente, para que cualquier persona tenga acceso a la información, sin perjuicio de las reservas propias de cada materia o causa.

(iv) Devolución del exhorto tramitado: una vez diligenciado por el Tribunal respectivo y remitido a la Corte Suprema, se dará cuenta al señor Presidente para que dicte la resolución que en derecho corresponda, devolviéndose a la Autoridad Central requirente a través del

organismo utilizado por ésta para la remisión, debiendo contar para ello con los recursos financieros necesarios.

Según el artículo 350 del Código Orgánico de Tribunales, la Fiscalía judicial ante la Corte Suprema participa en determinados negocios judiciales y administrativos del Estado según lo requiera la ley⁵⁸; una de esas competencias es de carácter consultivo a requerimiento del tribunal respectivo, según lo dispone el artículo 359 del mismo Código⁵⁹. En la tramitación de los exhortos internacionales usualmente las Salas respectivas solicitan el dictamen del Fiscal respecto a las solicitudes; sin embargo, respecto de los casos en los cuales la Corte se ha constituido en Autoridad Central, no es necesario requerirlo.

- Caso 1: Informe del Fiscal Judicial a la Corte Suprema de Justicia No. 283-2024, Exp. 59136-2024, Exhorto internacional librado por el Tribunal de Distrito de Litomerice, República Checa sobre sucesión del difunto “RS”, que tiene por finalidad obtener el certificado de defunción del causante y asegurar el procedimiento referido a la sucesión de éste.

Revisados los antecedentes del caso y el contenido de la solicitud extranjera, el Fiscal considera lo siguiente:

La tramitación del presente exhorto se atiene a lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Civil y artículos 391 y 392 del Código de Derecho Internacional Privado, por no existir entre Chile y la República Checa Tratado sobre tramitación de exhortos judiciales en materia civil y ser estas normas de general aplicación por el gobierno.

- Caso 2: Fallo de la Corte Suprema, de 13 de enero de 2025, rol 389-25, Exhorto internacional proveniente del Juzgado de Primera Instancia No. 1 en lo Civil, Comercial, Laboral de Puerto Deseado, Provincia de Santa Cruz, República Argentina, a fin de inscribir en el Registro Civil e Identificación de Chile la sentencia que declaró la inscripción de la sentencia de restricción del pleno de ejercicio de la capacidad de los actos de administración y disposición con relación a “L.A.”, invocando los artículo 19 y 20 del Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los países del Mercosur y la República de Chile.

La Corte deniega la tramitación del exhorto, al considerar que la petición versa sobre un acto que corresponde a materia de exequátur, manifestando lo siguiente:

⁵⁸ Art. 350. La fiscalía judicial será ejercida por el fiscal judicial de la Corte Suprema, que será el jefe del servicio, y por los fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones.

Los fiscales judiciales están sujetos a las instrucciones que les imparta el jefe del servicio, verbalmente o por escrito, en los casos que este funcionario considere necesario seguir un procedimiento especial tendiente a uniformar la acción del referido ministerio.

Las funciones de la fiscalía judicial se limitarán a los negocios judiciales y a los de carácter administrativo del Estado en que una ley requiera especialmente su intervención.

En el presente Código sólo se trata de las judiciales.

⁵⁹ Art. 359: Pueden los tribunales pedir el dictamen del respectivo fiscal judicial en todos los casos en que lo estimen conveniente a excepción de la competencia en lo criminal.

...en la especie, esta gestión en los términos solicitados no podrá prosperar, pues lo pretendido excede los términos solicitados, pues, como ha quedado expuesto precedentemente, el Código de Procedimiento Civil ha establecido un procedimiento especial distinto al intentado, contemplado en los artículos 242 y siguientes de dicho cuerpo legal.

El primer caso evidencia la práctica común en el foro de acudir a las normas de un tratado internacional multilateral (el que contiene el Código Bustamante), en principio inaplicable, para suplir la ausencia de normas (internacionales e internas) en materia de cooperación judicial; mientras que el segundo caso, se deniega una solicitud procedente de Argentina para la inscripción, en el Registro Civil de Chile, de una sentencia pasada con autoridad de cosa juzgada, por considerar que la vía correcta no es mediante exhorto, sino a través del procedimiento de ejecución de sentencias extranjeras, esto es, de una solicitud de exequátur.

Conclusiones

En el presente trabajo, de acuerdo al propósito manifestado en la introducción, hemos intentado presentar el estado del arte en materia de cooperación judicial internacional. Al tal efecto, no solo hemos delimitado conceptualmente esta figura jurídica, sino también su regulación vigente en Chile, así la iniciativa para su reforma y actualización mediante el Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado presentado al Congreso, para finalmente presentar algunos casos tomados de la práctica en el marco de procedimientos activos y pasivos de cooperación.

Es un hecho bien reiterado que, en el mundo contemporáneo, globalizado e interconectado, la necesidad de cooperación entre las autoridades estatales de la comunidad internacional es cada vez mayor. Sin embargo, no por trillado es menos cierto. Muchos países han avanzado legislación que regula detalladamente esta materia (como es el caso de España con su Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil), otros simplemente han delineado de forma muy general el contenido (caso de Venezuela en su Ley de Derecho internacional privado); mientras que, en el caso específico de Chile, hay una propuesta muy prometedora de normas para llenar un vacío evidente, que se manifiesta en la práctica.

El Anteproyecto de Ley de Derecho internacional privado permanece, por así decir, con un lento avance en el Poder Legislativo, quizás soslayado por los imperativos baladíos de la política diaria; mientras tanto, cada año se incrementan los exhortos internacionales que ingresan a la autoridad central, tanto procedentes de extranjero, como los dirigidos hacia él, así como las solicitudes de exequátur, ya que la vida continúa su curso, las personas, cada vez más “topopoligámicas”, seguirán viajando, comerciando y manteniendo, en general, relaciones con personas de otros países.

De estos intercambios inevitablemente seguirán surgiendo diferencias, para lo cual es deseable que exista un marco regulatorio que permita decisiones que sean igualmente

previsibles y ajustadas a una “justicia material del caso concreto”, idea ésta que nos trae al recuerdo a la figura de Tatiana de Maekelt y que es uno de los principios que subyace en la propuesta chilena, según lo manifiesta su Exposición de Motivos. Sin duda, mucho ganaría Chile con su promulgación como Ley de la República, ya que vendría a suplir una carencia en un ámbito de creciente importancia para un país cada vez más abierto, en lo económico y social.

Consideraciones sobre el artículo 13 de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay

José Antonio Briceño Labori*

Bernardo Ramo Silva**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 133-153.

Resumen

Mediante el presente artículo se realiza un análisis del artículo 13 de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay en cuanto a sus antecedentes y contenido, estableciéndose además la posible utilidad de una norma similar para el sistema venezolano de Derecho internacional privado.

Abstract

This article analyzes Article 13 of the General Law on Private International Law of the Eastern Republic of Uruguay in terms of its background and content and also examines the potential utility of a similar provision for the Venezuelan system of private international law.

Palabras clave

Derecho comercial internacional. *Lex Mercatoria*. 3Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay. Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Keywords

International Commercial Law. Lex Mercatoria. General Law on Private International Law of Uruguay. Law on Private International Law of Venezuela. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts.

Sumario

Introducción. I. El artículo 13 de la Ley General de DIPr y sus antecedentes. A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. B. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. C. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales. D. Ley de Derecho internacional privado venezolana. II. El contenido del artículo 13 de la Ley General de DIPr. A. Primer inciso. B. Segundo inciso. C. Tercer inciso. D. Cuarto inciso. III. ¿Hace falta en Venezuela una norma similar? Conclusiones.

Nota de los autores: Agradecemos a los profesores Ruben Santos Belandro y Cecilia Fresnedo de Aguirre por su receptividad, su valiosa colaboración para ubicar bibliografía uruguaya sobre el tema y por la revisión del borrador de este artículo de investigación.

* Abogado, Universidad Central de Venezuela ("UCV"). Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Derecho Privado Patrimonial, Universidad Monteávila. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado, UCV y Universidad Católica Andrés Bello ("UCAB"). Secretario de Redacción del Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado.

** Abogado, UCV. Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Egresado del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje, Universidad Monteávila.

Introducción

La Ley No. 19.920 “Ley General de Derecho Internacional Privado. Derogación de la Ley 10.084 relativa al apéndice del Código Civil”³ (en lo sucesivo la “Ley General de DIPr”) es uno de los ejemplos más recientes en la región de promulgación de un instrumento particular e independiente para regular el núcleo de normas de Derecho internacional privado, uniéndose a otros países como Venezuela⁴, República Dominicana⁵ y Panamá⁶ que decidieron separar la regulación del Derecho internacional privado de fuente nacional del Código Civil y darle su propia ley. Si bien es un instrumento que transitó un camino de más de dos décadas hasta su promulgación⁷, se ha dicho que colocó al Uruguay en el Siglo XXI en lo que al Derecho internacional privado se refiere, actualizando el sistema uruguayo de fuente nacional que databa de 1941⁸.

La Ley General de DIPr contiene disposiciones de gran relevancia que ponen al día al Uruguay en cuanto a la regulación del Derecho internacional privado, entre los cuales se encuentran por ejemplo los artículos 45 y 60 que le dan a la autonomía de la voluntad en materia contractual el estatus de criterio general tanto en materia de Derecho aplicable como en materia de jurisdicción, respectivamente, y que en el sistema anterior no tenían⁹. Adicionales ejemplos los constituyen los artículos que integran el Capítulo I referido a las normas generales, el cual si bien está inspirado en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado adoptada en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo “CIDIP”), celebrada en Montevideo, Uruguay en 1979,

³ Promulgada el 27 de noviembre de 2020 y publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 2020. La misma entró en vigor el 16 de marzo de 2021 por una *vacatio legis* prevista en su artículo 63. Disponible en: <http://bit.ly/4udUaMQ> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁴ Ley de Derecho Internacional Privado, publicada en Gaceta Oficial No. 36.511 del 06 de agosto de 1998 y que entró en vigor el 06 de febrero de 1999. Disponible en: <https://bit.ly/4umLWIR> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁵ Ley No. 544-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, publicada en Gaceta Oficial No. 10787 del 18 de diciembre de 2014. Disponible en: <https://bit.ly/3ORcAEo> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁶ Ley No. 61 de 7 de octubre de 2015, Que subroga la Ley 7 de 2014, que adopta el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. Disponible en: <https://bit.ly/48UeMlp> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁷ Que se retrotrae a la Resolución No. 652/998 promulgada el 17 de agosto de 1998 y publicada en el Diario Oficial el 28 de agosto de 1998, mediante la cual se resolvió la “creación de grupo de trabajo para la elaboración de un anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado” presidido por Didier Operti Badán y compuesto también por Ronald Herbert, Berta Feder, Eduardo Tellechea Bergman, Marcelo Solari y Cecilia Fresnedo. Disponible en: <https://bit.ly/3OFoQYy> (fecha de última consulta: 11 de marzo de 2026). Operti Badán, Didier, Primera lectura (3.12.2020) de la Ley General de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay a cargo del Profesor Emérito de Derecho Internacional Privado Dr. Didier Operti Badán en el Aula “Tatiana Maekelt”, Caracas, 3 de diciembre de 2020, en: *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ediciones Idea, 2022, pp. 13-16.

⁸ Editorial Idea SRL, Presentación, en: *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ediciones Idea, 2022, p. 7.

⁹ Fresnedo de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920, en: *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ediciones Idea, 2022, pp. 219-220.

“profundiza algunas de sus soluciones y añade ciertos institutos jurídicos relevantes que faltaban en ella”¹⁰.

Ahora bien, dentro de las múltiples innovaciones de la Ley General de DIPr ha sido de nuestro especial interés el artículo 13 del referido instrumento, el cual reconoce expresamente al Derecho comercial internacional como un Derecho de carácter especial. De ahí que mediante el presente artículo nos aboquemos a dar unas breves notas sobre esta norma y su funcionamiento dentro de la Ley General de DIPr, planteando sus antecedentes (I) y su contenido (II) para, desde un punto de vista comparado y funcional, responder la pregunta de si en el sistema venezolano de Derecho internacional privado hace falta una norma similar (III).

Con este aporte nos unimos al merecido homenaje que se le hace al profesor Didier Operti Badán mediante el número 8 del Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, quien ha sido de gran influencia en el desarrollo del Derecho internacional privado interamericano, especialmente por su participación como delegado de la República Oriental del Uruguay en las ediciones primera a sexta de las CIDIP, siendo además el Presidente de la CIDIP-IV (Montevideo, 1989) y CIDIP-VI (Washington, 2002), lo cual es solo una pequeña parte de su amplio currículum. Además de ello, el profesor Operti Badán ha honrado siempre con su estima y hermandad a la cátedra venezolana de Derecho internacional privado, incluso con sus miembros más jóvenes, siendo siempre generoso con su amplio conocimiento. Con la fiel creencia de que los homenajes se deben hacer en vida, esperamos que nuestro modesto aporte sea de utilidad y que honre la gran influencia del homenajeado.

I. El artículo 13 de la Ley General de DIPr y sus antecedentes

Consideramos necesario hacer un recuento general de los antecedentes que dieron lugar a la Ley General de DIPr. Al observar su exposición de motivos¹¹, se puede apreciar en sus primeras líneas que las disposiciones en materia de Derecho internacional privado antes de la entrada en vigor de la referida ley se encontraban en el apéndice del Código Civil, según la Ley No. 10084 de 1942 y el Código General del Proceso, aprobado en la Ley No. 15982.

A pesar de reconocer su utilidad satisfactoria, la exposición de motivos del proyecto presentado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Ministerio de Educación y Cultura a la Asamblea General el 19 de enero de 2009, pone de manifiesto la necesidad de una Ley de Derecho internacional privado en Uruguay motivado entre otras cosas en: (i) la conveniencia de adaptarse a las nuevas realidades que se han producido en el plano internacional desde la década de los años 40; (ii) incorporar y unificar las soluciones nacidas del proceso de codificación internacional (del

¹⁰ Operti Badán, Primera lectura...op. cit., p. 32.

¹¹ Disponible en: <https://bit.ly/42cldMK> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

cual Uruguay ha sido protagonista) en un cuerpo normativo interno; y (iii) la aparición de nuevos agentes en el Derecho internacional como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en lo sucesivo “UNIDROIT”). Estos fenómenos conjuntamente germinaron una conciencia colectiva en el mundo académico y profesional jurídico para actualizar la legislación uruguaya en materia de Derecho internacional privado¹².

Nos parece relevante exaltar la loable labor del profesor Operti Badán quien tuvo la iniciativa de revisar y actualizar las normas de Derecho internacional privado en Uruguay en 1994, idea que presentó ante la Facultad de Derecho de la Universidad de la República¹³. Luego de constituido un grupo de trabajo para elaborar el proyecto de ley¹⁴, de enviar un proyecto inicial el Ministerio de Relaciones Exteriores (que para entonces estaba a cargo del profesor Operti Badán) a la Asamblea General el 14 de septiembre de 2004¹⁵ de ajustar y pulir su redacción, de presentar el texto al Ministerio de Relaciones Exteriores a finales de 2008 para que fuera enviado al Parlamento en 2009¹⁶, de ser presentado el 19 de enero de 2009 por el Poder Ejecutivo¹⁷, luego presentado nuevamente el 11 de septiembre de 2013 con leves modificaciones¹⁸, de ser inicialmente aprobado en 2016 y retomado su estado parlamentario en 2020¹⁹, siendo aprobada por la Asamblea General el 17 de noviembre de 2020, la Ley General de DIPr fue publicada el 16 de diciembre de 2020 y entró en vigencia en Uruguay el 16 de marzo de 2021²⁰.

Habiendo mencionado los necesarios antecedentes de la Ley General de DIPr, pasamos ahora a analizar los antecedentes del artículo 13 de la Ley General de DIPr (artículo 14 del proyecto de ley), cuyo texto es el siguiente:

Artículo 13. (Especialidad del Derecho comercial internacional).- Se reconoce al Derecho comercial internacional como un Derecho de carácter especial.

Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en convenciones internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del Derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1° de la presente ley.

Se consideran como fuentes materiales del Derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales

¹² *Ibidem*, pp. 1-5.

¹³ Operti Badán, Didier y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, El Derecho comercial en la Ley General de Derecho Internacional Privado Uruguay. Una primera aproximación, en: *Foro de Derecho Mercantil*, No. 26, Enero - Marzo 2010, p. 12.

¹⁴ Ver nota al pie 5.

¹⁵ Disponible en: <https://bit.ly/3Pf7PEH> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

¹⁶ Operti Badán, Didier y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *El Derecho comercial en la Ley General*..., ob. cit., p. 12.

¹⁷ Ver nota al pie 9.

¹⁸ Disponible en: <https://bit.ly/3RdQSLj> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026). Operti Badán, Primera lectura... op. cit., p. 16.

¹⁹ Operti Badán, Primera lectura... op. cit., p. 16.

²⁰ Ver nota al pie 1.

internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado.

Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del Derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte.

Es importante destacar la clara intención de la norma de consagrar la especialidad del Derecho comercial internacional como principio rector en este sector normativo, cumpliendo la función principal de organizar las relaciones que pudieran presentarse entre el Derecho conflictual y el Derecho comercial internacional²¹.

A pesar de que inicialmente hubo resistencia por parte de algunos miembros del Grupo redactor del proyecto, el profesor Ronald Herbert defendió la conveniencia de incluir en un texto de naturaleza conflictual, una disposición de organización sus relaciones normativas con el Derecho material específico, fuere estatal o no estatal, aplicable a las relaciones comerciales internacionales y considerando las nuevas tendencias en la materia. Vale la pena destacar también el aporte de la profesora Cecilia Fresnedo quien propuso incluir en el texto del proyecto los principios generales del Derecho comercial internacional codificados²².

La doctrina uruguaya destaca que los antecedentes del artículo 13 de la Ley General de DIPr (artículo 14 en el proyecto original) se encuentran inspirados en la moderna tendencia recogida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, los Principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por UNIDROIT y la Ley de Derecho internacional privado venezolana²³.

A. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada en Viena en 1980 (en lo sucesivo, la “CISG”)²⁴, se encuentra en vigencia en Uruguay desde el año 2000 desde su adhesión²⁵. La doctrina uruguaya reconoce que el orden de aplicación de soluciones para un caso multinacional utilizada en el artículo 13 de la Ley General

²¹ Talice, Jorge, Contribución al estudio del principio de la especialidad del Derecho comercial internacional (artículo 13 de la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020), en: *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N° 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ediciones Idea, 2022, p. 100.

²² *Ídem*.

²³ Fresnedo de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idarte, Gonzalo A., *Texto y Contexto de la Ley General de Derecho Internacional Privado N° 19.920*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2021, p. 144. Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., pp. 100-101.

²⁴ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Disponible en: <https://bit.ly/4w8mP88> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

²⁵ Consultado en: <https://bit.ly/3QHtnC> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

de DIPr no es innovadora en sí mismo porque dicha técnica legislativa también se encuentra contenida en la CISG²⁶. De hecho, se habla de una correspondencia entre el texto del artículo 13 de la Ley General de DIPr y los artículos 7.1, 7.2. y 9.2. de la CISG²⁷.ç

En primer lugar, el artículo 7.1. de la CISG indica lo siguiente: “[e]n la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”.

Dicha norma tiene como finalidad evitar que a la hora de ser interpretado la Convención se quiebre la uniformidad por ella implementada, debiéndose tener en cuenta la especialidad de la materia y su carácter internacional²⁸. Por su parte, el primer inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr le otorga la jerarquía de Derecho especial al Derecho comercial internacional. Ambas disposiciones buscan “proteger” el Derecho comercial internacional mediante la especialidad de la materia.

En segundo lugar, el artículo 7.2. de la CISG indica lo siguiente:

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado.

La doctrina uruguaya reconoce que este artículo ha servido de inspiración al artículo 13 en su inciso dos porque éste también establece un orden de aplicación de normas de frente a una compleja malla de relaciones y combinaciones de normas elaboradas con distintas metodologías (normas de conflicto, normas materiales, normas de policía) procedentes de “diversas fuentes de producción étáticas, interetáticas, supraetáticas y extraetáticas”, además de poseer diferentes grados de imperio, ya sea que se traten de normas imperativas simples, de normas especialmente imperativas, de normas dispositivas o de normas facultativas²⁹.

Lo pretendido por ambas disposiciones no es más que un sistema de autointegración con diversidad de soluciones dentro del ámbito del Derecho comercial internacional para evitar cualquier vacío normativo, antes de recurrir a normas de Derecho común.

En tercer lugar, un extracto del artículo 9.2. de la CISG indica lo siguiente:

[s]e considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio

²⁶ Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto...*, ob. cit., p. 144.

²⁷ *Ibidem*, pp. 144-145.

²⁸ Santos Belandro, Ruben B., *Ley general de Derecho internacional privado de la Republica Oriental del Uruguay 19.920. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, p. 576.

²⁹ Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto...*, ob. cit., p. 145.

internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Cuando el artículo 9.2. de la CISG hace referencia a los usos ampliamente conocidos en el comercio internacional para las partes en el tráfico mercantil de que se trate, está reconociendo la fuerza obligatoria a los usos normativos del comercio internacional dentro del ámbito de aplicación material y espacial, según dicho tratado internacional³⁰. Es decir, con la adhesión de Uruguay a la CISG en el año 2000, se reconoció por primera vez la juridicidad del Derecho no estatal en el nivel convencional³¹.

Fue precisamente esta norma la primera en sentar las bases de un Derecho no estatal en Uruguay, el cual se encuentra también reconocido en el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr cuando hace referencia a “los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico”.

B. Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales adoptada en el marco de la Quinta CIDIP, celebrada en México en 1994 (en lo sucesivo “CIDACI”)³² que, aunque fue suscrita por Uruguay, todavía no ha sido ratificada. La CIDADI es especialmente relevante porque usa dos expresiones a analizar: (i) “principios generales del Derecho comercial internacional”³³, y (ii) “usos y prácticas comerciales de general aceptación”. Ambas expresiones también se encuentran recogidas en el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr.

Respecto de los principios generales del Derecho comercial internacional, es interesante observar que la CIDACI utiliza la referida expresión en sus artículos 9 y 10. En primer lugar, el artículo 9 dispone que “[t]ambién tomará en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. Por su parte, el artículo 10 establece que “se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional”. Dichas normas son pautas orientadoras al juez³⁴ cuando el Derecho aplicable

³⁰ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 135.

³¹ *Ídem*.

³² Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Disponible en: <https://bit.ly/4f0Yt9U> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

³³ Santos Belandro, Ruben B., *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19.920. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 571.

³⁴ Fresno de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, en: *Cursos de Derecho Internacional: Serie Temática. Volumen I (Parte 4): El Derecho Internacional Privado en las Américas (2001-2022)*, Washington, D.C., Organización de Estados Americanos, Secretaría General, Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2024, p. 2589.

al contrato no ha sido elegido por las partes, o, habiéndolo elegido, es ineficaz. No obstante, la interrogante que siempre se ha planteado es ¿qué se entiende exactamente por la expresión *principios generales del Derecho comercial internacional*?

El profesor Jürgen Samtleben analiza esta interrogante y bajo una interpretación literal de la CIDACI sostiene que dichos *principios generales del Derecho comercial internacional* tienen como propósito la determinación del Derecho que tenga los vínculos más estrechos con el contrato internacional y cuándo sería necesario aplicar las normas provenientes de la *lex mercatoria*. El autor afirma que el contenido del artículo 9 de la CIDACI busca la determinación del Derecho aplicable al contrato internacional, ya sea por la aplicación del método conflictual o por la aplicación de reglas sustantivas creadas por un ordenamiento jurídico para el comercio internacional, tales como los Principios Aplicables a los Contratos Mercantiles Internacionales elaborados por UNIDROIT³⁵.

Por su parte, el profesor Parra-Aranguren sostuvo que la expresión *principios generales del Derecho comercial internacional* debía pensarse como una cuestión acumulativa del Derecho estatal aplicable y de las reglas sustantivas de la *lex mercatoria*, cuando correspondiera³⁶.

Un análisis interesante en la doctrina es determinar si es posible aplicar directamente las reglas sustantivas de la *lex mercatoria*, suprimiendo las reglas de las normas de conflicto establecidas en la ley. El artículo 9 de la CIDACI indica el adverbio “*también*” y el artículo 10 *ejusdem* utiliza el adverbio “*además*”. Lo anterior parece indicar que la CIDACI parte de una aplicación conjunta entre las reglas de conflicto y las reglas sustantivas de la *lex mercatoria*. Sin embargo, Santos Belandro asevera que dichos adverbios no se encuentran recogidos en el artículo 13 de la Ley General de DIPr lo cual abre la puerta a una eventual falta de coordinación entre ambos métodos y surge entonces la frecuente duda de si las reglas sustantivas de la *lex mercatoria* pudieran ser aplicables directamente, sin observar las reglas indicadas por las normas de conflicto³⁷.

Desde el punto de vista de los principios generales que se encuentran recogidos en la CIDACI y en el artículo 13 de la Ley General de DIPr, se mencionan los siguientes: (i) el principio de la autonomía de la voluntad de las partes; (ii) el principio del reconocimiento de una pluralidad de fuentes; (iii) principio del *favor contractus* o *favor negotii*; (iv) el principio de armonía internacional de las soluciones, entre otros³⁸.

Respecto de los usos y prácticas comerciales, el artículo 10 de la CIDACI expresa lo siguiente “se aplicarán, cuando corresponda (...) los usos y prácticas comerciales de general

³⁵ Santos Belandro, *Ley general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 573-574.

³⁶ Santos Belandro, *Ley general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 573.

³⁷ *Ibidem*, p. 574.

³⁸ *Ibidem*, p. 577.

aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”. En este punto, invocamos las ideas expresadas en el análisis sobre el artículo 9.2. de la CISG. Aunque es cierto que la CIDACI no se encuentra en vigencia para Uruguay, el contenido del artículo 10 ayudó a elevar la fuerza jurídica de tales usos y prácticas comerciales, en atención a principios como la justicia y la equidad.

C. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales

El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado es una organización internacional intergubernamental independiente con sede en Roma, creada en 1926 con la finalidad construir reglas uniformes de Derecho privado (muy excepcionalmente de Derecho público) de carácter material y, en raras ocasiones, de carácter conflictual. UNIDROIT enfoca sus esfuerzos en fomentar la celebración de tratados internacionales, pero también tiene un papel esencial en la creación de leyes modelo, leyes uniformes, conjunto de principios generales, recomendaciones dirigidas a los Estados, códigos de conducta, contratos tipo, guías jurídicas, entre otros mecanismos³⁹. UNIDROIT es especialmente relevante en el área del Derecho internacional privado porque se trata de una de las organizaciones internacionales más comprometidas en la creación de instrumentos jurídicos con soluciones principalmente sustantivas, de origen no estatal⁴⁰.

Entre los trabajos más conocidos y destacados de UNIDROIT se encuentran los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Principios UNIDROIT”), los cuales tuvieron su primera edición en 1994, su segunda edición en 2004, su tercera edición en 2010 y su cuarta edición en 2016.

La referencia que hacemos a los Principios UNIDROIT no es solo porque éstos recogen las soluciones materiales más modernas e internacionalmente reconocidas en materia contractual y que podrían subsumirse en “los usos en la materia del Derecho comercial internacional”, “los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales”, “los usos reconocidos o de general aceptación en el tráfico internacional”, a que hacen referencia los incisos tercero y cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr, sino que la solución adoptada en el cuarto inciso tiene una inspiración directa del artículo 1.9(2) de los Principios UNIDROIT⁴¹.

Mientras que el cuarto inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr expresa que “[s]e aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico”,

³⁹ B. de Mackelt, Tatiana, Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, No. 143, Caracas, 2005, pp. 291-292. Disponible en: <https://bit.ly/4td5fwJ> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026)

⁴⁰ Hacemos especial referencia también a la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), creadora de la citada CISG.

⁴¹ Fresno de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto...*, ob. cit., p. 148.

el artículo 1.9(2) de los Principios UNIDROIT menciona que “[l]as partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate”.

Ambas expresiones hacen referencia a la incorporación al elenco de fuentes a los usos ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes (o sea que sea de uso entre las personas del caso concreto). Esta disposición se trata de una fuente complementaria de aplicación directa para lo no previsto en las convenciones internacionales, las leyes especiales o la propia Ley General de DIPr⁴².

Aunque el artículo 1.9(2) de los Principios UNIDROIT menciona que los usos adoptados en el tráfico mercantil no pueden ser aplicados cuando su “uso sea irrazonable”, no creemos que el contenido del inciso cuarto requiera dicha expresión. El inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr menciona que tales usos deben ser aplicados “cuando corresponda” y respecto al uso que normalmente se acepta entre los sujetos participantes en dicho tráfico.

D. Ley de Derecho internacional privado venezolana

En términos generales, la Ley de Derecho internacional privado venezolana fue la primera ley contemporánea en la materia, en la región de América Latina⁴³, de modo que sirvió como ejemplo para el legislador uruguayo en el sentido de abandonar la dispersión normativa y crear un cuerpo legal autónomo, sistemático y especializado.

En términos específicos, la Ley de Derecho internacional privado venezolana establece en su artículo 31 lo siguiente:

Artículo 31. Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las 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 del caso concreto.

Cuando se realiza un análisis de los antecedentes de la citada norma, se observa que se encuentra fundamentada en el artículo 10 de la CIDACI pues su contenido es textualmente el mismo⁴⁴. Por esa razón, reproducimos lo indicado en la sección previamente analizada sobre la CIDACI. No obstante, queremos destacar nuevamente la elevación jurídica que dicha norma hace respecto a los usos y prácticas comerciales de general aceptación, así como la referencia a los principios de Derecho comercial internacional. Vemos como también esta disposición realiza un

⁴² *Ídem*.

⁴³ Opertti Badán, Didier y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, The latest trends in Latin American Private International Law: The Uruguayan 2009 General Law on Private International Law, en: *Yearbook of Private International Law*, Volume XI – 2009, p. 315.

⁴⁴ Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 31. Aplicación de la Lex Mercatoria, en: B. de Maekelt, Tatiana; Esis Villarroel, Ivette y Resende, Carla (Coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*. Tomo II, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, 2005, p. 806.

proceso de autointegración de soluciones en relación con el Derecho comercial internacional, como también se encuentra previsto en el artículo 13 de la Ley General de DIPr.

II. El contenido del artículo 13 de la Ley General de DIPr

Establecidos los antecedentes de la norma procedemos a analizar su contenido. Para ello partimos del comentario general dado por Fresno de Aguirre y Lorenzo Idiarte en el sentido de que esta norma es innovadora en comparación con las legislaciones nacionales de muchos de los países que guardan en general silencio sobre los criterios para “organizar las relaciones de precedencia entre las normas de conflicto reguladas en la LGDIPr y las normas materiales especiales, reguladoras de las relaciones privadas internacionales”⁴⁵, con especial énfasis en las normas materiales de carácter comercial. Los mencionados autores refuerzan esta idea indicando que “[l]a innovación de la LGDIPr es incorporar, a texto expreso, la organización de estas relaciones de prioridad normativa”⁴⁶, pero indican a su vez que esta norma no innova en el establecimiento de un orden de aplicación de las normas que tienen vocación reguladora en su aplicación a un mismo caso multinacional, al ser tributaria y tener plena correspondencia con los instrumentos internacionales desarrollados en la sección anterior⁴⁷.

A. Primer inciso

Pasando al texto de la norma y su aplicación, vemos que su encabezado expresa sin ambages que se reconoce al Derecho comercial internacional como un Derecho de carácter especial. Santos Belandro explica que la especialidad del Derecho comercial internacional es una idea que ha tenido eco en la doctrina uruguaya incluso desde finales del siglo XIX⁴⁸. Ahora bien, exteriorizando la discusión que se dio dentro del grupo de trabajo, Operti Badán y Fresno de Aguirre expresan que esta norma tiene por finalidad “la de poner de relieve sus distintas fuentes normativas, su pluralismo metodológico, los principios generales de este sector del Derecho y, naturalmente, los usos y prácticas del comercio internacional”⁴⁹. Con ello, agregan estos últimos autores, el reconocimiento de la especialidad del Derecho comercial internacional no equivale a la autonomía de esta rama respecto del Derecho internacional privado, lo que se confirma por el hecho de que la norma bajo comentario cierra el capítulo relativo a las normas generales de la Ley General de DIPr⁵⁰.

⁴⁵ Fresno de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto...*, ob. cit., p. 144.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Santos Belandro, *Ley general de Derecho internacional privado...*, ob. cit. pp. 550-556.

⁴⁹ Operti Badán, Didier y Fresno de Aguirre, Cecilia, *El Derecho comercial en la Ley General...* Derecho, ob. cit., p. 13.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 13-14. Además de ello los autores aseveran que esto permite no confundir la cuestión del Derecho comercial internacional de aquella del Derecho del comercio internacional. *Ibidem*, p. 13. Más actualmente se puede destacar la aseveración de Santos Belandro que indica lo siguiente: “Allí «se reconoce al Derecho comercial internacional como un Derecho de carácter especial», esto es, como un

A su vez Talice asevera que la especialidad del Derecho comercial internacional afirmada en el primer inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr encarna la diversidad de funciones singulares y valores propios a este sector normativo⁵¹. Además de ello, indica también este autor que es posible visualizar algunas aproximaciones que coadyuvan la caracterización del principio de la especialidad del Derecho comercial internacional de fuente interna en Uruguay, y que se puede resumir de la siguiente manera⁵²: (i) la especialidad del Derecho comercial internacional constituye un principio director que le confiere a esta rama el carácter de conjunto normativo específico y, por ende, de aplicación *prima facie* prioritaria en su ámbito regulador, sin dejar de cumplir también una importante función de carácter subsidiario en el sistema de fuente nacional uruguayo; (ii) el principio de especialidad determina *prima facie* la precedencia de las normas materiales específicamente elaboradas para regular las relaciones comerciales internacionales; (iii) la especialidad atañe primordialmente al Derecho material especialmente elaborado para atender las necesidades e intereses del comercio internacional, cuyas normas son por lo general de carácter dispositivo; (iv) el principio de especialidad tiene también incidencia en las relaciones entre el Derecho comercial internacional y el Derecho civil internacional considerado como Derecho común; y (v) el principio de especialidad del Derecho comercial internacional informa también de la estrecha relación que mantiene el mismo con otros principios como el principio de rango superior, constitucional y convencional, de la autonomía de la voluntad y el principio de primacía de los usos y principios normativos del comercio internacional.

De una revisión de los instrumentos normativos nacionales de Derecho internacional privado vigentes en la región americana evidenciamos que la expresión de la especialidad del Derecho comercial internacional, tal como lo hace el primer inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr, es único en su especie. Ello no quiere decir que los demás países de la región no tengan en cuenta este principio ni que priven de algún rol a las fuentes del Derecho comercial internacional como los principios generales, usos y prácticas, sobre lo cual volveremos más adelante.

B. Segundo inciso

Pasando al segundo inciso del artículo 13 de la Ley General de DIPr, vemos que ahí se prevé que las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en

Derecho específico para las relaciones comerciales internacionales, distinto del resto del Derecho, aun cuando no totalmente autónomo, pero sí dotado de ciertas particularidades, singularidades, que le dan una cierta identidad y que, en base a ello, le otorga primacía para regular los contratos comerciales internacionales. Esta afirmación, le permite al Derecho comercial internacional acudir con preferencia, no solo a los tratados internacionales, leyes especiales o disposiciones específicas de la Ley General, sino también a otras fuentes materiales como «los usos, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado». Santos Belandro, Ruben B., *La contratación internacional. Entre la teoría clásica y el enfoque social*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2026, p. 123

⁵¹ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 91.

⁵² *Ibidem*, pp. 95-100.

convenciones internacionales, en leyes especiales o en dicha ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del Derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1° de la misma ley. De este inciso surgen varias interrogantes: ¿cómo se relaciona lo indicado en este inciso con las normas de aplicación inmediata o necesaria? ¿el artículo 13 inciso segundo del artículo 13 de la Ley General de DIPr altera el orden de prelación de fuentes previsto en el artículo 1 *ejusdem*? ¿las normas de conflicto tienen prevalencia regulatoria sobre las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales? y ¿cuáles serían estas “restantes fuentes del Derecho comercial internacional”? A continuación, analizaremos brevemente cada cuestión.

Respecto de la primera cuestión indica Talice que “[l]as normas pertenecientes a las diversas fuentes que componen el Derecho comercial internacional no son aplicables cuando entran en contradicción con las normas de policía, denominadas en la Ley General normas de aplicación necesaria (Art. 6)”⁵³. Si bien el artículo 6 de la Ley General de DIPr⁵⁴ solo aborda expresamente la relación entre las normas de aplicación necesaria y las normas de conflicto, la doctrina uruguaya ha entendido que las normas de aplicación necesaria también desplazan la aplicación de normas materiales, por ejemplo, aquellas de Derecho uniforme aplicables a las relaciones comerciales internacionales⁵⁵.

En lo relativo a la segunda cuestión vemos que el artículo 1 de la Ley General de DIPr⁵⁶ prevé que: (i) las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la Ley General de DIPr y las demás normas de Derecho internacional privado de fuente nacional; y (ii) a los efectos de la interpretación e integración de la Ley General de DIPr y las demás normas de Derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título Preliminar

⁵³ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 104.

⁵⁴ “Artículo 6. (Normas de aplicación necesaria).- Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflicto.

Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del Derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes”.

⁵⁵ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 104. En el mismo sentido, refiriéndose al entonces Proyecto de Ley General del Derecho Internacional Privado del Uruguay, Santos Belandro, Ruben B., *Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y su influencia sobre el Derecho regional*, Volumen I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2015, p. 21: “Aunque el proyecto de ley no lo diga, la prevalencia de las normas de aplicación inmediata también se dará para el caso de un enfrentamiento con normas convencionales de Derecho material uniforme que el país haya ratificado”.

⁵⁶ “Artículo 1. (Normas nacionales y convencionales de Derecho internacional privado).-Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de Derecho internacional privado de fuente nacional.

A los efectos de la interpretación e integración de la presente ley y las demás normas de Derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas”.

del Código Civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas.

Contrastando esto con el artículo 13, inciso segundo de la Ley General de DIPr, vemos que esta norma da prevalencia a las convenciones internacionales, las leyes especiales y la propia Ley General de DIPr en lo que respecta a la regulación de las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales. Además de ello la comentada norma prevé que las restantes fuentes del Derecho comercial internacional solo entrarán en juego cuando tales cuestiones no sean resueltas por las mencionadas fuentes.

De lo anterior es claro que el artículo 13, inciso segundo de la Ley General de DIPr es coherente con la prelación de fuentes planteada por el artículo 1 *ejusdem* y reconoce no solo la prevalencia de las convenciones internacionales que, como dice Talice, es un criterio general en el Derecho comparado, al que incluso alude el artículo 1º de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁵⁷, sino que además le da prevalencia a las leyes especiales y a la propia Ley General de DIPr, además de remitir a los procesos de integración indicados por el inciso segundo del artículo 1º *ejusdem*⁵⁸.

Respecto de los procesos de integración que de la remisión del artículo 1º inciso segundo de la Ley General de DIPr al Título Preliminar del Código Civil⁵⁹ interesa especialmente el artículo 16 de este último instrumento, dado que este a su vez indica que “[c]uando un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de Derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”⁶⁰.

En lo que respecta a la tercera cuestión vemos que como regla general las normas de conflicto establecidas por convenciones internacionales, leyes especiales y la propia Ley General de DIPr tienen prevalencia sobre las fuentes adicionales del Derecho comercial internacional a que alude el artículo 13, inciso segundo *ejusdem*. Como indican Operti Badán y Fresnedo de Aguirre⁶¹, Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte⁶² y Talice⁶³, esto se ve claramente en materia contractual, caso en el cual prevalecen las normas de conflicto previstas en el capítulo IX, Sección I de la Ley General de DIPr referidas a las obligaciones contractuales y el Derecho designado por ellas, teniendo las fuentes adicionales del Derecho comercial internacional un rol subsidiario, estando

⁵⁷ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 106.

⁵⁸ En sentido similar, Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto*..., ob. cit., pp. 146-147.

⁵⁹ Ley No. 16.603 promulgada el 19 de octubre de 1994 y publicada en Diario Oficial en fecha 21 de noviembre de 1994. Disponible en: <http://bit.ly/4tcB8pk> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁶⁰ En el mismo sentido, Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto*..., ob. cit., pp. 146-147.

⁶¹ Operti Badán y Fresnedo de Aguirre, *El Derecho comercial en la Ley General*..., op. cit., p. 14.

⁶² Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto*..., ob. cit., p. 146.

⁶³ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 108.

destinadas a colmar los vacíos del Derecho interno designado⁶⁴. No obstante, nos parece pertinente la aclaratoria de Talice⁶⁵ de que las normas de conflicto y el Derecho designado por ella prevalecen solo respecto de las fuentes indicadas en los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Ley General de DIPr, concurriendo con las fuentes indicadas en el inciso cuarto del mismo artículo, sobre el que volveremos más adelante⁶⁶.

En lo que respecta a la cuarta y última cuestión planteada, vemos que el inciso segundo del artículo 13 de la Ley General de DIPr debe necesariamente complementarse con el inciso tercero de la misma norma.

C. Tercer inciso

El inciso tercero indica que se consideran como fuentes materiales del Derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado. Como explican Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte⁶⁷ este inciso no dirime ningún conflicto de leyes, sino que identifica las reglas materiales que surgen espontáneamente de la práctica del Derecho comercial internacional⁶⁸. Además, consideramos pertinente la aseveración de Santos Belandro al indicar que el artículo 13 de la Ley General de DIPr abre la puerta al Derecho espontáneo y al pluralismo jurídico, produciéndose una descentralización en la producción normativa y permitiendo que el Derecho comercial internacional no solo encuentre sus fuentes en las políticas estatales (fuentes formales) sino también en los sistemas sociales (fuentes materiales)⁶⁹.

D. Cuarto inciso

Finalmente, vemos que el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr plantea que se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del Derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que Uruguay forma parte.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁶⁵ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., pp. 108-111.

⁶⁶ Artículo 51. (Usos y principios).- Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del Derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley.

⁶⁷ Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto*..., ob. cit., p. 147.

⁶⁸ *Ídem*.

⁶⁹ Santos Belandro, *Ley general de Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 563-565.

Este inciso está claramente inspirado en el artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, especialmente en cuanto a su uso de la expresión “cuando corresponda”, que también ha sido reproducida en otros instrumentos, incluyendo el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁷⁰, sobre la cual Santos Belandro indicó inicialmente que se trata de una “expresión deliberadamente ambigua, quizás sea mejor decir laxa, flexible, adaptativa”⁷¹, expresando más recientemente que simplemente significa “cuando sea adecuado”⁷². Además de ello, como ha sido previamente desarrollado, este inciso encuentra dentro de sus fuentes el artículo 1.9(2) de los Principios UNIDROIT, que regula la aplicación de los usos en ausencia de un acuerdo concreto entre las partes respecto de ellos⁷³.

Respecto de la interacción de estas fuentes respecto de las indicadas como prioritarias en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley General de DIPr Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte⁷⁴ son de la opinión de que las fuentes indicadas en el inciso cuarto de la misma norma son fuentes complementarias de aplicación directa en todo lo que no prevén las convenciones internacionales, las leyes especiales o la propia Ley General de DIPr. En contraste con ello, vemos que Talice es de la opinión de que las normas transnacionales a las que se refiere el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr “son aplicables en forma directa y sin pasar por la criba de las normas de conflicto previstas en el Art. 48 y 49 de la misma ley”⁷⁵.

A ello agrega este último autor que estas normas transnacionales concurren con el Derecho material interno designado por la norma de conflicto⁷⁶. Además de ello, este último autor asevera dos aspectos de gran relevancia: (i) que independientemente de la interpretación que se dé a la expresión “cuando corresponda”, lo cierto es que el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr le otorgan jurisdicción a los usos profesionales y los principios codificados⁷⁷; y (ii) que el legislador a través del artículo 13 de la Ley General de DIPr ordena la aplicación de las normas transnacionales indicadas en ellas, sin que el aplicador pueda ignorarlas una vez verificada su correspondiente adecuación⁷⁸.

Sin ánimos de querer dar una respuesta definitiva, consideramos a *prima facie* que la prevalencia de las convenciones internacionales, las leyes especiales y la Ley General de DIPr respecto de las fuentes materiales parece limitarse a lo indicado en los incisos segundo y tercero

⁷⁰ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 106.

⁷¹ Santos Belandro, *Ley general de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 558.

⁷² Santos Belandro, *La contratación internacional*..., ob. cit., p. 77.

⁷³ Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), *Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016*, Roma, Instituto internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), 2018, pp. 28-30. Disponible en: <https://bit.ly/4w8gF7W> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁷⁴ Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y contexto*..., ob. cit., p. 148.

⁷⁵ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 119.

⁷⁶ *Ídem*.

⁷⁷ Talice, Contribución al estudio..., ob. cit., p. 125.

⁷⁸ *Ídem*.

del artículo 13 de la Ley General de DIPr, teniendo los usos profesionales y los principios codificados planteados por el inciso cuarto de la misma norma un rol complementario y concurrente respecto de la regulación que se pueda derivar de tales instrumentos. Esto coincidiría con la interpretación que se le ha dado a las normas equivalentes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y de la Ley de DIPr en la doctrina venezolana⁷⁹.

Para finalizar este sencillo análisis de la norma, hay un aspecto que es también relevante y que ha sido recientemente puesto en el tapete por Santos Belandro y que se refiere a la posibilidad de existencia de otros subsistemas o subconjuntos normativos que sean relevantes para las relaciones de Derecho internacional privado en el Uruguay, especialmente cuando en materia contractual la propia Ley General de DIPr habla de los contratos de consumo, de seguros, de los contratos individuales de trabajo y de los contratos de transporte por agua, los cuales “tienen detrás de sí, todo un historial de especificidad y, en algunos casos, de una cierta autonomía relativa, que desarrollan las propias lógicas del sector”⁸⁰. A partir de ello, el mencionado autor plantea la interrogante de “si no hubiera sido más provechoso y coherente, que el artículo 13 se refiriera a la posibilidad de la emergencia de micro o de subsistemas y diera soluciones generales para *todas* esas posibilidades, en lugar de hablar solo del Derecho comercial internacional”⁸¹, dejando abierta incluso la cuestión de una posible reforma del artículo 13 de la Ley General de DIPr en el futuro “para darle una nueva conformación que cubra la totalidad de las situaciones mencionadas”⁸².

Esto trae a colación el hecho de que si bien ha habido un creciente reconocimiento de la *lex mercatoria* en instrumentos nacionales de Derecho internacional privado⁸³, esta no es la única instancia de Derecho anacional o manifestación extraestatal del Derecho⁸⁴, dado que podemos encontrar otros posibles ejemplos como la *lex informatica*, *lex cryptography*, *lex constructionis*, *la lex sportiva*, *la lex maritima*, *la lex petrolea* o incluso la *lex metaversi* de la que se ha comenzado a hablar recientemente⁸⁵. Si bien esta no es la ocasión para abordar el tema de si en efecto todas estas se pueden entender como verdaderas instancias de Derecho anacional o manifestaciones

⁷⁹ Madrid Martínez, Claudia, Un contrato internacional sometido al Derecho venezolano y la *lex mercatoria*, en: Madrid Martínez, Claudia (Coord.), *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Melich Orsini*, Serie Eventos No. 29, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Cátedra de Derecho Civil III (Obligaciones), Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2012, pp. 360-363.

⁸⁰ Santos Belandro, *La contratación internacional...*, ob. cit., p. 124.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Idem*.

⁸³ Ejemplo de ello son el artículo 61, Párrafo II de la Ley sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana y los artículos 79 a 81 del Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá. En una menor medida está el artículo 2651, literal d) del Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, dado que impone que los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional sean incorporados por las partes al contrato para ser aplicables. Ley No. 26.994 sancionada el 1º de octubre de 2014, publicada en el Boletín Oficial el 08 de octubre de 2014 y que entró en vigor el 1º de agosto de 2015. Disponible en: <https://bit.ly/4tKBV21> (fecha de última consulta: 18 de marzo de 2026).

⁸⁴ Usando acá la expresión de Santos Belandro, *La contratación internacional...*, ob. cit., p. 265. Ley 26.994.

⁸⁵ López Rodríguez, Ana Mercedes, *Resolución de conflictos en el metaverso. Nuevas reglas para mercados, propiedad, consumidores y trabajadores en las nuevas realidades virtuales*, Madrid, Tecnos, 2025, pp. 325-332.

extraestatales del Derecho, consideramos prudente dejar plasmada la idea de que se tiene que revisar el alcance del reconocimiento de las instancias de Derecho anacional o manifestaciones extraestatales del Derecho, por cuanto no puede afirmarse que actualmente sea solo relevante la *lex mercatoria* o bien el Derecho comercial internacional en general para el Derecho internacional privado y especialmente para la contratación internacional, especialmente cuando no necesariamente la *lex mercatoria* incluye dentro de sí todas instancias de Derecho anacional.

En el caso de la Ley General de DIPr la limitación al Derecho comercial internacional en el artículo 13 de la Ley General de DIPr es clara, de ahí las consideraciones de Santos Belandro. El asunto estaría en ver si es necesaria la reforma o si la misma puede aplicarse analógicamente para dar cabida a esas otras instancias de Derecho anacional o manifestaciones extraestatales del Derecho. Esto último ha sido propuesto recientemente respecto del artículo 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de DIPr venezolana, por cuanto se ha considerado que estas normas no son de aplicación excepcional lo que derivaría en que su interpretación sea estricta y solo limitada a lo establecido literalmente en ellas⁸⁶.

III. ¿Hace falta en Venezuela una norma similar?

Habiendo analizado el artículo 13 de la Ley General de DIPr, su contenido, y las interpretaciones que ha realizado la doctrina uruguaya sobre el mismo, hay una pregunta que nos interesa desde el punto de vista comparativo: ¿hace falta en el ordenamiento jurídico venezolano una norma similar al artículo 13 de la Ley General de DIPr? Consideramos que nuevamente podemos ir por las distintas partes y ver si hay o no un par funcional en nuestro sistema de Derecho internacional privado y, en caso negativo, si es conveniente su inclusión en una posible reforma o complementación de la normativa internacional privatista especialmente en materia de Derecho comercial internacional.

En lo que respecta al inciso primero del artículo 13 de la Ley General de DIPr, vemos que ciertamente no hay un par en el sistema venezolano de Derecho internacional privado. En la propia Ley de DIPr vemos que deliberadamente se excluyó una regulación especial independiente del Derecho comercial internacional dejándose los temas muy especiales como los referentes a Derecho cambiario, seguros, quiebras y sociedades mercantiles fuera de la ley, a la espera de unos proyectos que nunca vieron la luz⁸⁷. Ello haría pensar que entonces una norma que se refiera en

⁸⁶ Briceño Laborí, José Antonio, *Determinación del Derecho aplicable a las obligaciones convencionales implementadas a través de contratos inteligentes*, trabajo de grado presentado para optar al título de Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, Caracas, 2025, p. 189.

⁸⁷ Ley de Derecho Internacional Privado, Exposición de Motivos: “En el caso del Derecho Mercantil Internacional, se ha preferido no establecer una regulación especial independiente. Ello confluye, de un lado, en esta materia, con las orientaciones tendientes a la unificación del Derecho privado, pero se justifica, sobre todo, porque las normas de conflicto fundamentales, que son las únicas que hubieran tenido cabida en el Proyecto, son las mismas normas de Derecho civil internacional o se derivan lógicamente de ellas. Por otra parte, se ha juzgado que las normas relativas a temas muy

general a las fuentes materiales del Derecho comercial internacional no tendría lugar dentro de la Ley al estar excluida esta materia.

No obstante, si vemos la estructura y contenido de la Ley General de DIPr vemos las normas que interesan al Derecho comercial internacional se limitan al Derecho aplicable a los bienes (artículos 39 a 42), el Derecho aplicable a la forma de los actos (artículo 43), el Derecho aplicable a los contratos internacionales (artículos 44 a 51) y la jurisdicción en los aspectos incluidos dentro de esta materia (especialmente artículos 57 y 60), lo cual se asemeja al contenido de la Ley de DIPr que interesa al Derecho comercial internacional. Por ello, la exclusión anunciada en la exposición de motivos de la Ley de DIPr no necesariamente limitaría la utilidad de una disposición similar a la del inciso primero del artículo 13 de la Ley General de DIPr.

Incluso en el escenario en el que en una futura reforma de la Ley de DIPr se mantenga la decisión de dejar los aspectos especiales del Derecho comercial internacional a las leyes especiales, consideramos que el incluir una afirmación inequívoca de la especialidad del Derecho comercial internacional podría ser beneficiosa para ampliar y consolidar la tendencia ya mostrada por el legislador de 1998 de favorecer la aplicación de las fuentes materiales propias de esta rama en materia contractual.

En lo que respecta a los incisos segundo y tercero, vemos que los mismos podrían también encontrar lugar en nuestro ordenamiento. En primer lugar, porque la prevalencia de las fuentes formales coincide con el orden de prelación de fuentes previsto en el artículo 1º de la Ley de DIPr, dado que se le da preeminencia a las fuentes del Derecho internacional público incluyendo los tratados internacionales, teniéndose por segunda fuente a las normas nacionales de Derecho internacional privado, lo que incluye tanto aquellas previstas en la propia Ley de DIPr como en leyes especiales. En segundo lugar, porque mediante una previsión similar a los incisos segundo y tercero se complementaría el rol que tienen la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados bajo la ley venezolana. Ahora bien, un punto que habría que analizar en cuanto a la coherencia del sistema es si, incluyéndose en una norma venezolana previsiones similares a los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Ley General de DIPr, se mantendría en esta materia la prevalencia de las normas materiales especiales en su totalidad a las normas de conflicto como actualmente está configurado el sistema⁸⁸, dado que como hemos visto,

especiales, como las referentes a Derecho cambiario, Seguros, Quiebras o Compañías de Comercio o bien escapaban a las características generales del Proyecto, o bien requerirían una mayor maduración, o bien -como sucede señaladamente en el caso de las Sociedades Mercantiles- debían desarrollarse en el seno de la propia ley mercantil dentro de los principios generales que el propio Proyecto señala. Los Proyectos del 2º Libro del Código de Comercio y de la Ley General de Títulos Valores y Operaciones Bancarias comprenden, en efecto, tales disposiciones”. Consultada en: B. de Maekelt, Tatiana (Coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y Concordancias*, Primera Reimpresión de la Quinta Edición, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, pp. 63-64.

⁸⁸ Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Serie Trabajos de Grado No. 2, Caracas, Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2004, p. 147: “Cuando el juez, ante un caso con elementos de extranjería, descarta la existencia de normas de aplicación necesaria o inmediata, el siguiente paso será verificar la existencia de normas materiales especiales que resuelvan directamente el supuesto concreto”. Briceño Laborí, José Antonio, Metodología para la solución de los problemas de

se entiende que el sistema uruguayo que las normas de conflicto y el Derecho indicado por ellas prevalece sobre lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 13 de la Ley General de DIPr.

Finalmente, en lo que respecta al inciso cuarto, vemos que nuestro ordenamiento jurídico contiene disposiciones similares a través de los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de DIPr, con la diferencia de que: (i) estas normas se limitan al ámbito contractual y cuando han sido aplicadas más allá de este ámbito ha sido por un error en la calificación⁸⁹; (ii) los artículos 10 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y 31 de la Ley de DIPr no imponen un requisito de codificación a los principios, dado que hablan simplemente de “principios del Derecho Comercial Internacional” en contraste con lo que indica el inciso cuarto del artículo 13 de la Ley General de DIPr que habla de “principios generales del Derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte”; y (iii) las normas de la convención y la ley venezolana establecen que la finalidad de la aplicación de las normas, costumbres y principios del Derecho comercial internacional, así como de los usos y prácticas comerciales de general aceptación tiene “la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

Ahora bien, una inclusión de una norma general como el artículo 13 de la Ley de DIPr permitiría la consideración de las fuentes materiales del Derecho comercial internacional en ámbitos distintos al de los contratos internacionales. Consideramos que esta ha sido la intención del legislador uruguayo al incluir esta norma general que se ve ratificada en el ámbito contractual a través del artículo 51 de la Ley General de DIPr que indica la aplicación de los usos y principios del Derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte, refiriéndose expresamente al inciso cuarto del artículo

jurisdicción en el Derecho Internacional Privado, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Año 2018-2019. No. 73, pp. 214-215: “Excepción hecha de las normas de aplicación inmediata o necesaria que son de exclusiva fuente doméstica, cuando un juez va a resolver el problema del Derecho aplicable intentará ubicar una norma material especial o una norma de conflicto en cualquiera de los cuatro (4) niveles de fuentes del artículo 1º LDIP. Esto implica que el juzgador: (i) buscará una norma aplicable en un tratado internacional; (ii) si no hay una norma presente en un tratado, intentará ubicar una norma aplicable en la ley interna; (iii) en ausencia de una norma doméstica especialmente destinada al caso bajo conocimiento, localizará una norma con supuesto de hecho similar al que intenta resolver y la aplicará por analogía; y (iv) de no existir esa norma asimilable, intentará formular una solución a partir de los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, los cuales, en la práctica venezolana, normalmente son determinados mediante un tratado internacional que no es aplicable directamente al caso en concreto. Este ejercicio es realizado en primer lugar con respecto a las normas materiales especiales y, en ausencia de alguna norma aplicable en cualquiera de los niveles de fuentes, se realizará nuevamente el análisis para ubicar una norma de conflicto”, Disponible en: <https://bit.ly/48DriRU> (fecha de consulta: 18 de marzo de 2026).

⁸⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil No. 000184 del 02 de mayo de 2023 (caso: *Sabja del Valle Asmad Rivero c. Doña Ramona, C.A. y Otro*). Disponible en: <https://bit.ly/4d1Xy6M> (fecha de consulta: 18 de marzo de 2026). Sobre este caso véase, Madrid Martínez, Claudia, Una buena interpretación en el ámbito equivocado: el caso de la letra de cambio que fue contrato, en: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, No. 10, Homenaje al Dr. Humo Mármol Marqués, pp. 41-62. Disponible en: <http://bit.ly/4teJ9tX> (fecha de consulta: 18 de marzo de 2026).

13 *ejusdem*, sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la misma ley, que se refiere al ejercicio de la autonomía conflictual.

Conclusiones

Consideramos que el artículo 13 de la Ley General de DIPr es consecuencia de un trabajo académico y profesional elaborado por un importante grupo de académicos uruguayos con el profesor Operti Badán a la cabeza, tratándose de un producto normativo que atiende los resultados de los procesos de codificación internacional en los que ha participado Uruguay sobre el Derecho comercial internacional, sin sacrificar la flexibilidad que esta materia debe tener presente por la naturaleza tan cambiante y dinámica de la actividad de los comerciantes.

Por otro lado, destacamos la intención del artículo 13 de la Ley General de DIPr de no dejar lugar a dudas sobre la especialidad del Derecho comercial internacional. Esta precisión que aparece en las primeras líneas del articulado y que no da lugar a interpretación, solo responde a la necesidad de que dicha materia debe ser analizada bajo sus propias reglas y principios.

Los incisos siguientes del artículo 13 de la Ley General de DIPr se encargan precisamente de desarrollar tales reglas y principios del Derecho comercial internacional, incluyendo la *lex mercatoria*, presentando así un sistema complejo, sólido y bien estructurado para reducir en lo más posible las eventuales lagunas que pudieran presentarse en la vida de los comerciantes. Se trata en definitiva de un sistema creado para protegerse y cuidarse a sí mismo.

Las anteriores consideraciones y el proceso de investigación realizado en la redacción de este breve artículo, nos permiten concluir que no existe una norma similar que contenga por sí sola todos los elementos que señala el artículo 13 de la Ley General de DIPr, en atención al Derecho comercial internacional. Vemos con mucha satisfacción que el trabajo liderado por el profesor Operti Badán ha dado sus frutos y seguramente servirá como antecedente para otros cuerpos normativos en materia de Derecho internacional privado.

¿Nuevo paradigma para la responsabilidad transnacional? enseñanzas de *Vedanta*, *Okpabi* y *Milieudefensie* para un Derecho Marítimo Internacional Privado sostenible

Cindy Di Felice*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 155-171.

Resumen

Recientes decisiones en el campo del Derecho Internacional Privado, puntualmente en el ámbito de las actividades transnacionales nos advierten de una posible transformación en esta área. *Vedanta*, *Okpabi* y *Milieudefensie* introducen una nueva lectura, más funcional, del control corporativo, al tiempo que integran estándares internacionales en el análisis del deber de diligencia debido y replantean la jurisdicción desde el punto de vista del acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Estas decisiones revelan un Derecho Internacional Privado en transición, el cual es visto muy de cerca y expectante por el sector marítimo, donde estructuras fragmentadas y daños transfronterizos exigen nuevas respuestas.

Abstract

Recent decisions in the field of Private International Law, particularly in the context of transnational corporate activity, signal a potential transformation in this area. Vedanta, Okpabi and Milieudefensie introduce a more functional reading of corporate control, while integrating international standards into the duty of due diligence and reframing jurisdiction through the lens of access to justice and effective judicial protection. These decisions reveal a Private International Law in transition, closely watched by the maritime sector, where fragmented corporate structures and cross-border harms demand new responses.

Palabras clave

Responsabilidad corporativa transnacional. Deber de diligencia debida. Acceso a la justicia. Control corporativo. Daños transfronterizos.

Keywords

Transnational corporate liability. Duty of due diligence. Access to justice. Corporate control. Cross-border harms.

Sumario

I. Despertar del Derecho Internacional Privado ante la Sostenibilidad Global: Implicaciones para el Sector Marítimo. II. *Vedanta Resources Plc* y *Konkola Copper Mines Plc* v. *Lungowe* y otros (Tribunal Supremo de Reino Unido, 2019). A. La evaluación del deber de diligencia y el rol activo de la matriz en *Vedanta*. B. Cuando el acceso a la justicia redefine la jurisdicción: la clave del razonamiento en *Vedanta*. III. *Okpabi* v. *Royal Dutch Shell Plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* (Tribunal Supremo de Reino Unido, 2021). A. *Okpabi* desarrolla la línea abierta en *Vedanta* sobre jurisdicción internacional. B. De *Vedanta* a *Okpabi*: la arquitectura del deber de cuidado en grupos empresariales. IV: *Milieudefensie et al.* v. *Royal Dutch Shell plc*. (Tribunal de Distrito de La Haya, 2021). A. Cuando la matriz responde por toda la cadena de valor: el alcance estructural de *Milieudefensie*. B. El “primer hecho generador” en litigios climáticos: la clave para aplicar la ley del foro. C. La primera orden judicial de reducción corporativa de emisiones: un hito en litigios climáticos. V. Lecciones

* Abogado, Licenciada en Estudios Internacionales *Magna Cum Laude*, de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en Comercio Internacional *Summa Cum Laude*, de la Universidad Marítima del Caribe. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, mención honorífica por excelencia académica, y mención de honor a la tesis destacada, de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Metropolitana de Caracas. Miembro titular de la Asociación Venezolana de Derecho Marítimo y de *Women's International Shipping & Trading Association*.

estructurales de *Vedanta, Okpabi* y *Milieudefensie* para un Derecho Internacional Privado Marítimo Sostenible.

I. Despertar del Derecho Internacional Privado ante la Sostenibilidad Global: Implicaciones para el Sector Marítimo

Tradicionalmente, la influencia del Derecho Internacional Privado (DIP) —y en particular su vertiente marítima— en la evolución de la gobernanza global ha sido bastante limitada. Esto puede deberse, en parte, a que la doctrina clásica del DIP nos habla de que su contenido pareciera circunscribirse, con puntales excepciones, a temas como el derecho aplicable entre dos o más potencialmente vigentes, la determinación de la jurisdicción para conocer de un caso cuando hay una posible jurisdicción internacional simultánea, la aplicación del derecho material respectivo y la eficacia de las soluciones que emanen de ese proceso, es decir, la garantía de que los actos dictados por autoridades judiciales extranjeras tendrán efectos extraterritoriales¹.

Es en base a estas ideas que muchos autores, como Sergio Guerrero, han llegado a catalogar al DIP como un Derecho de naturaleza meramente adjetiva, lo que significaría que su misión se ceñiría simplemente a servir de vehículo para dilucidar la ley aplicable al fondo de la controversia, siendo él mismo incapaz de resolverlo dada su esencia procesal². Esta sombra se ha cernido también sobre el Derecho Marítimo Internacional Privado (DMIP) que, durante décadas, parecía limitarse a cuestiones de jurisdicción, bandera, nacionalidad del buque y algunas cláusulas contractuales, inmiscuyéndose poco en la dimensión sustantiva de esta esfera del saber jurídico.

Tendencias más contemporáneas suelen matizar estas doctrinas con la noción de que el objetivo principal del DIP es, según Juenger, la búsqueda del “mejor derecho”, es decir la consecución de la justicia material del caso en concreto³, lo que impregnaría a esta rama del Derecho de una nota sustantiva y valorativa, que la obligaría atender a la protección de bienes jurídicos de importancia capital para la sociedad, no pudiendo escudarse para ello en esa supuesta neutralidad técnica.

Sin embargo, esto no ha sido suficiente para evitar las posturas críticas que advierten que, estando el DIP —incluido el marítimo— encargado de disciplinar las relaciones transnacionales de actores del poder privado que ostentan una gran importancia e influencia en los más diversos ámbitos del quehacer humano, éste ha fallado en contribuir en el correcto desarrollo de la gobernanza global en temas tan complejos como la distribución desigual de las riquezas, la protección de los DD.HH., la contaminación ambiental, el resguardo de los ecosistemas costeros, el desarrollo

¹ Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. (2005). *Derecho Internacional Privado: Materiales para el estudio de la carrera de Derecho* (Tomo I). Caracas: UCV.

² Guerrero, Sergio, *Derecho Internacional Privado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

³ Rodríguez Martínez, Eli, Derecho internacional privado y justicia material. Frederick K. Juenger. Hacia una reorientación del conflicto de leyes, en: *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2009, Vol. 39, pp. 467-469. Disponible en: <https://acortar.link/8i1JgT>

desigual de las naciones y sociedades, el acceso disímil a los recursos, la gestión de residuos y el impacto climático del transporte marítimo, entre muchos otros⁴.

En el ámbito marítimo, esta visión tradicional se ha reforzado por la existencia de un Derecho Internacional Público muy desarrollado (UNCLOS, MARPOL, convenios de responsabilidad civil, normas de la OMI, etc.) que ha ido llenando esos espacios vacíos, tratando de regular estos temas desde la perspectiva internacional publicista, lo que llevó a muchos actores del sector a aceptar, casi como un dogma, que los problemas ambientales y de sostenibilidad derivados del transporte marítimo debían resolverse exclusivamente desde ese plano público-estatal, dejando al DMIP un rol meramente instrumental.

Y es que, si bien es cierto que en un primer momento se pudo llegar a pensar que esas problemáticas sólo caían en la esfera de acción del Derecho Internacional Público, al ser los Estados los protagonistas del entramado internacional, hoy en día vemos cómo, por ejemplo, empresas privadas del sector marítimo —navieras, armadores, operadores portuarios, aseguradoras marítimas, *P&I Clubs*— ostentan un capital y un poder de negociación incluso mayor al de muchos Estados, pudiendo influenciar e impactar a niveles más profundos en la arquitectura institucional y normativa mundial.

De ahí que el DMIP ya no pueda seguir excusándose con su supuesta naturaleza adjetiva, o su orientación a la regulación de relaciones de carácter meramente privadas, para mantenerse al margen de estos álgidos asuntos, y a los que la realidad lo compele con urgencia a hacerse cargo.

En este sentido, vemos que, con respecto a los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas (ONU) el profesor Ralf Michaels, director del *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law*, explica que si bien casi todas las instituciones e instrumentos de gobernanza que se incluyen en este programa pueden ser delimitadas dentro del Derecho Público, no se puede dejar de lado que la mayor parte de las transacciones, inversiones, y actividades que terminan en la degradación del medio ambiente —incluyendo el transporte marítimo internacional, responsable de cerca del 3% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero⁵—, provienen de relaciones internacional privatistas, por lo que el DIP se ve directamente implicado⁶.

En palabras del Dr. Michaels: “para avanzar en la Agenda 2030 a través del Derecho, se deben forjar caminos a nivel global que establezcan conexiones entre los sistemas legales y que

⁴ Muir Watt, Horatia, Private international law beyond the schism, en: *Transnational Legal Theory*, 2011, Vol. 2(3), pp. 347-428. Disponible en: <https://goo.su/0rwkLzJ>

⁵ Solórzano, Jessica, *Transporte marítimo: ¿Qué se está haciendo para reducir su contaminación?* Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), 2025. Disponible en: <https://goo.su/Lvz6zoA>.

⁶ Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *El lado privado de la transformación de nuestro mundo: Los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 de la ONU y el papel del derecho internacional privado*, 2021. Disponible en: <https://goo.su/Xp91>

hagan posible la coordinación. Aquí es donde el DIP juega un papel importante”⁷. Esta afirmación cobra especial relevancia en el ámbito marítimo, donde la fragmentación normativa y la opacidad corporativa hacen muy cuesta arriba la atribución de responsabilidades por daños ambientales transfronterizos.

Congruentemente, en el seno del *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* se han gestado esfuerzos doctrinarios de gran envergadura que buscan crear espacios para la discusión y el intercambio de ideas que permitan, desde la teoría pero también desde la experiencia, ampliar el horizonte de los internacional privatistas, quienes deben empezar a ver y trabajar el DIP de una forma distinta.

Tenemos así publicaciones que han sido cruciales en este nuevo camino del DIP, como el libro “*The Private Side of Transforming our World- UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*”, lanzado en el 2021, y el ciclo de conferencias y encuentros que se dieron ese mismo año en torno a dicha publicación, y más recientemente la Revista *Di-reito.UnB* de 2023, V. 07, N. 3, Tomo I, titulada “Derecho Internacional Privado y desarrollo sostenible: perspectivas globales y latinoamericanas”.

Aunque la reflexión doctrinal ha avanzado de manera significativa, los desarrollos más decisivos no provienen únicamente del ámbito académico. En los últimos años, una corriente jurisprudencial cada vez más visible ha comenzado a aplicar un DIP de ojos abiertos a la realidad global, orientado a la consecución de valores sustantivos concretos. En este sentido, tribunales de distintas regiones del mundo han dictado decisiones en materia de sostenibilidad corporativa que constituyen un verdadero punto de inflexión, al evidenciar que el DIP está siendo reinterpretado para responder a problemáticas transnacionales que trascienden su concepción tradicional.

Esta evolución se refleja de manera especialmente clara en el ámbito de la responsabilidad empresarial, donde durante décadas se asumió una estricta separación entre la empresa matriz y sus filiales, basada en la autonomía de la personalidad jurídica, lo que impedía atribuir responsabilidad a la matriz por los daños —sobre todo ambientales— causados por sus subsidiarias⁸.

En el sector marítimo, esta pseudo separación se ha visto reforzada por artilugios y estructuras como las sociedades de un solo buque, las muy conocidas banderas de conveniencia y las cadenas de subcontratación, que dificultan la identificación del verdadero centro de control corporativo. Sin embargo, desde hace unos pocos años tribunales de diversos países han comenzado a decidir en sentido distinto, reconociendo que, en determinadas circunstancias, la matriz puede ser considerada responsable por los daños ambientales ocurridos fuera de su territorio⁹.

⁷ *Idem*.

⁸ Simmons & Simmons, *Parent company liability for overseas environmental and human harm*, 2026. En: <https://goo.su/XX7Jez>

⁹ *Idem*.

Ciertamente, desde 2019, órganos judiciales de Estados Unidos, Reino Unido y los Países Bajos han dictado sentencias que marcan un punto de inflexión en la responsabilidad social corporativa desde la perspectiva del DIP. Estos fallos revelan cómo, a través de líneas argumentales diversas, los jueces están intentando generar vías de protección a comunidades que antiguamente estuvieron sometidas a dinámicas coloniales opresivas, y que hoy enfrentan nuevas formas de vulneración por parte de grandes corporaciones¹⁰.

Para lograr esto, han recurrido a instrumentos de su derecho privado que les permiten actuar sin necesidad de invocar complejos regímenes de derecho público, apoyándose en cláusulas generales de responsabilidad civil para fundamentar medidas cautelares o compensatorias, compatibilizando sus razonamientos con estándares de *soft law*, como los emanados de algunos órganos de la ONU y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos¹¹.

En este contexto, son básicamente tres las decisiones que se han convertido en referentes ineludibles para comprender el alcance de este viraje al cual nos referimos: *Vedanta v. Lungowe*, *Okpabi v. Shell* y *Milieudefensie v. Shell*. Todas ellas, aunque provenientes de sistemas y jurisdicciones distintas, comparten un mismo trasfondo: muestran cómo los tribunales están utilizando las herramientas del DIP para enfrentar daños ambientales y sociales que trascienden el territorio estatal, superando la tradicional deferencia que existía hacia la autonomía corporativa y abriendo paso a un análisis mucho más funcional en temas de control empresarial en contextos transnacionales.

Aunque las mismas no pueden catalogarse dentro del ámbito marítimo en el estricto sentido, su relevancia para el sector es evidente. El transporte marítimo y las actividades que le son conexas —extracción *offshore*, *bunkering*, desguace de buques, operaciones portuarias y logísticas en general— suelen desarrollarse mediante estructuras corporativas más o menos complejas, que suelen tener filiales dispersas en múltiples jurisdicciones, que dificultan la identificación del centro de manejo y toma de decisiones real y efectivo.

Adicionalmente, como es bien sabido, este sector genera impactos ambientales muy variados y extendidos —contaminación marina, emisiones atmosféricas, afectación de ecosistemas costeros—, los cuales, por naturaleza, suelen ser transfronterizos y recaer, con cierta frecuencia, sobre comunidades con escasa capacidad de incidencia política o económica.

En este escenario, consideramos que los criterios desarrollados en *Vedanta*, *Okpabi* y *Milieudefensie* ofrecen lecciones interpretativas valiosas para repensar la responsabilidad de las matrices que operan en el sector marítimo, no porque estos fallos resuelvan directamente cuestiones sobre transporte de personas o mercaderías por mar, sino porque abordan, desde una nueva perspectiva, problemas estructurales que incumben a este sector, como la diferencia entre control

¹⁰ Alpa, Guido, Tre casi paradigmatici di responsabilità sociale delle imprese per violazione di diritti fondamentali: *Vedanta*, *Okpabi*, *Milieudefensie*, en: *Dibattiti. Contratto e Impresa Europa*, 2021, Vol. 2. Disponible en: <https://goo.su/OW9vsN>

¹¹ *Idem*.

formal y control real, la fragmentación societaria como barrera para la atribución de responsabilidades y la necesidad de integrar estándares internacionales de sostenibilidad en la determinación del deber de diligencia.

II. *Vedanta Resources Plc y Konkola Copper Mines Plc v. Lungowe y otros* (Tribunal Supremo de Reino Unido, 2019)

La calificación como “histórica” de esta decisión no es una exageración por parte del gremio de abogados de Reino Unido, ni de los doctrinarios del DIP del resto del mundo. En ella se inaugura la línea jurisprudencial moderna sobre responsabilidad transnacional de la empresa matriz, se redefine el papel del DIP en litigios de sostenibilidad corporativa, se muestra cómo los tribunales del Norte Global pueden actuar como foros de protección frente a daños generados en el Sur Global, y establece criterios que luego serán retomados y ampliados en *Okpabi* y *Milieudefensie*.

Narrando brevemente los hechos del caso, se tiene que en 2016 unos 1.826 pobladores de la ciudad de Chingola (Zambia) interpusieron una demanda ante los tribunales ingleses contra *Vedanta Resources Plc* (*Vedanta*), sociedad matriz británica, y *Konkola Copper Mines Plc* (*KCM*), su filial en Zambia, alegando que los desechos procedentes de la mina de cobre de Nchanga — propiedad de *KCM*— habían sido vertidos en los cursos de agua cercanos, contaminando las fuentes hídricas utilizadas por las comunidades locales. Según su relato, esta contaminación provocó daños personales, afectaciones a la salud, pérdidas materiales y una disminución significativa de sus medios de subsistencia, por lo cual reclamaban una indemnización. La inclusión de *Vedanta* en la demanda se fundamentó en el incumplimiento del deber de diligencia debida para garantizar que su filial diera cumplimiento cabal a las de diversas disposiciones de la normativa ambiental vigente en Zambia¹².

Los demandados objetan la jurisdicción, pero la misma es confirmada por el Tribunal Superior, por lo cual presentan el caso ante la Corte Suprema de Reino Unido, la cual entra a analizar el asunto y se pronuncia sobre los siguientes aspectos:

A. La evaluación del deber de diligencia y el rol activo de la matriz en *Vedanta*

Lo primero que hace el tribunal es examinar si el fondo de la demanda era lo suficientemente sólido como para justificar la notificación a *KCM* fuera de su jurisdicción; esto significaba analizar si *Vedanta* había intervenido de manera suficiente en la gestión de la mina de cobre propiedad de *KCM* como para asumir un deber de diligencia, conforme al *common law*, frente a los

¹² Norton Rose Fulbright, *UK Supreme Court clarifies issues on parent company liability in Lungowe v Vedanta*, 2019. Disponible en: <https://goo.su/DCylHuK>

demandantes. Para ello se evaluó si *Vedanta* ejercía un nivel elevado de control y dirección sobre las operaciones mineras, y si su posición le daba la posibilidad de determinar que las actividades de *KCM* podrían llegar a causar daños a los cursos de agua circundantes debido a las descargas de sustancias tóxicas¹³.

Vedanta sostuvo que no existía un verdadero asunto litigioso que justificara su incorporación al proceso y que admitir la demanda implicaría una expansión inédita y controvertida de los límites tradicionales de la responsabilidad por negligencia. Argumentaba que no debía considerarse que la empresa matriz asumiera un deber de cuidado únicamente por haber elaborado políticas generales aplicables a todo el grupo empresarial y haber confiado en que sus filiales se encargaran de implementarlas en sus operaciones cotidianas¹⁴.

El Tribunal Supremo rechazó este argumento y concluyó que *Vedanta* había asumido explícitamente un papel activo en la definición y supervisión de las políticas ambientales del grupo ya que se demostró que la casa matriz no sólo fijaba estándares ambientales y de sostenibilidad para todo el grupo, sino que también participaba en su ejecución mediante actividades de financiamiento, formación de personal, monitoreo y control efectivo lo que permitía colegir que las filiales operaban bajo una verdadera y estrecha dependencia del consejo de administración de la matriz¹⁵.

B. Cuando el acceso a la justicia redefine la jurisdicción: la clave del razonamiento en *Vedanta*

Sobre este punto, la cuestión principal para el Tribunal Supremo era determinar si los demandantes podían incoar la demanda contra *Vedanta* y *KCM* ante los tribunales ingleses. Basándose en el artículo 8 del Reglamento de Bruselas Refundido, que otorga a los demandantes en litigios intracomunitarios la posibilidad de consolidar los procedimientos para evitar el riesgo de sentencias irreconciliables, resolvió que el mismo principio debería poder ser aplicado cuando los demandantes tengan su domicilio fuera de la Unión Europea (como en este caso), de ahí que los demandantes hubieran podido demandar válidamente a ambas empresas en UK —como en efecto lo hicieron—, en Zambia, o de demandar a *Vedanta* en Inglaterra y a *KCM* en Zambia¹⁶.

Abundando en este aspecto, el juez explica que, como regla general, los tribunales ingleses pueden autorizar la notificación a demandados extranjeros fuera de su jurisdicción si determinan que el Reino Unido es el “lugar adecuado”, el *forum conveniens*, para que el caso sea dirimido, jugando un papel decisivo en esa determinación evitar la existencia de sentencias contradictorias

¹³ Ojeda, Elvis, Transnational Corporate Liability Litigation and Access to Environmental Justice: The Vedanta v Lungowe Case, en: *The London School of Economics Law Review*, 2021, Vol. 6, Issue 3, pp. 223-248. Disponible en: <https://goo.su/2TyOs3> 2021

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Supreme Court of the United Kingdom*. (2019). *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* [2019] UKSC 20. Disponible en: <https://goo.su/wShlg>

¹⁶ Norton Rose Fulbright, *UK Supreme Court clarifies...*, ob. cit.

derivadas de procedimientos paralelos en distintos países. Y si bien en este caso esa hubiera podido ser una posibilidad, la verdad es que ese no fue el factor decisivo.

De hecho, cuando el tribunal examinó los factores de conexión relevantes, observó que casi todos apuntaban a Zambia como el foro más conveniente y adecuado para conocer de la demanda, ya que allí ocurrieron los hechos, fue allí donde se produjo el vínculo causal entre la operación negligente de la mina y el daño, allí estaban los documentos esenciales del caso y, además, para los demandantes resultaba mucho más difícil afrontar los costos, el idioma y el desplazamiento hasta Inglaterra¹⁷.

Entonces, ¿cuál fue el elemento que inclinó la balanza que los jueces ingleses aceptaran la jurisdicción en este litigio? El acceso a la justicia.

Haciendo un estudio de los elementos sociológicos que rodeaban el caso, el sentenciador descubre que los demandantes enfrentaban obstáculos significativos para litigar de manera efectiva en Zambia, ya que no contaban con los recursos necesarios para financiar el juicio por sí mismos, siendo su única opción concertar un contrato de honorarios condicionales con los abogados, sin embargo dichos acuerdos son ilegales en Zambia, de ahí que fuera imposible para ellos tener acceso a asistencia jurídica en dicho país, debiendo entonces, necesariamente, acudir a Reino Unido donde los contratos de honorarios condicionales sí son lícitos y les permitirían tener la posibilidad de contar con representación legal¹⁸.

Teniendo todo lo anterior en consideración, se determina que cuando existe un riesgo de denegación de justicia sustancial en una jurisdicción determinada, como se evidenció en este supuesto, es improbable que dicha jurisdicción pueda ser el foro apropiado para que la demanda sea juzgada de manera adecuada, si se atiende a los intereses de todas las partes y, sobre todo, a los fines de la justicia¹⁹.

La sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el caso *Vedanta* marca un hito a nivel nacional porque, primera vez, un tribunal inglés admitió una querella contra una empresa matriz que podría ser juzgada responsable por las actividades ilícitas de sus filiales en el extranjero, ampliando así las bases para que los demandantes puedan buscar y obtener justicia material.

Esta decisión también contraría la corriente que se venía siguiendo a escala internacional —tomemos como ejemplo el caso de Estados Unidos, donde la jurisdicción para conocer reclamaciones transnacionales bajo el *Alien Tort Statute* ha quedado restringida—, de ahí que, como veremos, su impacto se vaya a dejar sentir de forma inmediata en otras jurisdicciones estatales, ya que este nuevo criterio no sólo ofrece a los demandantes acceso a un procedimiento judicial y a un remedio efectivo para proteger sus derechos, sino que también confirma el tercer pilar del acceso a

¹⁷ Ojeda, *Transnational Corporate Liability...*, ob. cit.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ *Ídem*.

la justicia ambiental —el derecho a un acceso efectivo a la justicia en asuntos ambientales—²⁰, tal como fue consagrado en el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, junto con los otros dos pilares: el acceso a la información ambiental y la participación pública en la toma de decisiones.

III. *Okpabi v Royal Dutch Shell Plc & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* (Tribunal Supremo de Reino Unido, 2021)

Siguiendo la misma línea, nos topamos con este segundo caso que reseña la demanda por responsabilidad extracontractual interpuesta en 2015 ante los tribunales ingleses por unos 40.000 ciudadanos de Ogale y Bille, dos zonas afectadas del delta del Níger, en contra de *Royal Dutch Shell* (RDS) —empresa matriz domiciliada en Reino Unido— y *Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd* (SPDC), una de sus filiales nigerianas, debido a los severos daños ambientales ocasionados por los derrames petroleros y la contaminación que los oleoductos operados por SPDC ocasionaron a las principales fuentes naturales de agua para consumo humano, pesca, agricultura, aseo y fines recreativos, a las que tenían acceso estas comunidades²¹.

En 2017, el Tribunal Superior de Londres al revisar el asunto concluyó que RDS era únicamente una sociedad tenedora, es decir, una empresa matriz cuya función principal era la de poseer y coordinar participaciones en otras compañías, sin intervenir directamente en la gestión de sus operaciones diarias. Sobre esa base, la corte sostuvo que RDS no ejercía control alguno sobre las actividades de su filial nigeriana y, por tanto, no tenía un deber de diligencia hacia las comunidades afectadas por los vertidos. Los demandantes apelaron esta decisión y, un año después, en 2018 el Tribunal de Apelación coincidió con el criterio del *a quo* en que los jueces británicos carecían de jurisdicción para conocer de las demandas, pero permitió que los representantes de las comunidades afectadas recurrieran ante el Tribunal Supremo de Reino Unido, manteniendo abierta la posibilidad de revisar ese veredicto²².

El recurso ante la Corte Suprema, que tuvo lugar en junio de 2020, llegó a proceder justamente gracias al precedente que sentó el caso *Vedanta*, recientemente comentado, y va a ser clave para la fundamentación de la decisión.

A. *Okpabi* desarrolla la línea abierta en *Vedanta* sobre jurisdicción internacional

Efectivamente, en la sentencia de *Okpabi* el propio Tribunal Supremo apunta que el caso guarda gran similitud con lo resuelto en *Lungowe vs Vedanta*, por lo cual el marco allí fijado es directamente aplicable. En la decisión se reafirma que cuando la empresa matriz está asentada en

²⁰ *Ídem*.

²¹ Connellan, Clare, Jacquelyn MacLennan, Rebecca Campbell, Emiko Singh & Cecily Higham, *Okpabi v Royal Dutch Shell Plc: UK Supreme Court allows Nigerian citizens' environmental damage claim to proceed against UK parent company*, White & Case LLP, 2021. Disponible en: <https://goo.su/eWdlENv>

²² Amnesty International, *UK: Landmark ruling forces Shell to face up to its abuses in Nigeria*, 2021. En: <https://goo.su/nFjZus>

el Reino Unido, su domicilio constituye una especie de “punto de anclaje” lo suficientemente fuerte para fundar atracción de la jurisdicción por parte de los tribunales ingleses, esto siempre y cuando la demanda plantee una cuestión seria, defendible y no frívola en relación con el deber de diligencia alegado²³.

En otras palabras, lo que explica el juez es que se debe hacer una valoración previa —mas no un micro juicio— de los fundamentos de la causa, y si estima que existe una cuestión real que juzgar respecto del deber de diligencia de la matriz, entonces es procesalmente legítimo extender su jurisdicción a la filial extranjera, dado que las reclamaciones contra ambas están estrechamente conectadas, siendo en consecuencia válido usar a la matriz como *anchor defendant*, siempre que no se trate de una maniobra abusiva²⁴.

Con esto, se refuerza la idea de que el foro del Estado de la matriz puede llegar a ser un *forum conveniens* o apropiado para conocer de causas sobre daños transnacionales, especialmente cuando el litigio gira en torno a la responsabilidad de esa matriz por la gestión del grupo.

De este modo, *Okpabi* contribuye a consolidar una concepción del *forum* que no queda limitado a criterios como el lugar donde se produjo el hecho ilícito o el lugar de la consecuencia dañosa o el domicilio de la filial, sino que reconoce el papel estructural del Estado de origen de la empresa matriz en la arquitectura jurisdiccional del DIP, entendiendo que el Estado donde está domiciliada la matriz no es un actor neutral o simplemente periférico, sino un foro protagonista y necesario para el desenvolvimiento de las actividades regulares de la filial y por tanto le incumbe la resolución de los daños transnacionales causados por todos los miembros del grupo empresarial.

B. De *Vedanta* a *Okpabi*: la arquitectura del deber de cuidado en grupos empresariales

En el asunto *Vedanta* el tribunal identificó cuatro “rutas” a través de las cuales puede surgir un deber de cuidado de la empresa matriz, éstas fueron retomadas y desarrolladas por los apelantes en *Okpabi* para argumentar que *Shell* había asumido esta obligación con relación a su filial nigeriana, aduciendo lo siguiente:

- (i) *Shell*, conjuntamente o no, se hacía cargo de la gestión de la actividad de *SPDC*;
- (ii) *Shell* brindaba asesoramiento y dictaba políticas ambientales y de seguridad para todo el grupo que realmente fueron implementadas;
- (iii) *Shell* promulgaba las políticas ambientales y de seguridad para todo el grupo y tomaba medidas activas para garantizar su implementación; y

²³ UK Supreme Court, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another*, 2021, UKSC 3. Disponible en: <https://goo.su/tYN5ug7>

²⁴ *Idem*.

(iv) *Shell* sostenía un grado particular de supervisión y control sobre la actividad de *SPDC*²⁵.

En resumen, sostenían que *Shell* había ejercido un alto grado de control, dirección y supervisión respecto al cumplimiento de *SPDC* en temas de medio ambiente y de operatividad de la infraestructura petrolera, basándose para ello en: (a) el Marco de Control *RDS* que establecía el estándar de vigilancia aplicable a todas las empresas de *Shell*, y (b) el Marco de Control *RDS HSSE* que mostraba el alcance del control detallado que el consejo de administración de *Shell* ejercía sobre las prácticas de la filial en materia de salud, seguridad y medio ambiente²⁶.

El caso subraya el peso que tienen los documentos corporativos internos al momento de determinar la verdadera relación existente entre la matriz y las filiales en las demandas por negligencia, ya que Tribunal Supremo empleó el Marco de Control *RDS* para evidenciar que el Grupo *Shell* no estaba organizada según la estructura formal de sociedades (matriz-filial), sino según líneas de negocio globales y funciones corporativas transversales, es decir, como una entidad integrada y no como un conjunto de empresas independientes²⁷.

Como resultado de esta sentencia y de la decisión *Vedanta*, si bien no se elimina el tradicional principio de separación societaria —según el cual cada sociedad responde sólo por sus propios actos, siendo responsable la matriz por la filial únicamente en circunstancias excepcionales, ya que se la estructura corporativa formal se tomaba como punto de partida para el análisis—, sí se marca un cambio cualitativo en la forma en la que los tribunales ingleses la aplican, modificando la manera en que opera cuando se considera el deber de diligencia dentro de un grupo empresarial transnacional.

IV. *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc*. (Tribunal de Distrito de La Haya, 2021)

Con esta demanda épica *Milieudefensie* (Amigos de la Tierra Países Bajos), sumado esfuerzos con otras organizaciones ambientales y unos 17.319 individuos actuando de forma particular, se inició un procedimiento en abril de 2019 en contra de *Royal Dutch Shell* (*RDS*), argumentando que las contribuciones del grupo *Shell* al cambio climático violaban las regulaciones de DD.HH. de la ONU y el estándar de cuidado articulado en el Código Civil holandés, que exige que todos aquellos que cometan un daño civil lo reparen a la persona que lo ha sufrido²⁸.

²⁵ Cohen, Jonathan & Sam Eastwood, *Okpabi and others v Royal Dutch Shell plc and another – UK Supreme Court provides further clarification on parent company liability for the actions of its foreign subsidiary*. Mayer Brown, 2021. Disponible en: <https://goo.su/HO5i2>

²⁶ *Ídem*.

²⁷ National Case Law Archive, *Okpabi v Royal Dutch Shell plc* [2021] UKSC 3. LawCases.net. 2026. Disponible en: <https://goo.su/sLZY>

²⁸ Chen, Iris, *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell: Budding legal corporate accountability in the climate change fight*, en: *Columbia Undergraduate Law Review*, 2021. Disponible en: <https://goo.su/NRtUjR>

En base a ello, exigían que *RDS* redujera las emisiones de efecto invernadero en, al menos, un 45% neto con respecto a los niveles de 2019 a más tardar en 2030 de conformidad con el objetivo de temperatura global del Acuerdo de París. Según los demandantes, esta exigencia se fundaba en un supuesto deber no escrito de cuidado que *RDS* tiene bajo la ley holandesa para ayudar a prevenir, a través de la política corporativa que determina para el grupo *Shell*, el cambio climático peligroso, y en otros instrumentos de *soft law* como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los DD.HH., los Principios del Pacto Mundial de las Naciones Unidas y las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales²⁹.

En respuesta, *RDS* solicitó la desestimación de la demanda, aduciendo que los tratados y directrices internacionales en los que los demandantes basaban sus alegaciones no le eran aplicables a corporaciones sino a Estados y que la transición de los combustibles no es un tema que daba tratarse por los tribunales, sino que deben ser abordados el legislador y la política³⁰.

En el 2021 el Tribunal de Distrito de La Haya falló a favor de los demandantes, imponiéndole a *RDS* una serie de obligaciones en materia medioambiental, y si bien decisión fue revocada parcialmente en segunda instancia en el 2024, dado lo innovador de su contenido pasaremos a comentar los aspectos más relevantes de ella y los que más nos incumben sobre esta decisión para este escrito.

A. Cuando la matriz responde por toda la cadena de valor: el alcance estructural de *Milieudefensie*

Lo primero que hay que rescatar es que la sentencia explica que, desde la reestructuración del grupo *Shell* en 2005, *RDS* funciona como la matriz última de todo el conglomerado, y que *RDS* es una persona jurídica de derecho privado constituida bajo las leyes de Inglaterra y Gales con sede corporativa en La Haya, lo que refleja desde el inicio la naturaleza transnacional del grupo³¹.

Se tiene entonces que *RDS* actúa como *holding* superior: mantiene las participaciones en las sociedades matrices intermedias, cumple las obligaciones derivadas de sus cotizaciones bursátiles en Nueva York, Londres y Ámsterdam, y define la política corporativa general del grupo. Bajo ella se despliega una red de más de 1.100 empresas distribuidas en todo el mundo, organizadas en distintos niveles societarios que incluyen *intermediate parents*, *operating companies* y *service companies*. Esta estructura corporativa compleja, con un centro de decisión estratégico en *RDS* y filiales operativas dispersas globalmente, es la razón por la cual en el caso se demanda tanto a la matriz como a las empresas directamente involucradas en los hechos, alegándose que *RDS* asumió

²⁹ Climate Law Accelerator, *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*. CLX Toolkit, s.f. Disponible en: <https://goo.su/OzQ1UG>

³⁰ *Idem*.

³¹ *Milieudefensie. Verdict climate case Milieudefensie v. Shell*, 2021. Disponible en: <https://goo.su/WBc3Jzm>

un papel de dirección y supervisión que la vincula con las operaciones que dieron lugar al litigio, reafianzándose el criterio que ya se venía advirtiendo en *Vedanta y Okpabi*³².

Es por ello que en la decisión final el sentenciador ordena a *RDS* reducir sus emisiones globales en un 45% con respecto a los niveles registrados en 2019, incluyendo no sólo sus propias fuentes de emisión, sino también las emisiones de terceros de los que adquiere capacidad operativa, proveedores, y las emisiones de terceros que han comprado su petróleo y gas crudo, con lo cual se abarcaba la totalidad de las emisiones relacionadas con el grupo entero, afectando así el fallo a toda la cadena de suministro de combustibles fósiles independientemente de su lugar de arraigo³³.

B. El “primer hecho generador” en litigios climáticos: la clave para aplicar la ley del foro

Otro de los tópicos que nos interesa señalar sobre este fallo, es el relacionado al derecho aplicable a la resolución del fondo del asunto. Sobre este particular, el juez tuvo en cuenta el contenido del artículo 7 del Reglamento Roma II que establece que debe aplicarse la ley del país donde se produce el daño medioambiental, a menos que el demandante opte por la aplicación de la ley del lugar donde se produce el hecho dañoso³⁴.

Para *RDS* el hecho generador del daño serían las emisiones, sin embargo, el tribunal explica que esta interpretación no se correspondía con las características de los daños medioambientales, ni con el concepto de protección del artículo 7 del Reglamento ya que, de tomar este criterio, existirían entonces tantos hechos generadores como lugares donde hubiera habido emisiones, produciendo esto que innumerables ordenamientos distintos fueran aplicables³⁵.

Por el contrario, el tribunal manifestó que, en el escenario planteado, el daño lo constituían las emisiones de CO₂, siendo entonces el hecho dañoso las directrices que, desde los Países Bajos donde estaba su administración central, *RDS* impartía a todo su grupo *Shell*. Añade que, ciertamente, puede ser atentatorio contra la seguridad jurídica, dar a la víctima la posibilidad de elegir el lugar del hecho generador del daño como ley aplicable, sobre todo en casos como éste donde un hecho dañoso produce otro hecho dañoso, y éste a su vez genera otros, pero permitirles la posibilidad de aplicar la ley del lugar del primer evento generador del daño, cuando éste coincide con el foro competente, se traduce más bien en la simplificación del procedimiento³⁶.

³² *Ídem*.

³³ Climate Law Accelerator, *Milieudefensie* ..., ob. cit.

³⁴ Zambrana Tévar, Nicolás, *Milieudefensie v Shell: una victoria pírrica para la litigación sobre cambio climático*, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2025, Vol. 17, No. 2, pp. 1256-1267.

³⁵ *Ídem*.

³⁶ *Ídem*.

C. La primera orden judicial de reducción corporativa de emisiones: un hito en litigios climáticos

El punto más icónico de esta sentencia lo constituye la orden que el tribunal dirige a *RDS* de reducir sus emisiones globales en un 45%, ya que con ese dictamen se convierte en la primera decisión judicial que establece que una empresa privada, una corporación transnacional, debía disminuir sus emisiones de gases de efecto invernadero, siendo esto trascendental para el derecho de los DD.HH. y el cambio climático³⁷.

En efecto, el tribunal en su argumentación detalla que propia política ambiental de *RDS* está redactada de forma imprecisa y no engloba un objetivo de emisiones para 2030, con lo cual estaría invalidando las regulaciones internacionales y estatales sobre emisiones. En base a eso, dictamina que *Shell* reduzca sus emisiones netas en el porcentaje señalado a más tardar para 2030, dando así cumplimiento del Acuerdo de París, siendo pionera esta decisión en el establecimiento de ese deber de disminución de emisiones basado en estándares internacionales de derechos humanos y sostenibilidad³⁸.

Si bien es cierto que, tal como explicamos hace unos momentos, esta decisión fue parcialmente revocada por el Tribunal de Apelaciones el cual sostuvo que, basándose en el estándar social general de cuidado, no se podía asumir que *Shell* tuviera la obligación de reducir sus emisiones en un porcentaje determinado y por tanto esta imposición quedó desechada, esta segunda instancia sí reforzó muchos criterios en materia de DD.HH. ambientales y de responsabilidad corporativa que vale la pena rescatar.

Primeramente, indicó que es responsabilidad de las empresas adecuar sus acciones y políticas a las directrices que establecen instrumentos de *soft law* como los Principios de las Naciones Unidas sobre Empresa y DD.HH., las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, el *Global Compact*, las *Net Zero Guidelines* de la *International Organization for Standardization*, la *Exponential Roadmap Initiative* y la *Race to Zero*, los cuales establecen un criterio global de conducta de respeto a los DD.HH., no siendo suficiente que las empresas hagan un mero seguimiento de los desarrollos normativos que se produzcan y que cumplan con lo dispuesto por los Estados, sino que verdaderamente se espera de ellas que impidan o mitiguen los impactos negativos que sus acciones puedan ocasionar sobre los DD.HH.³⁹.

Adicionalmente, manifiesta que aun cuando los DD.HH. no tengan un efecto horizontal, es decir que son exigibles frente al Estado pero no frente a los particulares, los valores que engloban y los bienes jurídicos que protegen son tan importantes que los particulares pueden invocar el respecto de esos derechos incluso en sus relaciones con empresas privadas, llegando a impactar

³⁷ Climate Law Accelerator, *Milieudefensie* ..., ob. cit.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Zambrana Tévar, *Milieudefensie* ..., ob. cit.

relaciones de derecho privado, y dimensionar estándares abiertos de conducta como el criterio social de diligencia debida⁴⁰.

Por último, recalca que el cambio climático constituye un gran problema de nuestro tiempo, y que combatirlo es una responsabilidad no sólo de los Estados sino también las empresas que, de manera muy activa, han contribuido a su aparición y agravamiento, por lo cual están en la obligación de favorecer a su solución, aun si las normas de derecho público no los constriñen directamente⁴¹.

V. Lecciones estructurales de *Vedanta*, *Okpabi* y *Milieudefensie* para un Derecho Internacional Privado Marítimo Sostenible

A pesar de que las sentencias acabadas de comentar, *Vedanta*, *Okpabi* y *Milieudefensie*, no pertenecen al ámbito marítimo, consideramos que aportan una serie de lecciones para el DMIP que no debemos ignorar.

En primer lugar, vemos que estos casos nos revelan una especie de desplazamiento profundo del DIP, el cual intenta dejar de operar como un simple mecanismo estrictamente adjetivo y neutral para convertirse ahora en un espacio donde se busca la consecución de determinados principios sustantivos, se articulan estándares internacionales y se tratan de corregir asimetrías estructurales en contextos transnacionales.

Esto, para un sector como el marítimo que, por su naturaleza siempre se ha caracterizado por ostentar estructuras corporativas fragmentadas, generar impactos ambientales transfronterizos y cuyo núcleo son las operaciones distribuidas globalmente, estas transformaciones constituyen, indefectiblemente, un horizonte normativo relevante.

Tanto en *Vedanta* como en *Okpabi* observamos que los razonamientos y decisiones que tomen los tribunales en temas sobre jurisdicción y foro no son meros ejercicios técnicos de aplicación de criterios atributivos de jurisdicción, sino que son verdaderos escrutinios del caso que deben tender siempre a la decisión que más favorezca el acceso a la justicia por parte de los débiles jurídicos de la relación material que se presenta en litigio.

Esta lectura tiene implicaciones directas para el DMIP donde es común que las legislaciones en este tipo de materias atraigan al conocimiento de sus tribunales casos que se han suscitado en los confines de su territorio, y que sus tribunales se inclinen a favorecer la jurisdicción territorial sin ir más allá a evaluar si esa atribución jurisdiccional es la que más favorece el acceso a la justicia, y es la que más protege y ofrece garantías de reparación al débil jurídico.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ *Ídem*.

Una segunda lección se refiere a la relación matriz-filial. Observamos que en los tres casos consolidan una doctrina que intenta dejar de lado el formalismo societario y privilegia un análisis funcional del control. En un primer momento, *Vedanta* y *Okpabi* establecen que la matriz puede asumir un deber de cuidado cuando son las encargadas de dictar las políticas, supervisar las operaciones y/o fijar los estándares que será de cabal cumplimiento y obligatorios para el grupo.

Por su parte, *Milieudefensie* se suma a esta corriente y la profundiza al reconocer un nivel de responsabilidad no solamente sobre sus filiales directas, sino también las emisiones que sean generadas por sus proveedores e incluso compradores finales, con lo cual se extiende ese deber de cuidado a toda la cadena de suministro de combustibles fósiles.

Para el DMIP marítimo, esta teoría es especialmente significativa ya que, para el comercio marítimo mundial, las corporaciones transnacionales desempeñan un rol central. Esto se evidencia si tenemos en cuenta que sólo alrededor de un tercio de las exportaciones circula dentro de los propios grupos empresariales que las conforman, y otro tercio se realiza en operaciones con compañías extranjeras⁴².

Una tercera lección la deducimos del caso *Milieudefensie*, en donde se evidencia posibilidad de integración de estándares internacionales en la determinación del deber de diligencia debida. Gracias a este precedente podemos ver el DIP puede funcionar como un espacio de articulación normativa donde el *soft law* en materia internacional publicista —Principios Rectores de la ONU, Directrices OCDE, etc.— puede ayudarnos concretar el verdadero alcance y contenido de las obligaciones corporativas.

Como pudimos apreciar, el tribunal neerlandés no aplicó dichas normas como si fuera *hard law*, o un derecho directamente vinculante, sino que vio su utilidad para definir el estándar de conducta exigible a las empresas multinacionales, y no sólo con respecto a las actuaciones propias de la matriz sino de todo el grupo empresarial.

Cuando nos enfocamos en el sector marítimo, creemos que esta apertura es especialmente relevante si tenemos en cuenta la gran producción de Derecho Internacional Público en materia medioambiental —normas de la OMI, MARPOL, los objetivos de descarbonización, los estándares ESG⁴³, entre muchas otras— pueden operar como parámetros de diligencia en litigios de responsabilidad civil, sin necesidad de transformar el derecho privado en derecho público internacional, pero reconociendo la interdependencia normativa que caracteriza al sector.

⁴² De la Fuente, Laura, *Las empresas transnacionales y el sistema portuario argentino desde el análisis de sistema-mundo*, La Plata, 2007, Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <https://goo.su/mFNnUNu>

⁴³ Ambiente, Sociedad y Gobernanza (ESG) por sus siglas en inglés.

Adicionalmente, sienta un referente en materia de DD.HH. ambientales y la responsabilidad, de primera línea, que tiene las corporaciones para combatir la contaminación que ellas mismas generan y que atentan cada día en contra de dichos derechos.

En su conjunto, estos casos y, sobre todo, el abordaje dado por los tribunales a los mismos nos está permitiendo entrever que la contaminación y los daños ambientales y climáticos no son un elemento ajeno al DIP, y entendiendo que en el sector marítimo los impactos ambientales son, por definición, transfronterizos, esta dimensión adquiere una relevancia particular: la protección del medio marino, las zonas costeras, especies acuáticas y subsuelos marinos, y los DD.HH. que de ello se desprenden no es un objetivo privativo del Derecho Internacional Público, sino un elemento que puede incidir en la responsabilidad civil transnacional de las empresas dedicadas al sector del transporte de mercaderías por mar.

Por supuesto, sería una falacia decir que tenemos un “nuevo DMIP” o una jurisprudencia marítima post-*Vedanta*, sin embargo, nos permite advertir aires de cambio en el DIP que pueden llegar a permear en un DMIP en transición, donde la responsabilidad corporativa transnacional, la integración de estándares internacionales, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva comienzan a redefinir el papel del foro y de la matriz en un mundo interdependiente. Consideramos que, aunque aún no constituye un cambio plenamente consolidado, sí marca el rumbo hacia el cual debería orientarse la evolución del Derecho en esta materia.

Economía y Derecho del Consumo venezolano: Interno e Internacional

Víctor Gregorio Garrido Ramos*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 173-209.

Resumen

Aunque Derecho y Economía son dos disciplinas cuyo núcleo común es el ser humano, el Derecho siempre ha estado a la zaga de los fenómenos económicos que regula. Las leyes sobre protección a los derechos de consumidores y usuarios a veces no están en sintonía con las instituciones económicas que representan la realidad vital de las personas. Por ejemplo, hay leyes que califican de manera imprecisa las “personas jurídicas” como consumidores o usuarios finales, ignorando los derechos humanos de los demandantes de bienes o servicios que deben proteger en los mercados de libre competencia. El objetivo de este trabajo es, por lo tanto, presentar conceptos económicos básicos que puedan orientar al legislador en la formulación coherente de disposiciones jurídicas y, asistir al operador jurídico a interpretarlas cabalmente.

Abstract

Although Law and Economics are two disciplines whose common core is the human being, Law has always lagged the economic phenomena it regulates. Consumer and user protection laws are sometimes out of step with the economic institutions that represent the vital reality of people. For example, some laws imprecisely classify “legal persons” as consumers or end users, thereby ignoring the human rights of those who demand goods or services and whom such laws are meant to protect in free-market settings. The aim of this paper is therefore to present basic economic concepts that may guide legislators in the coherent formulation of legal provisions and assist legal practitioners in interpreting them fully.

Palabras clave

Consumidor. Usuario. Proveedor. Libertad individual. Propiedad privada. Iniciativa privada. Soberanía del consumidor. Producción. Mercado. Precios. Monopolio. Libre competencia. Inflación. Reduflación.

Keywords

Consumer. User. Supplier. Individual freedom. Private property. Private initiative. Consumer sovereignty. Production. Market. Prices. Monopoly. Free competition. Inflation. Shrinkflation.

Sumario

Introducción. I. Conceptos económicos fundamentales. A. El Problema Económico: “si no hay producción no hay consumo”. B. Producción de bienes y servicios económicos. 1. Bienes y servicios de consumo final. 2. Bienes de capital físico o de inversión. 3. Bienes y servicios intermedios. C. El mercado de bienes y servicios del primer orden. D. El consumo per cápita (CPC). E. Sobre inflación monetaria y consumo. F. La soberanía del consumidor. II. La protección jurídica de los consumidores finales. A. El régimen socioeconómico venezolano. 1. Sobre el artículo 117 de la CRBV. 2. Derechos de consumidores y usuarios en la CRBV. a. Derecho a disponer de bienes y servicios de calidad. b. Derecho a “una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen”. c. Derecho a “la libertad de elección”. d. Derecho a “un trato equitativo y digno”. 3. Defensa legislativa de los derechos de los consumidores. 4. El artículo 113 de la CRBV y el Consumo. III. Sobre el Derecho

* Universidad Central de Venezuela: Abogado (1996); *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (2006); Ingeniero Mecánico (1967); Postgrado de Administración (1973); profesor de las asignaturas Derecho Internacional Privado y Economía Política en la Escuela de Derecho (2012-2025); Universidad Metropolitana: profesor de las asignaturas Termodinámica II y Refrigeración en la Escuela de Ingeniería Mecánica (1974-2001); Universidad José María Vargas: profesor de las asignaturas Derecho Internacional Privado y Economía Política en la Facultad de Derecho (2007-2013).

del Consumo. A. Sobre el Derecho del Consumo interno. 1. Sobre el mito de los precios justos. 2. Libre competencia vs. competencia justa. 3. Sobre la calificación de consumidores y usuarios. a. Consumidores. b. Usuarios. 4. Monopolio legal de los servicios públicos. a. Servicio público de agua potable. b. Servicio doméstico de energía eléctrica. c. Servicio doméstico de gas natural. B. Contratos de consumo y de servicio. 1. Los contratos de adhesión. 2. Las disposiciones imperativas. IV. Derecho del Consumo internacional. A. Internacionalidad del Acto de Consumo y de la Prestación de Servicios. B. Jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos. 1. Tratados internacionales. a. El Código Bustamante. b. Las Convenciones Interamericanas. 2. Fuentes internacionales no vigentes. a. El Reglamento Bruselas I. b. El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro. c. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo. 3. Normas autónomas atributivas de jurisdicción. 4. Sobre Derecho aplicable a las relaciones de consumo. A modo de epílogo.

Introducción

Epistemológicamente, Derecho y Economía son ciencias sociales entre las que existe más afinidad que oposición a pesar de que “el economista es un distinguido profesional que se ha especializado en decir en forma difícil las cosas claras”¹. No es la intención de este breve escrito. No obstante, hemos de tener en cuenta que el Derecho Positivo debe ser coherente con las instituciones de la Economía que es “la realidad” (lo existente en el mundo natural, en el que se dan las relaciones sociales), en cuanto a ciencia positiva cuya función es el análisis y descripción objetiva de la interrelación de los fenómenos económicos [ejemplos: Demanda y Oferta; Producción y Consumo], mientras que aquella tiene como función la formulación de normas de conducta humana [ejemplo: normas sobre la protección y defensa de consumidores y usuarios]².

Desde su más remota existencia —anterior a los tiempos a que alcanza la Historia— el ser humano ha actuado para satisfacer directamente sus necesidades primarias y poder sobrevivir: alimentación, vestido y vivienda. Por lo tanto, el ser humano ha sido siempre, por naturaleza, consumidor de “bienes económicos”³, por lo que esta realidad está presente desde que vivía en su *status naturae* —situación anterior a la formación del Estado y a toda legislación humana— que precedió al *status societatis*; situación en la que, eventualmente, el Estado ha intervenido —en mayor o menor grado— en la vida socioeconómica de las personas (*ubi societas ibi ius*). A partir de la Especialización y División del Trabajo⁴ y el desarrollo

¹ Sánchez-Covisa, Joaquín, *Economía, mercado y bienestar: Estudios económicos. Selección y ordenación póstumas*, Caracas, La Electricidad de Caracas, 1974, p. 336.

² Maza Zavala, Domingo y Antonio González, *Tratado Moderno de Economía*, Caracas, Panapo, 1992, p. 20.

³ Garrido Ramos, Víctor Gregorio, ¿Es la propiedad ... un derecho real?, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2022, No. 18, pp. 11 ss., especialmente p. 16: “En el ámbito de la Economía Política (...) los denominados ‘bienes económicos’ —naturales o manufacturados— están destinados al logro del bienestar económico de las personas y las sociedades (...)”.

⁴ La especialización y consecuente división del trabajo se fundamenta en el principio de eficiencia productiva que se materializa en la implementación de sucesivas etapas de fabricación en el proceso de producción de un bien económico con el objetivo de perseguir una mayor productividad. Es decir, perseguir “una cantidad máxima de producto obtenible partiendo de cantidades dadas de factores

tecnológico impulsado por la Revolución Industrial del siglo XIX se intensificó el fomento económico de la “construcción de servicios” destinados a la satisfacción de las necesidades humanas (fines que el ser humano valora). Al respecto, las personas físicas actúan como usuarios de servicios que contratan con el correspondiente proveedor. Luego, es a partir de los denominados factores productivos o “medios” (recursos humanos, naturales y materiales o de capital) que la producción de “bienes y servicios de consumo final” tiene por destino la satisfacción de las necesidades humanas de los consumidores y usuarios.

Con este trabajo perseguimos contribuir a un mejor conocimiento de la coherencia que debe existir entre las disposiciones jurídicas —de aplicación interna o internacional— destinadas a la protección y defensa de los derechos de consumidores y usuarios con los conceptos científicamente establecidos en Economía Política, sobre los cuales deben fundamentarse aquellas. No obstante, en adelante utilizaremos el término “consumidor final” para designar, genéricamente, al destinatario final (Consumidor o Usuario) de la producción económica de bienes y de servicios.

I. Conceptos económicos fundamentales

Como disciplina científica de sustrato social, la Economía Política dispone de un objeto de estudio (*subject matter*) que permite, mediante deducción lógica, el análisis del comportamiento de la sociedad humana frente a su cambiante realidad vital, a efectos de establecer instituciones que fundamentan la ocurrencia de fenómenos económicos (Ejemplos: producción, consumo, oferta, demanda, inflación, etc.). La precisión científica de tales instituciones económicas deben ser consideradas conceptualmente por el Derecho positivo, en tanto que “organización del derecho natural de legítima defensa (...) para mantener a cada uno en su derecho, para hacer reinar entre todos la justicia”⁵.

A. El Problema Económico: “si no hay producción no hay consumo”

Como decía F. Quesnay⁶ “Producir y consumir son el asunto que a todos nos afecta”⁷. Actualmente, con la denominación “problema económico” se hace referencia al objeto de estudio de la Economía Política, en el cual se relacionan las dos actividades económicas señaladas

productivos, en un momento dado” (Cfr: Samuelson, *Economics*, New York, McGraw Hill, 6ª ed., 1964, p. 516). Simplemente, mayor producción al menor costo posible (economía de escala).

⁵ Bastiat, Frédéric, *La Ley*, Madrid, Unión Editorial, 2021, p. 29.

⁶ Francois Quesnay (1694-1774) fue un economista francés fundador de la Escuela Fisiocrática según la cual la riqueza de una nación provenía exclusivamente de la agricultura y que la economía se regía por un “orden natural”, mostrando en su *Tableau Économique* cómo el dinero y los productos circulaban entre agricultores, terratenientes y comerciantes.

⁷ Bastiat, *La Ley*..., ob.cit., p. 13.

en la cita contenida en este epígrafe. Es decir, no se puede hablar de consumo sin hacer referencia también a “la producción de bienes y servicios económicos”. Al punto, el economista y filósofo escocés Adam Smith (1723-1790) expresó que “el consumo es el único fin y propósito de toda producción”⁸. Mucho tiempo después (año 1936), economista inglés John Maynard Keynes (1883-1946) formuló la misma idea: “toda producción tiene por fin último la satisfacción de algún consumidor”⁹.

Hacia el año 1932, el economista británico Lionel Robbins (1898-1984)¹⁰ establece una relación —en el marco de la conducta humana (*human economic behavior*)— entre medios o recursos económicos escasos o limitados (*inputs* utilizados alternativamente para la generación de productos: bienes y servicios económicos) y fines múltiples y crecientes (necesidades y preferencias humanas de carácter económico a ser satisfechas). Al punto, son cuatro los elementos que determinan el problema económico: (1º) la multiplicidad de fines; (2º) la jerarquización de esos fines (las necesidades son unas más perentorias que otras); (3º) la escasez de recursos productivos (los medios disponibles son limitados); (4º) el empleo alternativo de los medios¹¹. En este sentido, “el problema económico de las comunidades humanas radica esencialmente en organizar y distribuir racionalmente los limitados recursos disponibles, esto es, las fuerzas de trabajo [recursos humanos] y los bienes materiales de producción [naturales y de capital físico]”¹².

B. Producción de bienes y servicios económicos

Aunque “la economía no se interesa directamente por bienes y servicios, sino por acciones humanas”¹³, con el término “producción” se hace referencia a la actividad empresarial que utiliza factores productivos [medios] para generar un producto [un bien o un servicio económicos]¹⁴. No sólo son calificados como productos los generados por las actividades productivas relacionadas con la naturaleza (sector primario de producción) y la industria (sector secundario de producción), sino también la prestación de los servicios de electricidad, agua potable, transporte y otros (sector terciario de producción). Tales productos pueden tener distintos destinos para atender las diversas necesidades económicas de la comunidad. A tal efecto, un sector de la doctrina económica de mayor competencia ha clasificado los productos

⁸ Smith, Adam, *Economía y Moral*, San José de Costa Rica, Libro Libre, 1988, p. 17.

⁹ Keynes, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, FCE, 2000, p. 50.

¹⁰ Robbins, Lionel, *An essay on the Nature and Significance of Economics Science*, Alabama, The Mises Institute, 2007, pp. 2-22.

¹¹ Pernaut, Manuel (SJ), *Teoría Económica*, T1, Madrid, Bibliográfica Española, 1958, p. 32.

¹² Sánchez-Covisa, Joaquín, Economía, mercado y bienestar, en: *Revista de Orientación Económica*, 1961, No. 1, pp. 25-26.

¹³ Mises, Ludwig von, *La acción humana. Tratado de Economía*, Madrid, Unión Editorial, 10ª ed., 2011, p. 430.

¹⁴ Sher, William y Rudy Pinola, *Teoría microeconómica*, Madrid, Alianza, 1989, p. 44.

como sigue¹⁵: (1) bienes y servicios de consumo final; (2) Bienes de capital físico o de inversión; y (3) bienes y servicios intermedios.

1. Bienes y servicios de consumo final

Generalmente, “son bienes y servicios voluntariamente adquiridos por los consumidores”¹⁶. Son clasificados también como bienes y servicios del primer orden. Con este término se hace referencia a los bienes (producidos interna e internacionalmente) y servicios (públicos y privados) que pudieran ser ofrecidos libremente en el “mercado de bienes y servicios”¹⁷, con el fin de satisfacer directamente las necesidades humanas de la población. Es en la esfera de un “sistema social de mercado”¹⁸ donde los consumidores y usuarios pueden actuar voluntariamente y donde el Estado interviene —conjuntamente con la iniciativa privada¹⁹— para garantizar la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, con el fin de elevar su nivel de vida, generando fuentes de trabajo²⁰.

Aunque el régimen socioeconómico venezolano se fundamenta en el principio económico de libre competencia entre otros²¹, el Estado puede intervenir de manera exclusiva y excluyente en la producción de ciertos bienes y servicios públicos de primer orden (“servicios y bienes de interés público”) en el marco de mercados de monopolio establecidos legalmente mediante “la respectiva ley orgánica”²². Luego, son bienes y servicios de primer orden que no son susceptibles de ser ofrecidos libremente en un “mercado de bienes y servicios” aunque su objetivo final sea el de satisfacer directamente las necesidades humanas de la población.

2. Bienes de capital físico o de inversión

Estos son productos nacionales e importados que no atienden directamente a la satisfacción de las necesidades humanas sino que están destinados a intervenir como uno de los

¹⁵ Barros De Castro, Antonio y Carlos F. Lessa, *Introducción a la Economía. Enfoque estructuralista*, México, Siglo XXI, 2ª ed., 1969, pp. 21-22.

¹⁶ Mises, Ludwig von, *La mentalidad anticapitalista*, Madrid, Unión Editorial, 5ª ed., 2021, p. 19.

¹⁷ *Vid.* epígrafe C *infra*.

¹⁸ Con esta denominación (impropiamente: “economía o sistema económico mixto”) se hace referencia a un sistema económico caracterizado por mercados que funcionan en base a los principios de libertad económica, propiedad e iniciativa privadas, cuyo ejercicio está condicionado por el grado o nivel de intervención del Estado en la economía.

¹⁹ Art. 299 *CRBV*: “(...) El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población (...)”.

²⁰ Art. 112 *CRBV*: “Todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia (...) El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando (...) la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población (...)”.

²¹ Art. 299 *CRBV*: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, a los fines de asegurar (...) una existencia digna y provechosa para la colectividad (...)”.

²² Art. 302 *CRBV*: “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, (...), servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico”.

factores productivos (medios) en los procesos de producción de otros bienes y servicios (fines). Son medios de producción producidos²³. Es decir, son bienes previamente fabricados por otros, que la empresa productora puede adquirir generalmente a través del proceso de “formación de capital”²⁴ mediante el “ahorro e inversión”²⁵ o mediante una operación de “leasing financiero internacional”²⁶; cuya utilización está destinada a la producción de otros bienes y servicios. Por el hecho de intervenir en varios ciclos de producción sin experimentar transformación en su estructura técnica ni salir del patrimonio de la empresa productora, estos bienes son calificados como “capital fijo”²⁷. Ejemplos: maquinarias, utensilios, edificaciones, etc.

3. Bienes y servicios intermedios.

Son aquellos medios, naturales o manufacturados, que deben experimentar transformaciones durante un proceso de producción antes de ser, finalmente, bienes o servicios de consumo final (ejemplo: el maíz para la elaboración de harina precocida) o bienes de capital físico. Son calificados como *commodities* o “capital circulante”²⁸. Son ejemplos: petróleo crudo, mineral de hierro, trigo, maíz, etc. Deben ser incluidos también los servicios (públicos y privados) necesarios para impulsar la actividad productiva (ejemplos: el servicio de energía eléctrica, necesario para hacer funcionar ciertos bienes de capital fijo. Tanto los bienes de capital físico como los bienes intermedios son clasificados como bienes del Segundo Orden o de producción. Luego, no son objeto de este escrito.

C. El mercado de bienes y servicios de primer orden.

Se puede entender como economía social de mercado “la forma de organización económica que requieren las sociedades humanas para lograr el aprovechamiento óptimo de los recursos productivos [medios] y para asegurar un máximo de bienestar material y de libertad

²³ Toro Hardy, José, *Fundamentos de teoría económica*, Caracas, Panapo, 2003, pp. 83-84.

²⁴ Sánchez-Covisa, Joaquín, Progreso económico y formación de capital, en: *Revista de Orientación Económica*, 1961, No. 2, pp. 3 ss. “el medio más importante para aumentar la producción global de bienes y servicios [esencial para el crecimiento económico y el aumento de la productividad] y para elevar, en consecuencia, el nivel de vida de los pueblos (bienestar) es el que se conoce como formación de capital”.

²⁵ *Ibid.*, pp. 3 ss.: “el proceso de formación de capital en una economía de mercado se lleva a cabo a través de tres fuentes diversas y complementarias: (1) el ahorro e inversión de las economías familiares y de las empresas productoras; (2) a través del sector público (...); (3) la inversión extranjera, que permite a un país de reducidos ingresos globales aumentar su ritmo de inversión y de capitalización sin restringir su nivel de consumo (...).”

²⁶ Cfr: Garrido Ramos, Víctor Gregorio, *Leasing financiero mobiliario internacional*, en: AMDIPC, 2025, No. 7, pp. 17 ss.

²⁷ Barre, Raymond, *Economía Política*, Barcelona, Ariel, 5ª ed., Tomo 1, 1967, p. 272: “la distinción entre capital fijo y capital circulante no se fundamenta en un criterio de movilidad sino en un criterio de transformación física y económica del bien”.

²⁸ *Ibid.*, p. 272.

espiritual a los hombres [seres humanos]”²⁹. Por lo tanto, “Lo característico (...) es producir bienes en masa para el consumo de la de la masa [la totalidad de la población], provocando así una tendencia a la elevación del nivel de vida en general”³⁰.

Estas premisas permiten comprender el carácter democrático de cooperación social que debe informar al ámbito al que concurren, voluntariamente, los suplidores de bienes y prestadores de servicios —compitiendo libremente— y los consumidores y usuarios finales valorando jerárquicamente la satisfacción de sus necesidades materiales. Es el mercado “basado en la propiedad privada de los medios de producción”, donde “el imperio estatal se ejerce sobre la gente únicamente para prevenir actuaciones que perjudiquen o puedan perturbar [su] funcionamiento”³¹. Pero tales actuaciones pudieran ser percibidas como fruto de la ignorancia respecto del mecanismo de los precios que se caracterizan por su natural variabilidad, dado el valor que los consumidores atribuyen tanto a su dinero (medio escaso) como a la necesaria elección que hacen de los diversos bienes y servicios de primer orden (fines), en el ámbito de los mercados de libre competencia. Sin embargo, ha persistido la tendencia a creer que “el mantenimiento de la estructura de precios ayer vigente es normal y conveniente”, lo que ha conducido “a condenar toda variación en los tipos de intercambio [compraventa de bienes y servicios utilizando dinero como medio de cambio] como si se tratara de una violación de las normas de la naturaleza y la justicia”³².

D. El consumo per cápita (CPC)

El CPC es un indicador macroeconómico que contribuye a la medición del nivel de vida de la sociedad (“prosperidad y bienestar del pueblo”³³) que se calcula para un determinado lapso vital (generalmente un año). Relaciona el consumo total de bienes y servicios de primer orden (CT) y la “población total” (PT) presente en un territorio dado que se ha caracterizado por un apreciable incremento a nivel mundial durante el siglo XX, principalmente en los países en vías de desarrollo ($CPC = CT / PT$). A todo evento, es la diferencia interanual del CPC lo que pudiera indicar una tendencia a “la prosperidad y bienestar del pueblo”.

Para la estimación del CPC debe excluirse “todo aquello que no se puede comprar ni vender por dinero”³⁴; pero deben ser tomadas en cuenta las causas del envilecimiento del dinero

²⁹ Sánchez-Covisa, Joaquín, *Economía, Mercado y Bienestar. Estudios económicos. Selección y Ordenación Póstumas*, Caracas, La Electricidad de Caracas, 1974, p. 8.

³⁰ Mises, *La mentalidad...*, ob. cit., p. 15.

³¹ Mises, *La acción humana...*, ob. cit., p. 313.

³² *Ibid.*, p. 264.

³³ Art. 3 CRBV: “El Estado tiene como fines esenciales (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (...)”.

³⁴ Mises, *La acción humana...*, ob. cit., p. 260.

como medio de cambio y patrón de pagos diferidos, por afectar al “complejo proceso de producción y distribución de bienes y servicios destinados satisfacer directa e indirectamente las necesidades de los miembros de la comunidad [consumidores y usuarios]”³⁵. Esta realidad debe ser considerada al tiempo en que deban generarse legislaciones eficientes que tengan por objetivo la protección a consumidores y usuarios de bienes y servicios de primer orden.

E. Sobre inflación monetaria y consumo

Aunque los precios de bienes y servicios de primer orden se caracterizan por su normal variabilidad en el tiempo, un aumento acelerado y constante del Nivel General de Precios³⁶ (NGP) es generado como consecuencia de la devaluación del dinero como medio de cambio en los mercados de libre competencia. Por lo tanto, la moneda de curso legal se envilece causando reducción temporalmente continua en el consumo; es decir, la capacidad adquisitiva de los consumidores y usuarios (los trabajadores) tenderá a disminuir con el transcurso del tiempo en tanto que la remuneración del factor productivo del que son propietarios (ejemplo: el salario monetario) suele ser pagado nominalmente. En otros términos: en una economía con tendencia inflacionaria el consumidor final recibe la misma cantidad monetaria (nominalismo) por la prestación de su recurso productivo para adquirir los bienes y servicios que para él tienen el mismo valor vital (valorismo). Es en esta realidad en la que ciertas normas del Derecho positivo vigente pudieran ser aplicadas ineficientemente. A todo evento, el consumidor [final] compra bienes y servicios en el mercado en respuesta a deseos que se originan en su intimidad o que le inspira su ambiente³⁷.

Existe una “inflación invisible”: *shrikflation*³⁸ (reduflación). Es una señal (*signal*) de inflación que se manifiesta en una reducción en las cantidades, tamaño o peso en productos envasados del primer orden mientras que el precio unitario se mantiene constante. Es un aumento encubierto del precio unitario que se traduce en inflación monetaria porque el tamaño de muchos bienes de consumo se va “encogiendo” (*shrinking*) mientras que el precio y el envase permanecen iguales. Por ejemplo, en España, la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) ha señalado (*signal*) que la cesta básica ha experimentado un aumento del

³⁵ Sánchez-Covisa, La inflación..., ob. cit., pp. 335 ss.

³⁶ El Nivel General de Precios (NGP) es una de las diversas variables económicas de las que depende la Demanda de Bienes y Servicios. La Demanda de un bien económico experimenta Fluctuaciones o Cambios (FD) cuando se le analiza individualmente en función de cada una de dichas variables *ceteris paribus*. En el caso que nos ocupa: $FD = f(NGP^{-1})$ *ceteris paribus*. En tal relación, cuando el NGP tiende a aumentar aceleradamente, la Demanda tiende a cambiar negativamente. Es decir: el consumidor pagará un mayor precio para obtener un bien que tiene el mismo valor subjetivo en el mercado.

³⁷ Galbraith, John K., *El nuevo Estado industrial*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1967, p. 237.

³⁸ Malmgren, Pippa, *Signals. How every day signs can help us navigate the world's turbulent economy*, Londres, Weidenfeld & Nicholson, 2017, pp. 143-145.

7%. Así, el productor de CocaCola mantiene el precio de 2,00 lts. mientras reduce el contenido real a 1,75 lts. en el mismo envase. Es una información no adecuada y engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que vulnera la soberanía del consumidor.

F. La soberanía del consumidor

En una economía social de mercado, “se da siempre como presupuesto la soberanía del consumidor”³⁹. Es la multitud consumidora la que finalmente decide —comprando o absteniéndose de comprar— lo que debe producirse, en qué cantidad y de qué calidad⁴⁰. En última instancia, “quien complace a los consumidores progresa”⁴¹, porque “en casi todo el análisis económico y en casi toda la enseñanza económica se supone que es el consumidor el que tiene la iniciativa”⁴² en virtud de que la persecución del propio bienestar es un carácter intrínseco de la naturaleza humana. Pero “la prosperidad y el bienestar del pueblo” es un objetivo que bien puede alcanzarse impulsando el incremento del capital físico disponible (medio escaso) a un ritmo superior al crecimiento de la población total en un marco de cooperación social fundada en la división del trabajo. En términos macroeconómicos: “cuanto mayor sea la inversión en capital [físico] por trabajador [per cápita], superior cantidad de bienes [económicos] de mejor calidad cabrá producir”⁴³. “Cantidad y calidad” son magnitudes que conforman básicamente los “derechos económicos de los consumidores y usuarios”, consagrados en el ordenamiento jurídico venezolano fundamentado en la supremacía la Constitución Económica⁴⁴. En consecuencia, la formulación de normas jurídicas sobre protección al consumidor —aplicables a casos con o sin elemento extranjero— deben consagrar ciertos principios dirigidos a garantizar eficientemente la provisión de bienes y servicios de primer orden.

II. La protección jurídica de los consumidores finales

En todo mercado de competencia perfecta (antípoda de un mercado de monopolio) “la inhibición del Estado en lo que respecta a los asuntos privados, las necesidades y las satisfacciones [de la persona humana] se desarrollarían en el orden natural”. Es un mercado en

³⁹ Galbraith, *El nuevo Estado...*, ob. cit., p. 237.

⁴⁰ Mises, *La mentalidad...*, ob. cit., p. 15.

⁴¹ *Ibid.*, p. 16.

⁴² Galbraith, *El nuevo Estado...*, ob. cit., p. 237.

⁴³ Mises, *La mentalidad...*, ob. cit., p. 18.

⁴⁴ “La Constitución económica comprende el conjunto de normas o [y] principios de rango constitucional que establecen el marco regulatorio para el desarrollo de la actividad económica [las actividades económicas], previendo formas de interrelación entre la iniciativa económica de los particulares [iniciativa privada] y la actividad del Estado [intervención del Estado]” (Cfr: Aarons, Fred, *Contribuciones del Derecho para el crecimiento económico*, Caracas, ACPS, 2017, pp. 13-24, especialmente p. 15).

el que la Oferta (de multitud de proveedores) y la Demanda (de multitud de consumidores) de un bien servicio de primer orden, interactúan con libertad absoluta (la “mano invisible” de Adam Smith) en función de su precio *ceteris paribus*. Pero la libre competencia se torna “imperfecta” en un mercado donde surge “la diferenciación del producto de consumo final” que puede influir en la soberanía del consumidor condicionando sus preferencias por el efecto de diversos estímulos exógenos. Por ejemplo, el uso exclusivo de una marca comercial estimulado por la publicidad pudiera conducir a una posición de dominio de un producto de primer orden (ejemplo: la marca PAN en el mercado de harina de maíz precocida). Es en este ámbito donde el axioma “tanto mercado como sea posible, tanto Estado como sea necesario”; refleja la intervención del Estado en la vida económica nacional para proteger “los derechos económicos” del consumidor final en tanto que persona humana, otorgados por la Constitución Económica. Por ejemplo, la norma humanitaria contenida en el artículo 113 de la *CRBV* dispone que “el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos (...) del abuso de la posición de dominio (...) teniendo como finalidad la protección [defensa] del público consumidor (...), y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía (...)”. Es decir, el Estado interviene en la vida económica venezolana, por una parte, defendiendo los derechos de consumidores y usuarios y, por otra, condicionando la libre competencia en el mercado de bienes y servicios de primer orden.

A. El régimen socioeconómico venezolano

Por interpretación del artículo 7 de la *CRBV*⁴⁵, la Constitución económica establece el régimen socioeconómico venezolano que se fundamenta en los principios de eficiencia, libre competencia y productividad entre otros⁴⁶, al que deben someterse las personas físicas [por ejemplo: consumidores, usuarios, proveedores] y las personas jurídicas de Derecho público (por ejemplo: Corpoelec, Cantv, Hidroven) y de Derecho privado (Por ejemplo: Empresas Polar, Avior Airlines, Bancario, Digitel). En consecuencia, el ordenamiento jurídico venezolano debe establecer la regulación de un sistema económico de mercado y libre empresa. No un sistema económico colectivista. Por otra parte, le corresponde al Estado la promoción [el fomento] de la iniciativa privada⁴⁷; promoviendo [impulsando] el desarrollo armónico de la

⁴⁵ Art. 7 *CRBV*: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

⁴⁶ Art. 299 *CRBV*: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad (...)”.

⁴⁷ Art. 112 *CRBV*: “(...) El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando (...) la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población (...)”.

economía nacional conjuntamente con la iniciativa privada⁴⁸. Por lo tanto, la defensa de los derechos de consumidores y usuarios (fines) y la provisión eficiente de bienes y servicios de primer orden (medios) están sometidos al ordenamiento jurídico nacional, en el marco del libre juego de los mecanismos del mercado y de los precios. En otros términos, la defensa jurídica (interna e internacional) de los derechos de consumidores y usuarios debe funcionar congruentemente con los mecanismos del mercado y de los precios que “constituyen el único medio de lograr una organización racional de las actividades productivas [de bienes y servicios de primer orden] y una adecuada satisfacción de las necesidades del hombre [la persona humana]”⁴⁹.

Aunque se haya dicho y aceptemos que “la Ley es la organización colectiva del derecho individual de legítima defensa”⁵⁰, en Venezuela no ha sido tradicional la constitucionalización de principios y derechos de los consumidores de bienes y servicios finales. Así lo reflejan los textos constitucionales de 1947⁵¹ y 1961⁵².

Posteriormente, por mandato de la norma contenida en el artículo 2 de la *CRBV*, el Estado propugna, como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico, “la preeminencia de los derechos humanos”⁵³ a fin de “promover la prosperidad y bienestar del pueblo”⁵⁴, garantizándole a toda persona el goce y ejercicio irrenunciable de tales derechos, conforme a las disposiciones constitucionales, las leyes nacionales que los desarrollen y los tratados sobre derechos humanos vigentes en Venezuela⁵⁵. Al respecto, dichos tratados “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno y son de “aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”, siempre que “contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables” a las establecidas en el ordenamiento jurídico y en la Constitución que lo fundamenta”⁵⁶.

⁴⁸ Art. 299 *CRBV*: “El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de (...) elevar el nivel de vida de la población (...) garantizando la seguridad jurídica (...) para lograr una justa distribución de la riqueza (...)”.

⁴⁹ Sánchez-Covisa, Presentación, en: *Economía, Mercado...*, ob. cit., pp. 7-20, especialmente p. 9.

⁵⁰ Bastiat, *La Ley...*, ob. cit., p. 28.

⁵¹ Constitución de los Estados Unidos de Venezuela (1947), Título III De los deberes y derechos individuales y sociales, Capítulo VII De la economía nacional, arts. 65 a 75.

⁵² Constitución de la República de Venezuela (1961), Título III De los deberes, derechos y garantías, Capítulo V De los derechos económicos, arts. 95 a 109.

⁵³ Art. 2 *CRBV*: “Venezuela se constituye en un Estado (...) que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, (...) y, en general, la preeminencia de los derechos humanos (...)”.

⁵⁴ Art. 3 *CRBV*: “El Estado tiene como fines esenciales (...) la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo (...)”.

⁵⁵ Art. 19 *CRBV*: “El Estado garantizará a toda persona, (...), el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos (...) de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

⁵⁶ Art. 23 *CRBV*: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

1. Sobre el artículo 117 de la *CRBV*

La norma humanitaria contenida en este artículo tiene dos objetivos. En primer lugar, establece derechos económicos inherentes a la persona humana en tanto que consumidor y usuario de “bienes y servicios de primer orden”. Por lo tanto, quedan excluidos de toda normativa legal los “bienes y servicios intermedios” y los “bienes de capital físico o de inversión” como objetos de derecho. En segundo lugar, ordena a los legisladores la generación de normas destinadas a organizar una fuerza común que haga valer eficazmente el derecho natural a la legítima defensa que corresponde a los consumidores y usuarios de bienes y servicios de primer orden, sin pretender aniquilar los derechos que tienen los proveedores de productos nacionales o importados en el mercado de libre competencia, “para hacer reinar entre todos la justicia”.

En todo caso, las calificaciones jurídicas de los términos “consumidor”, “usuario” y “proveedor” derivan de la conducta de las personas humanas en una economía de libre competencia. Así, al tiempo en que la *CRBV* entró en vigencia (año 1999) ya existía y estaba vigente la *Ley de Protección al Consumidor y al usuario*⁵⁷ de 1995 (*LPC95*), cuyo artículo segundo⁵⁸ es, desde la perspectiva constitucional, de aplicación incongruente en el ámbito de los derechos económicos, al calificar como consumidores o usuarios finales, a las personas jurídicas. Por otra parte, el artículo séptimo *eiusdem* no considera el carácter monopólico de la prestación de servicios públicos (ejemplos: electricidad, agua potable, aseo urbano) cuyas tarifas son establecidas unilateralmente por la correspondiente empresa de carácter público mediante un contrato de adhesión que contraría el libre juego de los precios en una “economía de mercado y libre empresa”.

Las mismas incongruencias han sido arrastradas hasta permanecer en la Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios⁵⁹ (*LPABS*) cuyo artículo 4 sustituye la calificación de “consumidores y usuarios” por la de “persona natural o persona jurídica de carácter público o privado”⁶⁰. Dicha Ley fue derogada el año 2014 por la Ley Orgánica de Precios Justos⁶¹ (*LPJ*) que tiene, entre otros fines, “la determinación de precios justos (no precios de mercado) de bienes y servicios” con el propósito de proteger los ingresos monetarios de la población (medios escasos) y “el acceso de las personas a los bienes y servicios para la

⁵⁷ GORBV No. 4.898 Extraordinario, 17 de mayo de 1995.

⁵⁸ Art. 2 *LPC95*: “A los efectos de esta Ley, se consideran consumidores y usuarios a las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios (...), de quienes los produzcan, expidan, faciliten, suministren, presten u ordenen”.

⁵⁹ GORBV No. 39.165, 24 de abril de 2009. (La *LPABS* se reformó parcialmente. *Vid.* GORBV No. 39.358 de 1 de febrero de 2010)

⁶⁰ Art. 4 *LPABS*: “Para los efectos del presente Decreto con Rango, Valor y fuerza de Ley se considerará: Personas: Toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado (...).”

⁶¹ GORBV No. 40.340, 23 de enero de 2014.

satisfacción de sus necesidades”⁶² (fines múltiples). Pero ... ¿quién determina la justicia económica de los precios de “bienes y servicios de primer orden”?

2. Derechos de consumidores y usuarios en la *CRBV*

Una aproximación a los derechos económicos inherentes a los consumidores y usuarios está contenida en el artículo 25(1) de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)*⁶³ proclamada en 1948 por la Asamblea General de la Naciones Unidas (ONU). Tales derechos son el primer objetivo de la norma humanitaria contenida en el artículo 117 de la *CRBV* al consagrar los derechos económicos que todas las personas (naturales, no jurídicas) tienen, a fuer de consumidores y usuarios de bienes y servicios de producción nacional e importados. Son los siguientes: (a) derecho a “disponer [*ius abutendi*] de bienes y servicios de calidad”; (b) derecho a “una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen”; (c) derecho a “la libertad de elección”; (d) derecho a “un trato equitativo y digno”. Tales derechos humanos deben ser desarrollados, por mandato constitucional, por las leyes nacionales; es decir, por leyes que conforman el Derecho del Consumo venezolano.

a. Derecho a disponer de bienes y servicios de calidad

“Toda persona [humana] tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes”⁶⁴. En base al natural principio de propiedad privada, el consumidor o usuario es el soberano en un sistema socioeconómico de libre mercado (Estado e Iniciativa Privada actuando conjuntamente en pos del desarrollo económico nacional) porque comprando o absteniéndose a comprar decide, en última instancia, qué y cuánto debe producirse y de qué calidad⁶⁵, influyendo en los precios de mercado. En respuesta, los empresarios de los diversos sectores productivos deben combinar racionalmente los factores disponibles (medios escasos) teniendo en

⁶² Art. 1 *LPJ*: “La presente Ley tiene por objeto el desarrollo armónico, justo, equitativo, productivo y soberano de la economía nacional a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios (...), a fin de proteger los ingresos de todas las ciudadanas y ciudadanos, y muy especialmente el salario de las trabajadoras y trabajadores; el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades (...)”.

⁶³ Art. 25(1) *DUDH*: “Toda persona [humana; no jurídica] tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)”.

⁶⁴ Norma humanitaria contenida en el art. 115 de la *CRBV* dirigida a garantizar el natural derecho a la propiedad de las personas físicas.

⁶⁵ Mises, *La mentalidad...*, ob. cit., p. 15.

cuenta que cuanto mayor sea la cuantía de bienes de capital por trabajador (población ocupada), cabrá producir superior cantidad de bienes de mejor calidad⁶⁶.

b. Derecho a “una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen”

“La teoría económica no trata sobre cosas y objetos materiales; trata sobre los hombres [seres humanos], sus apreciaciones y, consecuentemente, las acciones humanas que de aquellas se derivan”⁶⁷. Le corresponde al Derecho ocuparse de “cómo deberían ser” las actuaciones y apreciaciones humanas

En el ámbito de las economías de mercado y libre empresa los proveedores suelen actuar realizando actividades de mercadeo y publicidad (*marketing*) que indudablemente influyen en la conducta del consumidor con el objetivo de que su marca comercial (*trademark*) pueda alcanzar mayor participación de mercado (*market share*) compitiendo libremente.

c. Derecho a “la libertad de elección”

En una economía de libre mercado convergen la libertad de elección de los consumidores y la libertad de competencia de los proveedores. Los consumidores se atienen exclusivamente a sus propias necesidades cambiantes. Su libertad de elegir no es absoluta porque depende, individualmente, del ingreso monetario disponible (medio escaso) para pagar el precio de mercado. Su poder de elección implica sacrificar la satisfacción de ciertas necesidades para obtener la satisfacción de otras. En economía de mercado, “toda elección implica un sacrificio, un costo que se denomina costo de oportunidad”⁶⁸, que establece límites a la libertad de elección, midiendo el sacrificio que hacen todos aquellos que desean consumir o producir una cantidad de un bien o servicio “en términos de la cuantía de algún otro bien o servicio que hubiera podido ser obtenido”⁶⁹.

d. Derecho a “un trato equitativo y digno”

Este derecho se fundamenta en principios de buena prácticas comerciales, aunque “cada uno puede moldear su vida con los propios planes”⁷⁰; porque Equidad y Dignidad son principios que deben informar la particular relación de mutuo asentimiento que debe existir entre

⁶⁶ *Ibid.*, p. 18.

⁶⁷ Mises, *La acción humana...*, ob. cit., p. 111.

⁶⁸ Barre, *Economía Política...*, ob. cit., p. 31.

⁶⁹ Toro Hardy, *Elementos...*, ob. cit., p. 59.

⁷⁰ Mises, *La mentalidad...*, ob. cit., p. 16.

consumidores y proveedores. En tal sentido, el mercado debe impulsar la actuaciones de los proveedores por aquellos cauces que mejor permitan satisfacer las necesidades de los consumidores y usuarios. Excepcionalmente, el Estado sólo debe intervenir en prevención de actuaciones que perjudiquen o puedan perturbar el libre funcionamiento del mercado, protegiendo y amparando la vida, la salud y la propiedad de los particulares contra las agresiones que puedan perpetrar enemigos internos y externos.

3. Defensa legislativa de los derechos de los consumidores

El segundo objetivo perseguido por la norma humanitaria contenida en el artículo 117 de la *CRBV* está centrado en ordenar al legislador nacional el establecimiento de los “mecanismos necesarios” dirigidos a garantizar los derechos de los consumidores y usuarios venezolanos mediante: (a) normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios; (b) normas sobre procedimientos y defensa del “público consumidor”; (c) normas sobre resarcimiento de los daños ocasionados por violación de los derechos de los consumidores y las correspondientes sanciones. La legislación sobre estas materias y otras no señaladas en la norma humanitaria *in comento* pertenecen al Derecho del Consumo venezolano; tanto interno como internacional. Adicionalmente, las normas humanitarias contenidas en los artículos 113⁷¹ y 114⁷² de la *CRBV* regulan, respectivamente, los efectos nocivos y restrictivos de las denominadas fallas de mercado, y la severa penalización legal por la comisión de diversos delitos económicos.

4. El artículo 113 de la *CRBV* y el Consumo

La norma contenida en el artículo 113 de la *CRBV* tiene carácter humanitario porque no permite [prohíbe] ciertas conductas de los particulares (productores nacionales e importadores de bienes y servicios de primer orden) dirigidas al establecimiento de mercados de monopolio, caracterizados por la ausencia de libre competencia (no “competencia justa”) entre los proveedores y por mermar los derechos económicos señalados en la norma humanitaria del artículo 117 *eiusdem* que constituyen el fundamento de la soberanía del consumidor, cuya negación

⁷¹ Art. 113 *CRBV*: “No se permitirán monopolios. Se declaran contrarios a los principios fundamentales de esta Constitución [“justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad”] cualquier acto [de consumo], actividad [económica], conducta [del productor o comerciante] o acuerdo [contratos] de los (...) particulares [personas naturales y jurídicas de Derecho privado] que tengan por objeto el establecimiento de un monopolio [no legal]. También es contrario a dichos principios el abuso de la posición de dominio que (...) una empresa o un conjunto de empresas, adquiera o haya adquirido en un determinado mercado de bienes o de servicios (...), así como cuando se trate de una demanda concentrada. En todos los casos antes indicados el Estado [Poder Legislativo Nacional] adoptará las medidas que fueren necesarias (...), teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores (...), y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía (...).”

⁷² Art. 114 *CRBV*: “El ilícito económico, la especulación, el acaparamiento, la usura, la cartelización y otros delitos conexos, serán penados severamente de acuerdo con la ley”.

marca la aparición de los “precios de monopolio” en el ámbito funcional de un mercado que no es democrático. Igual consideración estipula la norma *in comento* respecto de “el abuso de la posición de dominio”⁷³ y de “las demandas concentradas”⁷⁴ en el libre mercado de bienes y servicios de primer orden. En consecuencia, le corresponde a la Asamblea Nacional como cuerpo legislador, sancionar las leyes dirigidas a la protección de los consumidores y usuarios y al aseguramiento de condiciones efectivas de libre competencia en el ámbito del sistema socioeconómico de mercado venezolano, en el cual Estado e Iniciativa Privada actúan conjuntamente en pos del desarrollo armónico nacional⁷⁵.

Excepcionalmente, el último párrafo del artículo 113 de la *CRBV*⁷⁶ dispone que los particulares podrán establecer monopolios por tiempo determinado mediante concesiones otorgadas por el Estado cuando se trate de la prestación de servicios públicos. No obstante, es una realidad que la prestación de servicios públicos de primer orden (electricidad, agua potable, gas doméstico; entre otros) son objeto de un mercado de monopolio legal⁷⁷, cuya prestación y determinación de la tarifa (precio de monopolio) corresponde a personas jurídicas de Derecho público. Cabe señalar que el Turismo es considerado, a nivel constitucional, como una actividad económica de interés nacional⁷⁸ por lo que el Estado (Poder legislativo nacional) debe dictar

⁷³ En Economía, la posición de dominio de una empresa productora en un mercado de libre competencia puede derivar de la soberanía del consumidor. Luego, dicha posición es legal por sí misma. Tal es el caso de Empresas Polar con la marca PAN en el mercado de harina precocida. El abuso de dicha posición “por los particulares” es un acto que configura competencia desleal. En Venezuela tiene carácter de ilegalidad porque es un acto que contraría el principio de “libre competencia” que, entre otros, sirve de fundamento al “Régimen Socioeconómico” (*vid.* Art. 299 *CRBV*). Como referencia, el artículo 102 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)* establece que “dicho abuso puede consistir, en particular, en: (a) imponer, directa o indirectamente precios (...) desleales u otras condiciones comerciales desleales; (b) limitar la producción, los mercados o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; (c) aplicar condiciones diferentes a transacciones equivalentes con otras partes comerciales, colocándolas así en desventaja competitiva; (d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación por las otras partes de obligaciones complementarias que, por su naturaleza (...), no guarden relación con el objeto de dichos contratos”.

⁷⁴ Relacionada con la soberanía del consumidor en un mercado de libre competencia, una concentración de demanda ocurre cuando —a un determinado precio de mercado— la provisión total de un determinado bien de consumo final es adquirido por una cantidad pequeña de consumidores. Es decir, se desvirtúa la proporcionalidad directa que existe entre el número de consumidores N y la variación de la demanda VD representada en la relación funcional $VD = f(N)$ *ceteris paribus*. Lo mismo puede decirse respecto de la relación directamente proporcional con “los gustos y preferencias de los consumidores” (GPC) en tanto que variable determinante de la demanda: $VD = f(GPC)$ *ceteris paribus*.

⁷⁵ Art. 299 *CRBV*: “(...) El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional (...) con el fin de (...), elevar el nivel de vida de la población (...), garantizando la seguridad jurídica, (...) y equidad del crecimiento de la economía (...)”.

⁷⁶ Art. 113 *CRBV*: “(...) Cuando se trate de (...) la prestación de servicios de naturaleza pública con exclusividad o sin ella, el Estado podrá otorgar concesiones por tiempo determinado, asegurando siempre la existencia de contraprestaciones o contrapartidas adecuadas al interés público”.

⁷⁷ Art. 302 *CRBV*: “El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva (...), servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico (...)”.

⁷⁸ Art. 310 *CRBV*: “El turismo es una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país (...). Dentro de las fundamentaciones del régimen socioeconómico previsto en esta Constitución, el Estado dictará las medidas que garanticen su desarrollo. (...)”.

medidas jurídicas que garanticen su desarrollo dentro de las fundamentaciones del régimen socioeconómico previsto en la norma contenida en el artículo 299 de la CRBV.

III. Sobre el Derecho del Consumo

Cada uno de nosotros recibe ciertamente de la naturaleza, de Dios, el derecho a defender [espacial y temporalmente] su personalidad, su libertad y su propiedad, puesto que estos son los tres elementos que constituyen y conservan la vida, elementos que se complementan entre sí y que no pueden comprenderse aisladamente⁷⁹.

Pero en una sociedad de intercambio donde los consumidores buscan maximizar la satisfacción de sus necesidades y las empresas buscan minimizar los costos productivos,

La ley [el Derecho del Consumo] es la organización del derecho natural de legítima defensa [de “el consumidor”, de “el usuario” y de “el proveedor”]; es la sustitución de las fuerzas individuales por la fuerza colectiva [de consumidores, usuarios y proveedores], para actuar en el ámbito en que aquellas tienen derecho a actuar [el libre mercado], para garantizar las libertades y las propiedades [individuales], para mantener a cada uno en su derecho, para hacer reinar entre todos la justicia⁸⁰.

Atendiendo a la interacción entre Demanda de los consumidores y usuarios y Oferta de las empresas productoras en una economía de mercado; en un “Estado democrático y social de Derecho y de Justicia que propugna la preeminencia de los derechos humanos”, la normativa dirigida a la protección y defensa de los derechos de consumidores debe ir aparejada congruentemente con la defensa de la libertad competitiva entre las empresas proveedoras de bienes (de producción nacional e importados) y prestación de servicios (públicos y privados) de primer orden; porque “si no hay producción no hay consumo”.

La normativa que conforma el Derecho del Consumo debe contener calificaciones jurídicas de alcance universal basadas en los siguientes principios, entre otros: el respeto a la soberanía del consumidor (derechos humanos de sustrato económico); libre competencia entre proveedores de bienes (de producción nacional o importados) y de servicios (públicos y privados) de primer orden; “buena fe y lealtad negocial” (*good faith and fair dealing*) en el contrato (interno o internacional) de sustrato socioeconómico entre proveedores y consumidores finales; vulnerabilidad de ciertas personas físicas (consumidores o usuarios) frente a la actuación del proveedor en el marco de relaciones contractuales concretas, situación generada por desequilibrios en cuanto a capacidad económica, nivel de educación y poder de negociación que menoscaban la soberanía del consumidor.

⁷⁹ Bastiat, *La Ley...*, ob. cit., p. 28.

⁸⁰ *Ibid.*, ob. cit., p. 29

Otros principios que establecen características principales que deben tener las leyes que conforman el Derecho del Consumo —para que su aplicación temporal y espacial sea eficaz— son aportados por las Directrices para la Protección del Consumidor generadas en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo⁸¹ (UNCTAD).

A. Sobre el Derecho del Consumo interno

Actualmente, el Derecho del Consumo material venezolano se desarrolla, primeramente en las disposiciones generales contenidas en las siguientes leyes: (1) Ley Orgánica de Precios Justos de 2014⁸² (LPJ14); (2) Ley Antimonopolio⁸³ (LAP). En segundo lugar, las siguientes leyes sobre la prestación de servicios públicos de primer orden: (3) Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico⁸⁴ (LOSE); (4) Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento⁸⁵ (LOAPS); (5) Ley Orgánica de Telecomunicaciones⁸⁶ (LOTEL); (f) Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos⁸⁷ (LOHG).

1. Sobre el mito de los precios justos

Corresponde a la Economía Política analizar los precios monetarios de los bienes y servicios tal y como efectivamente se demandan y ofrecen libremente en el mercado, admitiendo que el aparato social de coerción y compulsión [Poder Público Nacional] pueda intervenir en pos de la buena marcha del sistema [socioeconómico], protegiéndolo contra cualquier agente ajeno al mismo que pueda interferir sobre la formación de precios, salarios y tipos de interés⁸⁸. Luego, desde el punto de vista de la Teoría General de la Acción Humana de L. von Mises (Praxeología), los precios resultan de la mutua valoración humana sobre un mismo bien. Por lo tanto, los precios no son justos ni injustos. A todo evento, el mito del control estatal de los precios en las economías de libre mercado no contribuye, absolutamente, a la protección de los ingresos de los consumidores y usuarios que no son otra cosa que la remuneración que reciben por la aportación de los recursos productivos de su propiedad (fines escasos).

⁸¹ *Las Directrices para la protección del Consumidor* fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su *Resolución 39/248* de 19 de abril de 1985, ampliadas por el Consejo Económico y Social en su *Resolución 1999/7* de 26 de julio de 1999, revisadas y aprobadas posteriormente por la Asamblea General en su *Resolución 70/186* de 22 de diciembre de 2015.

⁸² GORBV No. 40.340, 23 de enero de 2014.

⁸³ GORBV No. 40.549, 26 de noviembre de 2014.

⁸⁴ GORBV No. 39.573, 14 de diciembre de 2010.

⁸⁵ GORBV No. 38.763, 6 de septiembre de 2007.

⁸⁶ GORBV No. 39.610, 7 de febrero de 2011.

⁸⁷ GORV No. 36.793, 23 de septiembre de 1999. Para el tiempo de redactar este trabajo, no habíamos tenido acceso a la publicación en la GORBV del texto de la *Ley Orgánica de Hidrocarburos* de 2026.

⁸⁸ Mises, *La acción humana...*, ob. cit., pp. 284 y 289.

La vigente *LPJ14* derogó⁸⁹ la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de 2010⁹⁰ (*LABS*) y la Ley de Costos y Precios Justos de 2011⁹¹ (*LPJ11*). Estas leyes tienen como precedente la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995⁹² (*LPC95*) que desarrolla una parte de los derechos económicos de la persona humana consagrados en la Constitución de 1961 (*CRV*). Allí se establece implícitamente una relación funcional directa entre el aumento del “nivel de ingreso de la población” IP y la “diversificación de la producción económica”⁹³ DP (no la de importaciones). Es decir, $IP = f(DP)$ *ceteris paribus*; siempre en el marco de una economía “no inflacionaria” en la que es despreciable cualquier aumento generalizado y sostenido de los precios de los bienes y servicios de primer orden. Solamente, “cuando las circunstancias económicas y sociales así lo requieran (...) el Ejecutivo Nacional, podrá dictar las medidas necesarias, destinadas a evitar el alza indebida de los precios de bienes y las tarifas de servicios, declarados o no de primera necesidad” (art. 5 *LPC95*).

Muy opuesto al lógico razonamiento expuesto *supra* y a la consagración de ciertos principios constitucionales (entre otros: libre competencia, productividad, eficiencia, protección del ambiente) que sirven de fundamento al régimen socioeconómico venezolano⁹⁴; la *LPJ14* (ejemplo de intervención coactiva del Estado en la economía nacional sin participación de la iniciativa privada) establece que los precios justos de bienes y servicios (PJ) se deben determinar mediante el análisis de los costos de producción (CP) y la fijación del porcentaje máximo de ganancia de la empresa productora (BE), con la finalidad de proteger los ingresos monetarios y el acceso de los consumidores y usuarios a los mercados de bienes y servicios de primer orden⁹⁵.

Pareciera que la norma *in comento* dispusiera —incoherentemente— que PJ es función de CP y BE. En términos algebraicos: $PJ = BE - CP$ (para que PJ resulte numéricamente positivo); porque en Economía, el Beneficio Empresarial BE (ganancia de la empresa productora)

⁸⁹ *Id.* Disposiciones Derogatorias Primera y Segunda de la *LPJ14*.

⁹⁰ GORBV No. 39.358, 1 de febrero de 2010.

⁹¹ GORBV No. 39.715, 18 de julio de 2011.

⁹² GORV No. 4.898 Extraordinario, 17 de mayo de 1995.

⁹³ Art. 95 de la *CRV*: “(...) El Estado promoverá (...) la diversificación de la producción, con el fin de (...) aumentar el nivel de ingreso de la población (...)”.

⁹⁴ Art. 299 *CRBV*: “El régimen socioeconómico de la República Bolivariana de Venezuela se fundamenta en los principios de justicia social, democracia, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad, (...). El Estado, conjuntamente con la iniciativa privada, promoverá el desarrollo armónico de la economía nacional con el fin de (...), elevar el nivel de vida de la población (...) garantizando la seguridad jurídica, (...) y equidad del crecimiento de la economía, (...)”.

⁹⁵ Art. 1 *LPJ14*: “La presente Ley tiene por objeto asegurar el desarrollo económico, (...), a través de la determinación de precios justos de bienes y servicios (...) mediante el análisis de las estructuras de costos, [y] la fijación del porcentaje [¿en base a qué?] máximo de ganancia (...), a fin de proteger los ingresos de todas las ciudadanas y ciudadanos, (...); [y] el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de sus necesidades (...)”.

es “una remuneración residual (...), es la diferencia entre el valor total del producto [el precio unitario de mercado P] y el valor total de los recursos e insumos empleados [costo unitario de producción CP]⁹⁶”. En términos algebraicos, $BE = P - CP$. Obviamente, a esta realidad económica se opone la relación jurídica $PJ = BE - CP$. Expresada de otra manera: $BE = PJ + CP$, lo cual es racionalmente incongruente en una economía de libre mercado en cuyo ámbito los consumidores y usuarios persiguen maximizar la satisfacción de sus necesidades y los empresarios la maximización de sus ganancias. En virtud del principio de escasez, la determinación de precios justos propuesta en el artículo 1º de la LPJ14 no tendrá influencia alguna en el costo de oportunidad en el que deben incurrir necesariamente consumidores y productores para alcanzar sus fines.

2. Libre competencia vs. competencia justa

Libre competencia y eficiencia son dos principios de rango constitucional que sirven de fundamento al régimen socioeconómico venezolano⁹⁷; caracterizando al sistema socioeconómico como una “economía social de mercado” (no economía mixta) en el que pueden interactuar libremente oferentes (productores o comerciantes) y demandantes (consumidores o usuarios) de bienes y servicios del primer orden.

La absurdamente derogada Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia de 1992⁹⁸ (LLC) tiene por objeto “promover y proteger el ejercicio de la libre competencia”⁹⁹, calificada como una “actividad económica”¹⁰⁰ en la que puedan interactuar libremente oferentes y demandantes¹⁰¹.

Por su parte, la derogante Ley Antimonopolio de 2014 (LAP) tiene por inconstitucional objeto “promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa”¹⁰²;

⁹⁶ Sánchez-Covisa, El Beneficio del Empresario, en: *Economía, mercado y bienestar...* ob. cit., pp. 51-56, especialmente p. 52.

⁹⁷ Cf: Art. 299 de la *CRBV*.

⁹⁸ GORV No. 34.880, de 13 de enero de 1992

⁹⁹ Art. 1 LLC: “Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica”.

¹⁰⁰ Art. 3 LLC: “A los efectos de esta Ley (...). Se entiende por actividad económica, toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos (...)”.

¹⁰¹ Art. 3 LLC: “A los efectos de esta Ley (...). Se entiende por libre competencia aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante [productor o consumidor], tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio”.

¹⁰² Art. 1 de la LAP: “El presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza del Ley tiene por objeto promover, proteger y regular el ejercicio de la **competencia económica justa** [no libre], con el fin de garantizar la democratización de la actividad económica productiva con igualdad social, que fortalezca la soberanía nacional y propicie el desarrollo endógeno, sostenible y sustentable, orientado a la satisfacción de las necesidades sociales [no necesidades socioeconómicas] y a la construcción de una sociedad justa,

calificada como una actividad que permite a los sujetos económicos (oferentes y demandantes) participar en el mercado [¿libremente?] sobre la base de los principios de intercambio justo [¿...?] y solidaridad¹⁰³.

Comparando el espíritu y razón de las leyes *in comento*, se puede deducir lógicamente la incoherencia jurídica de la LAP respecto del derecho natural a la legítima defensa de los derechos económicos fundamentales que son inherentes a toda persona humana basados en los principios de libertad individual (derechos de libre elección, de libertad económica e iniciativa privada); propiedad privada (derecho que toda persona tiene al de uso, goce y disposición de sus bienes) e iniciativa privada (libertad de empresa, libre competencia) que alimentan la realidad vital de las personas en sociedad.

3. Sobre la calificación de consumidores y usuarios

En la dinámica propia de los mercados de bienes y servicios de primer orden, las necesidades y preferencias de consumidores y usuarios son el objetivo supremo para los productores y comerciantes, siempre que aquellos estén dispuestos a pagar el correspondiente precio que resulta de las valoraciones humanas en el mercado. El fundamento de la calificación jurídica de “consumidores y usuarios” debe buscarse en la soberanía del consumidor, titular de los derechos consagrados en la norma humanitaria del artículo 117 de la CRBV.

a. Consumidores

En virtud del artículo 117 de la CRBV, son personas naturales (no jurídicas) que acuden voluntariamente al mercado de bienes de primer orden con sus limitados ingresos monetarios, conviniendo en pagar —oportunamente— el correspondiente precio (cantidad por unidad monetaria) mediante el cual tienen derecho a apropiarse directamente de un bien económico tangible destinado a la satisfacción de una necesidad material. A tal efecto, el vendedor se obliga a entregar el bien en la forma, lugar y tiempo convenidos; garantizando la calidad del producto ofertado. Sencillamente, el mercado de bienes de primer orden es el ámbito donde se ejecuta un contrato de compraventa entre consumidor y proveedor (Relación

libre, solidaria y corresponsable, mediante la prohibición y sanción de conductas y prácticas monopólicas, oligopólicas, abuso de posición de dominio, (...) y cualquier otra práctica económica anticompetitiva o fraudulenta” (negritas nuestras).

¹⁰³ Art. 2(c) de la LAP: “**Competencia económica.** Actividad que permite a los sujetos regulados en este Decreto con Rango de (...) Ley en su condición de sujetos económicos (...) participar en el mercado [¿libre?], como oferentes o demandantes, sobre la base de los principios de complementariedad, **intercambio justo** [¿...?] y solidaridad; y que (...) no tengan la posibilidad de imponer condición alguna en las **relaciones de intercambio** [¿libre?] que desmejoren las posibilidades de actuación de los otros sujetos económicos” (negritas nuestras).

de Consumo) regido por la norma general contenida en el artículo 1.474 del Código Civil venezolano¹⁰⁴ (CCV) y las siguientes que fueren aplicables al caso concreto.

b. Usuarios

En virtud del artículo 117 de la *CRBV*, son personas naturales (no jurídicas) que contratan con una persona natural o jurídica de Derecho público o privado, la prestación de un servicio (actividad intangible) cuya finalidad es la satisfacción indirecta de una necesidad material, que de otra manera no podría ser lograda por el consumidor final. La clasificación entre servicios privados y servicios públicos suele marcar la diferencia entre un mercado de servicios de libre competencia (medicina privada, la banca universal, transporte privado) y los monopolios legales de servicios públicos.

4. Monopolio legal de los servicios públicos

Los denominados servicios públicos comprenden generalmente actividades de tracto sucesivo cuya prestación corresponde de manera exclusiva a empresas del Estado en virtud de leyes orgánicas que les atribuyen el monopolio legal por causas de interés público o por razones estratégicas. Algunos ejemplos de la intervención del Estado venezolano en la economía son representados por la prestación de los siguientes servicios públicos:

a. Servicio público de agua potable

Porque “todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo”¹⁰⁵, el régimen del servicio público de agua potable está contenido en la LOAPS. A los efectos de esta Ley se entiende por “servicio público de agua potable” la entrega, a los suscriptores o usuarios, de agua apta para el consumo humano¹⁰⁶. Las disposiciones de la LOAPS son aplicables a los prestadores y a los usuarios del Servicio¹⁰⁷. El precio monopólico por la prestación del servicio de agua potable es fijado por el Ministerio Popular de Atención de las Aguas.

¹⁰⁴ Art. 1.414 del CCV: “La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa [un bien] y al comprador a pagar el precio”.

¹⁰⁵ Disposición contenida en el art. 304 de la *CRBV*.

¹⁰⁶ Art. 6 de la LOAPS: “A los efectos de esta Ley, se entiende por servicio público de agua potable, la entrega de agua a los suscriptores o usuarios (...) de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición (...)”.

¹⁰⁷ Art. 2 de la LOAPS: “Las disposiciones de esta Ley se aplican a todos los prestadores de servicios de agua potable y de saneamiento (...) así como también a todos los suscriptores y usuarios de estos servicios (...)”.

A finales de enero de 2026, el Poder Ejecutivo Nacional ordenó la reestructuración del Sistema Hídrico Nacional que pasa a ser administrado exclusivamente por la empresa estatal C. A. Hidrológica Venezolana (HIDROVEN) mediante el Decreto No. 5.229 de 27 de enero de 2026¹⁰⁸.

b. Servicio doméstico de energía eléctrica

Con la denominación “servicio eléctrico” la LOSE califica a esta “actividad prestacional ejercida por el Estado”¹⁰⁹. Se aplica al prestador del servicio y a los usuarios¹¹⁰ en todo el territorio nacional¹¹¹. La empresa Corporación Eléctrica Nacional, S. A. (CORPOELEC) es el ente competente para la comercialización de la energía eléctrica en Venezuela y está adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica (MPPEE) constituido según el Decreto No. 6.991 de 21 de octubre de 2009¹¹². En virtud de este Decreto, le corresponde al MPPEE la fijación del precio de monopolio que deben pagar los usuarios finales del servicio de energía eléctrica¹¹³.

c. Servicio doméstico de gas natural

“La creciente utilidad del gas natural, por su poder energético y en razón de ser un combustible más limpio que produce poca contaminación al medio ambiente, lo hace más apetecible para su consumo en las ciudades (...) como combustible doméstico (...)”¹¹⁴. Fundamentalmente, los yacimientos de hidrocarburos gaseosos pertenecen a la República de Venezuela y son del dominio público¹¹⁵. Constituyen un servicio público las actividades relacionadas con el transporte y distribución del gas natural¹¹⁶. El precio de monopolio que deben

¹⁰⁸ GORBV No.43.304 de 27 de enero de 2026.

¹⁰⁹ Art. 16 de la LOSE: “A los efectos de la correcta interpretación y aplicación de la presente Ley, se definen los siguientes términos: (...) **30. Servicio eléctrico:** la actividad prestacional ejercida por el Estado, destinada a satisfacer la necesidad de suministro de energía eléctrica a la colectividad (...).

¹¹⁰ Art. 2 de la LOSE: “La presente Ley se aplica a (...) el órgano rector del sistema y servicio eléctrico nacional; el operador y prestador del servicio; los usuarios (...).”

¹¹¹ Art. 3 de la LOSE: “La presente Ley es aplicable en todo el territorio nacional”.

¹¹² GORBV No. 39.294 de 28 de octubre de 2009.

¹¹³ Art. 2 del Decreto No. 6.991 de 2009: “Son competencias del Ministerio del Poder Popular para la Energía Eléctrica: (...); 3. El estudio de mercado y el análisis y fijación de precios del servicio de la electricidad; (...).”

¹¹⁴ Exposición de Motivos del Decreto No. 310 con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos Gaseosos (LOHG), en: GORV No.36.793 de 23 de septiembre de 1999.

¹¹⁵ Art. 1 de la (LOHG): “Los yacimientos de hidrocarburos gaseosos existentes en el territorio nacional, bajo el lecho del mar territorial, de la zona marítima contigua, y en la plataforma continental, pertenecen a la República, son bienes del dominio público (...).”

¹¹⁶ Art. 5 de la LOHG: “Las actividades relacionadas directa o indirectamente con el transporte y distribución de gases de hidrocarburos destinados al consumo colectivo, constituyen un servicio público”.

pagar los usuarios finales por la prestación del servicio doméstico de gas natural es fijado por los ministerios de Energía y Minas y de Producción y Comercio, actuando conjuntamente¹¹⁷.

B. Contratos de consumo y de servicio

Un contrato ha sido descrito como un convenio entre partes, que implica una planificación racional de la transacción contemplada en combinación con prudentes estipulaciones que puedan abrazar tanto las contingencias que pudieran surgir o ser previstas, junto con el uso de sanciones legales reales o potenciales que garanticen el cumplimiento del convenio o, en su lugar, provean compensación¹¹⁸.

Un acto de consumo (la “transacción”) implica transferencia de la propiedad privada mediante la celebración de un “contrato de consumo” entre una persona natural (el consumidor) y —generalmente— una persona jurídica (proveedor) que se obliga a entregar un “bien del primer orden” mediante el pago de su precio monetario de mercado; cuyas estipulaciones (escritas o en forma oral) no menoscaben los derechos fundamentales consagrados en la Constitución (artículo 117 de la *CRBV*) y en las leyes pertinentes (*LOPJ*; *LAP*).

El *Reglamento Roma I*¹¹⁹ define en su artículo 6 “Contratos de consumo” al expresar que un contrato de consumo es “Sin perjuicio de los artículos 5 y 7, el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional (...)”. Al punto, los artículos 5 y 7 del Reglamento regulan, respectivamente, los “Contratos de transporte” de mercancías y pasajeros y los “Contratos de seguro”, excluyendo los contratos de reaseguro.

La prestación de un servicio (la “transacción”) no implica transferencia de propiedad, porque aun siendo útil no es permutable. Su realización supone un contrato de servicio mediante el cual un Prestador (persona natural o jurídica, de Derecho público o privado) —mediante el pago monetario de honorarios o de tarifas— actúa con el objetivo de satisfacer indirectamente una necesidad del primer orden a de una persona natural (el Usuario); utilizando a tal fin sus medios y capacidades disponibles. Cabe diferenciar entre “contratos de servicio privado” y “contratos de servicio público”. En éstos, el Prestador es una empresa del Estado que establece una tarifa en calidad de pago por la prestación del servicio. La norma del artículo 6 del Regla-

¹¹⁷ Art. 12 de la LOHG: “(...) Los ministerios de Energía y Minas y de la Producción y el Comercio, conjuntamente, fijarán las tarifas que se aplicarán a los consumidores [usuarios] finales (...)”.

¹¹⁸ Boggiano, Antonio, *International Standard Contracts. A comparative Study*, en: *Recueil des Cours, Academie de Droit International de La Haye*, 1981-I, T. 170, pp. 13-113, especialmente p. 17.

¹¹⁹ Diario Oficial de la Unión Europea, Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Roma I) de 17 de junio de 2008, 4 julio de 2008, pp. L177/11 y 12.

mento Roma I señalado *supra* es aplicable “sin perjuicio de los artículos 5 y 7” que regulan los contratos de servicio que versan sobre Transporte de Mercancías y Seguros, respectivamente.

En relación con dichas transacciones en el ámbito internacional, los proveedores de bienes y los prestadores de servicios elaboran frecuentemente la correspondiente *lex contractus* que contiene “condiciones generales” (*standard conditions*) en la medida en que aquella sea aceptada por el consumidor o por el usuario, quienes se adhieren a ellas que, especialmente, manifiestan los requerimientos y propósitos de la particular transacción. En los contratos internacionales por adhesión —cuya eficacia es función del principio *ius vigilantibus scriptum*— se debe garantizar al consumidor o al usuario adherentes, un mínimo de protección que puede ser proporcionado por disposiciones imperativas vigentes en su respectiva residencia habitual¹²⁰. Luego, los contratos internacionales de consumo o de servicio requieren de especial protección por la parte —típica o atípicamente— más débil para que la rectitud del intercambio sinalagmático no sea puesta en riesgo.

1. Los contratos de adhesión

No sólo son utilizados por empresas monopolísticas (prestadoras de servicios públicos del primer orden) y multinacionales sino también por muchas pequeñas y medianas empresas. En el contexto, la parte más débil no es necesariamente la parte económicamente más débil sino la parte que no interviene en la redacción del contrato (*non-drafting party*); es decir, aquella parte [consumidor y usuario] que hace frente a un contrato de adhesión redactado por la otra parte [productor, comerciante, prestador del servicio]¹²¹. En la norma del artículo 18 de la derogada *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995*¹²² se define que un “Un contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas hayan sido aprobadas por la autoridad competente o establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes o servicios sin que el consumidor pudiera discutir o modificar su contenido (...)”. En igual sentido, el artículo 1 de la *Ley No. 19.496 de Protección de los Derechos del Consumidor* chilena expresa que “El contrato de adhesión es aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”¹²³.

2. Las disposiciones imperativas

Para que los actos de consumo y las prestaciones de servicios se realicen dentro de las expectativas económicas del libre mercado, el Derecho destinado a la defensa de la soberanía

¹²⁰ Boggiano, *International standard* ..., ob. cit., p. 56.

¹²¹ *Ibid.*, p. 83, nota al pie 269.

¹²² GORV No. 4.898 Extraordinario de 17 de mayo de 1995.

¹²³ Sandoval López, Ricardo, *La Ley de Protección de los Derechos del Consumidor*, en: *Revista de Derecho de la Universidad Concepción*, 1997, No. 201, año LXV, pp. 145-157, especialmente p. 145.

del consumidor contiene normas que no pueden ser derogadas contractualmente y que son de inmediata aplicación, en virtud de la eventual vulnerabilidad contractual de consumidores y usuarios. Son normas cuya observancia un país considera esenciales para la salvaguarda de sus intereses socioeconómicos.

IV. Derecho del Consumo internacional

El desarrollo de las telecomunicaciones, los medios de transporte y el comercio transnacionales han contribuido a intensificar una realidad histórica: el cosmopolitismo de la persona humana. Esta realidad que se refleja en la diversidad de su actuación internacional desborda el orden establecido por un sistema jurídico interno; de lo contrario, no habría necesidad de acudir a un Derecho regulador del tráfico externo¹²⁴.

Aunque en muchos países la legislación se haya quedado a la zaga de la economía, la soberanía del consumidor siempre se fundamenta universalmente en derechos inherentes a la persona humana, tal como se puede deducir lógicamente de la norma humanitaria contenida en el artículo 117 de la *CRBV*. Paralelamente, los fenómenos (*subject matters*) que competen al análisis de la microeconomía¹²⁵ son los mismos en cualquier país del mundo. Entre estas dos realidades se mueven las relaciones internacionales en las que participan consumidores y usuarios. Por esta razón las calificaciones de Consumidor, Usuario, Proveedor, Productor, Relaciones de Consumo y Servicio (internas e internacionales); deben guardar coherencia entre ambos ámbitos del Derecho del Consumo, considerando siempre que las personas jurídicas no pueden ser calificables como consumidores o usuarios¹²⁶; a pesar de que cada país pueda adoptar sus propias reglas de protección conforme a su régimen socioeconómico, sus patrones de higiene, calidad de los productos y libertad comercial¹²⁷.

En Venezuela, el deficiente Derecho del Consumo interno no alcanza para regular supuestos de hecho con elemento extranjero relevante¹²⁸ en la materia que nos ocupa. Por

¹²⁴ Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho Internacional privado*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 1996, p. 39.

¹²⁵ Microeconomía es la rama de la ciencia económica que analiza aspectos concretos de un sistema económico en el marco de la acción humana. Analiza la interacción entre la Demanda de los consumidores y la Oferta de los productores o comerciantes en el marco de libre mercado y el mecanismo de formación de precios. Coloquialmente, el método de la microeconomía consiste en analizar “los árboles” del bol. osque. En oposición, a la macroeconomía le corresponde el estudio del “bosque” al que pertenecen aquellos árboles.

¹²⁶ En virtud de la norma humanitaria contenida en el artículo 117 de la *CRBV*, las personas jurídicas no pueden ser, por naturaleza, titulares de derechos fundamentales. Además, cabe tener en cuenta que una contratación privada entre personas jurídicas no supone vulnerabilidad para alguna de ellas.

¹²⁷ Pelichet, Michel, Les ventes aux consommateurs, en: *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye*, 1980-III, pp. 193 ss.

¹²⁸ Relevancia del elemento extranjero: no todo “elemento extranjero” es apto para relacionar un supuesto de hecho jurídico con una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Por ejemplo: en el sistema autónomo de DIPr venezolano la “nacionalidad de una

ejemplo, respecto de la actividad turística¹²⁹, la relación internacional que se pueda establecer entre “turistas” (usuarios) y “prestadores del servicio turístico” (proveedores) no encuentra una regulación pertinente en la Ley de Orgánica de Turismo de 2014¹³⁰ (*LOT*), a pesar de que su artículo 2 (20) haga referencia al término “residencia habitual”¹³¹ cuando define: “Turista: Toda persona natural que viaje y pernocte fuera del lugar de su residencia habitual, por más de una noche (...) con fines de esparcimiento o recreación (...)”. Distinto ocurre con la Ley de Arbitraje Comercial de 1998¹³² (*LAC*) que siendo un instrumento de Derecho interno puede ser también aplicable a casos de arbitraje comercial internacional al admitir, en su artículo primero, que “cualquier tratado multilateral o bilateral vigente” puede ser aplicado como fuente de producción normativa¹³³. No obstante, el artículo 6 de la *LOT* dispone que

A los efectos de este Decreto (...) se entiende por sistema turístico nacional el conjunto de (...) personas conformado [entre otros] por: (...). 2. Los prestadores de servicios turísticos y sus asociaciones (...). 3. Los turistas o usuarios turísticos que utilicen el patrimonio turístico o adquieran bienes y servicios suministrados por los prestadores de servicios turísticos (...).

Actualmente, el Derecho positivo venezolano no dispone de leyes especiales eficientes que permitan resolver casos judiciales con elemento extranjero en materia de protección internacional al consumidor o usuario. Al punto, se debe acudir a nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado para determinar el tribunal internacionalmente competente (el *forum*), el Derecho aplicable al fondo del litigio por dicho Tribunal (el *ius*) y el reconocimiento de sentencias extranjeras para su eventual ejecución en Venezuela. A tales efectos, el operador jurídico dispone de la Ley de Derecho Internacional Privado¹³⁴ (*LDIPV*). En otros términos, un Derecho del Consumo internacional se debe basar en la normativa que deriva de las fuentes señaladas en el artículo 1 de la *LDIPV*¹³⁵ sin perjuicio de la eventual aplicación necesaria de

persona física” es un elemento extranjero **irrelevante** para que un supuesto de hecho personal (estado civil, capacidad, etc.) sea “internacionalizable”. Pero la nacionalidad sí es relevante en el DIPr español. El “domicilio de una persona física” es elemento extranjero **relevante** en el DIPr venezolano porque, en virtud del art. 15 de la *LDIPV*, “constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales”.

¹²⁹ Art. 310 de la CRBV: “El turismo es una actividad económica de interés nacional, prioritaria para el país en su estrategia de diversificación y desarrollo sustentable. (...)”

¹³⁰ GORBV No. 1.441 Extraordinario, 17 de noviembre de 2014.

¹³¹ El art. 11 de la *LDIPV* dispone que “El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual”. En virtud del artículo 15 *eiusdem*, la residencia habitual de la persona física “constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los Tribunales”.

¹³² GORV No. 36.430, 7 de abril de 1998.

¹³³ Art. 1 de la *LAC*: “Esta Ley se aplicará al arbitraje comercial, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente”.

¹³⁴ GORV No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

¹³⁵ Art. 1 de la *LDIPV*: “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; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

las disposiciones absolutamente imperativas del Derecho positivo interno en virtud del artículo 10 *eiusdem*¹³⁶.

A. Internacionalidad del Acto de Consumo y de la Prestación de Servicios

El acto de consumo o la prestación de un servicio son actividades económicas que se internacionalizan cuando el objeto o alguno de los sujetos que intervienen en la concreta relación sinalagmática que los vincula adquiere la calificación de extranjero respecto de la *lex fori*. Desde el punto de vista económico, el contrato representa la forma jurídica del mercado en el que intervienen libremente demandantes y oferentes domiciliados en Estados distintos o en el que los bienes y servicios del primer orden traspasan fronteras.

En virtud del artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos internacionales¹³⁷ (CIDACI) “Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados parte diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte (...)”. El *Reglamento Roma I* define en su artículo 6 “Contratos de consumo” tal como lo hemos expresado supra.

Confirmada la internacionalidad de los contratos de consumo o los de prestación de servicios, la protección jurídica de los derechos económicos que fundamentan la soberanía del consumidor en el artículo 117 de la CRBV pasa a ser uno de los “casos [supuestos de hecho] de aplicación del Derecho Internacional Privado”¹³⁸.

B. Jurisdicción internacional de los tribunales venezolanos

En virtud del principio universal *lex fori regit processum* consagrado en la norma indirecta contenida en el artículo 56 de la LDIPV¹³⁹ la determinación de la competencia judicial internacional directa se rige por la *lex processualis fori*. Por lo tanto, la competencia judicial internacional de los jueces venezolanos para conocer casos de protección y defensa de los consumidores y usuarios y el Derecho aplicable al caso se debe determinar formalmente mediante convenciones internacionales vigentes y, en su defecto, mediante las normas del sistema autónomo de Derecho procesal civil internacional.

¹³⁶ Art. 10 de la LDIPV: “No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos”.

¹³⁷ La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos internacionales fue suscrita en el marco de la Quinta Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-V) celebrada el 17 de marzo de 1994 en México. Ley Aprobatoria publicada en la GORV No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995. Es fuente internacional de DIPr venezolano.

¹³⁸ Encabezado de la norma contenida en el art. 1 del Proyecto de Aplicación del Derecho Internacional Privado (Proyecto Arcaya); elaborado por el Dr. Pedro Manuel Arcaya en 1912.

¹³⁹ Art. 56 de la LDIPV: “La competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve”.

Interpretando extensivamente la norma contenida en el artículo 1 de la LDIPV, la jurisdicción internacional de los jueces venezolanos se determinará, en primer lugar, por los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, por las normas de Derecho Internacional Privado venezolano atributivas de jurisdicción internacional y, finalmente, por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Bajo este epígrafe hacemos referencia, por una parte, a los tratados internacionales vigentes en Venezuela. También, a ciertos tratados o convenios no vigentes pero que pueden ser aplicables a título de Principios de DIPr generalmente aceptados.

1. Tratados internacionales

En materia de jurisdicción internacional, los tratados o convenios internacionales tienen por objeto la distribución (no la atribución) de la *facultas iurisdictionis* entre los Estados contratantes, porque “(...) corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (...)”¹⁴⁰. Por otra parte, como presupuesto del proceso, la jurisdicción designa “todos aquellos criterios que, combinados, permiten al demandante averiguar el concreto Juez o Tribunal ante quien debe presentar su demanda”¹⁴¹.

a. El Código Bustamante¹⁴²

Este tratado (CB) consagra el principio *lex fori regit processum* en la norma indirecta del artículo 314¹⁴³ que distribuye, entre los Estados contratantes, la determinación legal de la competencia judicial internacional (jurisdicción internacional). También somete —en el orden de las relaciones internacionales [actos de consumo y prestación de servicios transfronterizos]— la determinación de la competencia [territorial interna] al Derecho del Estado contratante en virtud de la *lex loci*¹⁴⁴.

“En principio, hay que dejar a los interesados escoger sus jueces cuando no se interpone otra consideración superior y legítima”¹⁴⁵. Con esta afirmación, el autor del CB confirma la sumisión voluntaria de las partes (*prorrogatio fori*) como foro general de jurisdicción en los

¹⁴⁰ Art. 253 de la CRBV.

¹⁴¹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit., p. 199.

¹⁴² Código de Derecho Internacional Privado de 1928; texto publicado en la Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela de 9 de abril de 1932. Es tratado vigente en Venezuela.

¹⁴³ Art. 314 del CB: “La ley de cada Estado contratante determina la competencia [internacional] de los Tribunales, así como (...) las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias (...)”.

¹⁴⁴ Art. 316 del CB: “La competencia *ratione loci* se subordina, en el orden de las relaciones internacionales, a la ley del Estado contratante que la establece”.

¹⁴⁵ Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, Cultural, 3ª ed., 1943, T. III, p. 85.

términos establecidos en el artículo 318 del CB¹⁴⁶. Es decir: si consumidor y proveedor *lato sensu* convienen en someterse expresamente o, si procediendo individualmente: el consumidor *lato sensu* interpone la demanda judicial o, si el proveedor *lato sensu* (demandado) practica cualquier gestión procesal que no sea proponer formalmente la declinatoria; salvo casos de inderogabilidad legal; es decir, a tenor del artículo 47 de la LDIPV: “(...) en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano”. Al punto, el artículo 4 del CB dispone que “Los preceptos constitucionales son de orden público internacional”.

Especialmente, en ausencia de *prorrogatio fori* en el CB y de foros inderogables, la competencia judicial internacional (jurisdicción internacional) —en juicios originados por el ejercicio de acciones personales [de contenido patrimonial]— se distribuye en función del lugar [territorio del Estado] donde se cumple la obligación [de realizar el pago el consumidor o, de entregar el bien el proveedor; según el caso concreto] y, en su defecto, el lugar [territorio del Estado] donde tienen los demandados su domicilio o residencia habitual (foro domicilio del demandado)¹⁴⁷. En el DIPr venezolano no aplica la simple residencia del demandado. Finalmente, la determinación de la jurisdicción internacional *ratione materiae* y *ratione personae* [foros especiales de jurisdicción] por los Estados contratantes no debe basarse en la nacionalidad de las personas interesadas [consumidores y usuarios], en perjuicio de éstas¹⁴⁸.

b. Las Convenciones Interamericanas.

En el temario de la ya celebrada CIDIP-VII se incluyeron diversas propuestas legislativas¹⁴⁹ sobre Protección Internacional al Consumidor (normas sobre Jurisdicción internacional y determinación del Derecho aplicable). En ellas se apreciaron incompatibilidades con la Constitución y el DIPr venezolano. Por ejemplo: calificar las personas jurídicas como consumidores (*cf*: La norma humanitaria del artículo 117 de la CRBV y el artículo 4 del CB); calificar alternativamente “el domicilio de las persona física” (*cf*: La calificación autónoma en el artículo 11 de la LDIPV). Con calificaciones semejantes, obviamente hubiera sido negativa la suscripción

¹⁴⁶ Art. 318 del CB: “Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario (...)”.

¹⁴⁷ Art. 323 del CB: “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 y, en su defecto, el del domicilio de los demandados y, subsidiariamente, el de su residencia”.

¹⁴⁸ Art. 317 del CB: “La competencia [jurisdicción internacional] *ratione materiae* y *ratione personae* no debe basarse (...) en la condición de nacionales o extranjeras de las personas interesadas (...)”.

¹⁴⁹ Presentaron proyectos: Brasil, Uruguay, Estados Unidos de América y Canadá. Venezuela no presentó Proyecto alguno.

de una convención interamericana sobre protección de consumidores por parte de la representación venezolana.

La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagars y Facturas¹⁵⁰ (CILC) contiene una norma en el artículo 8 que pudiera aplicarse a contratos con consumidores y usuarios mediante dos foros de jurisdicción alternativos: “lugar de cumplimiento de la obligación” y “domicilio del demandado”¹⁵¹. Esta norma es también aplicable a los pagars (artículo 9 de la CILC) y a las facturas en los términos del artículo 10 *eiusdem*.

La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles¹⁵² (CISM) contiene una norma distributiva de jurisdicción entre los Estados parte mediante el *forum executionis*. La norma contenida en el artículo 6 de la CISM dispone: “Las sociedades mercantiles constituidas en un Estado para el ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en su objeto social, quedarán sujetas a los órganos jurisdiccionales del Estado donde los realicen”. Es decir, la potestad de juzgar recae en los tribunales del Estado parte donde la sociedad mercantil (el profesional proveedor o prestador) haya realizado —directa o indirectamente— el acto de consumo o prestación del servicio que sea objeto de la demanda.

2. Fuentes internacionales no vigentes

a. *El Reglamento Bruselas I*

Este instrumento versa sobre Competencia Judicial [internacional], el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales [extranjeras] en materia Civil y Mercantil. Este Reglamento no es vinculante para Venezuela pero puede aplicarse a título de Principio de DIPr generalmente aceptado. En sus “Considerandos (18) y (19)” dispone que “en lo que atañe a los contratos celebrados con los consumidores debe protegerse a la parte más débil mediante normas de competencia [judicial] más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales”. “Debe respetarse la autonomía de las partes de un contrato, excepto en los contratos celebrados por los consumidores, en los que sólo se concede una autonomía limitada para elegir el órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de los criterios de competencia [judicial] exclusiva establecidos en el presente Reglamento”.

El artículo 7 establece “Competencias Especiales” cuando el domicilio del demandado se encuentra en un Estado diferente al Estado donde podrá ser demandado: (1a) en materia

¹⁵⁰ Ley Aprobatoria publicada en GORV No. 33.150, 23 de enero de 1985. Instrumento de Ratificación con fecha 16 de abril de 1985.

¹⁵¹ Artículo 8 de la CILC: “Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio”.

¹⁵² Ley Aprobatoria publicada en GORV No. 33.170, 22 de febrero de 1985. Instrumento de Ratificación de 16 de mayo de 1985.

contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda. A efectos de esta disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: (1b*) cuando se trate de una compraventa de mercaderías [acto de consumo]: el lugar del Estado en el que hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías, según el contrato; (1b**) Cuando se trate de una prestación de servicios: el lugar del Estado en el que hayan sido o deban ser prestados los servicios según el contrato. En materia delictual o cuasidelictual, será competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

b. El Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro

Este Convenio celebrado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (2005) “se aplicará en situaciones internacionales a los acuerdos exclusivos de elección de foro que se celebren en materia civil y comercial” (art. 1.1).

A los efectos del capítulo II [sobre competencia judicial] una situación es internacional salvo que las partes sean residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre éstas y todos los demás elementos relevantes del litigio, cualquiera que sea el lugar del Tribunal elegido, estén conectados únicamente con ese Estado” (art 1.2).

A tenor del artículo 2.1 “El presente convenio no se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro: a) en que es parte (...) un consumidor; (...)”.

En este contexto, cabe señalar que la disposición contenida en el párrafo final del artículo 7 de la CIDACI dispone que “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable”; en otros términos no se cumple necesariamente la relación funcional $ius = f(\text{forum})$, contrario a lo que establece el “criterio del paralelismo” $\text{forum} = f(\text{ius})$ consagrado solamente en los artículos 41 y 42 de la LDIPV. También cabe destacar la inderogabilidad legal del foro exclusivo en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en Venezuela, consagrada en el artículo 47 de la LDIPV. En otros términos, la *derogatio fori* es procedente siempre que la jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos no sea exclusiva.

En este contexto, cabe señalar que la disposición contenida en el párrafo final del artículo 7 de la CIDACI dispone que “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable”.

c. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo (Mercosur, 1996)

Este Protocolo se aplica a las relaciones entre consumidores y proveedores con domicilio: (a) en diferentes Estados Parte o (b) en un mismo Estado Parte y la prestación

característica de la relación en otro Estado Parte (artículo 2). Se califica como domicilio de una persona física en el siguiente orden: (a) su residencia habitual o, (b) el centro principal de sus negocios. Domicilio de una persona jurídica, en el siguiente orden: (a) la sede principal de la administración o, (b) el lugar donde funcionen filiales, sucursales (...) cualquier otra especie de representación de personas jurídicas (art. 3). Como regla general, el artículo 4 dispone que tendrán jurisdicción (1) en las demandas entabladas por el consumidor, los tribunales del Estado donde el consumidor tiene su domicilio, (2) el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste. Alternativamente y por voluntad exclusiva del consumidor, el tribunal del Estado: (a) de la celebración del contrato; (b) del cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; (c) del domicilio del demandado (art. 5).

3. Normas autónomas atributivas de jurisdicción

En ausencia de fuente convencional internacional en materia de jurisdicción internacional, la *LDIPV* ofrece un sistema normativo que permite atribuir *potestas iurisdictionis* a los jueces ordinarios venezolanos para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial en materia de protección internacional a la soberanía del consumidor. La norma contenida en el artículo 39 de la *LDIPV*¹⁵³ consagra “el domicilio del demandado” como criterio o foro general atributivo de jurisdicción.

El “demandado (proveedor o prestador) domiciliado en Venezuela” supone una demanda presentada ante un Juez venezolano, por una persona física económicamente vulnerable (consumidor o usuario), que versa sobre una relación de consumo local en que la transacción (acto de consumo o prestación de un servicio) tiene carácter transfronterizo.

Cuando “el demandado (proveedor o prestador) está domiciliado en el exterior” la relación de consumo es internacional. Invariablemente, sea local o internacional, la relación de consumo *lato sensu* tiene carácter oneroso por lo que es materia del Derecho Patrimonial¹⁵⁴. Por tal razón debe aplicarse el artículo 40 de la *LDIPV* que atribuye jurisdicción a los tribunales venezolanos en juicios originados por el ejercicio de acciones de contenido patrimonial.

¹⁵³ Art. 39 *LDIPV*: “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 los juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley”.

¹⁵⁴ “El Derecho Patrimonial puede ser considerado como “aquella parte del Derecho Civil que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan los fines económicos del hombre. El Derecho patrimonial estudia la atribución a la persona de los bienes económicos y las diversas transacciones que son realizadas entre las personas en relación con dichos bienes” (Diez Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, Tecnos, 1987, Vol. 1, p. 39).

En virtud del artículo 40 de la *LDIPV*, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de un juicio sobre protección a consumidores y usuarios cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones contractuales del proveedor dirigidas a satisfacer, en territorio venezolano, los derechos humanitarios consagrados en el artículo 117 de la *CRBV* y en leyes materiales especiales y, cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones derivadas de hechos dañosos verificados en el mencionado territorio.

A todo evento, el domicilio de una persona jurídica (el suplidor o prestador) tiene como base legal la disposición del artículo 28 del *CCV*¹⁵⁵. Si está constituida en el exterior, el lugar del Estado donde se establezcan legalmente los requisitos de forma y fondo que constituyen la personalidad de la empresa.

4. Sobre Derecho aplicable a las relaciones de consumo

Una vez determinada la competencia judicial internacional del Tribunal venezolano, corresponde determinar la *lex contractus* que discipline un acto de consumo o la prestación de un servicio, con posterioridad a la verificación —en virtud del artículo 10 de la *LDIPV*— de alguna norma absolutamente de aplicación necesaria al caso concreto o de alguna norma material especial (*Ley Organica de Precios Justos* y *Ley Antimonopolio*, vigentes). Ambos tipos de normas tienen la virtud de excluir la aplicación de la norma de conflicto o del Derecho extranjero competente, aplicándose de forma directa¹⁵⁶.

Aunque “en el Derecho Contractual, el principio director del mismo, es el llamado de la autonomía de la voluntad, entendido por tal que es la voluntad de las partes la que en principio crea, reglamente y determina los efectos y consecuencias de los contratos”¹⁵⁷, no es menos cierto que dichas transacciones (acto de consumo o prestación de un servicio) suelen ser reguladas mediante un contrato de adhesión preparado por el proveedor de la mercancía o por el prestador del servicio. En consecuencia, la “autonomía conflictual”¹⁵⁸ se torna, al menos, ineficiente. En

¹⁵⁵ Art. 28 del *CCV*: “El domicilio de las sociedades (...) cualquiera que sea su objeto, se haya en el lugar donde está situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus Estatutos o por leyes especiales. Cuando tengan agentes o sucursales (...) se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia, respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio del agente o sucursal”.

¹⁵⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho...*, ob. cit. pp. 317-319.

¹⁵⁷ López Herrera, Francisco, El contrato en el Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la UCV*, 1954, No. 1, pp. 87-100, especialmente p. 87.

¹⁵⁸ Autonomía conflictual (*kollisionrechtliche parteiautonomie*) hace referencia al poder que tienen las partes contratantes en virtud de una norma de conflicto, para elegir voluntariamente el Derecho material rector del contrato (la *lex contractus*), con el efecto de sustituir aquel Derecho (*the proper law of the contract*) que sería aplicable en ausencia de elección voluntaria por las partes (Struyken, Antón Víctor Marie, La contribution de L'Academie au développement de la science et de la pratique du droit international privé, en: *Recueil des Cours de Académie de Droit International*, 1988, Tome 271, pp. 21-55, especialmente, p. 51). Por lo tanto, el ejercicio de la *autonomía conflictual* somete a las partes al acatamiento del Derecho elegido tal como es, sin modificación alguna de sus normas imperativas, sólo en virtud de su consagración en los sistemas estatales de DIPr y las limitaciones impuestas por las normas

este sentido, “Fuera de las reglas ya establecidas [artículos 7 de la *CIDACI*¹⁵⁹ y 29 de la *LDIPV*¹⁶⁰] y las que en adelante se consignen para casos especiales [Ley de Precios Justos y Ley Antimonopolio], en los contratos de adhesión se presume aceptada, a falta de voluntad expresa o tácita, la ley del que los ofrece o prepara”. De nuevo, cabe destacar que la disposición contenida en el párrafo final del artículo 7 de la *CIDACI* dispone que “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del Derecho aplicable”. Es decir, no se cumple necesariamente la relación funcional $ius = f(\text{forum})$. Lo contrario sí se cumple en el “criterio del paralelismo” $\text{forum} = f(ius)$ consagrado particularmente en los artículos 41 y 42 de la *LDIPV*.

La *CIDACI* no contiene regulación expresa sobre protección a consumidores y usuarios como si lo tiene el artículo 6 del *Reglamento Roma I*. Tal vez porque en el espíritu y propósito de la contratación internacional que la *CIDACI* regula, no existen partes débiles o vulnerables económicamente. Al respecto, la amplitud con que se regula la autonomía de las partes en el artículo 7 de la *CIDACI* pudiera llevar a la comisión de abusos contra consumidores o usuarios vulnerables económicamente si consideramos que las economías de países latinoamericanos son inestables, por no decir monetariamente inflacionarias (ejemplo: Venezuela).

A todo evento, la *CIDACI* otorga prevalencia a la aplicación de normas absolutamente imperativas del foro o las del Derecho que así resulte aplicable¹⁶¹. Los mismos comentarios Son extensivos para la interpretación de la norma de conflicto contenida en el artículo 29 de la *LDIPV*. En ausencia de elección voluntaria, el Tribunal competente debe tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos del contrato para determinar el Derecho con el que esté más estrechamente vinculado en virtud del artículo 30 de la *LDIPV*¹⁶². A los mismos efectos, El artículo 4 del *Reglamento Roma I* dispone que “1. A falta de elección realizada (...) a) el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; b) el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual (...)”.

internacionales imperativas (Dollinger, Jacob, Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts, en: *Recueil des Cours de Académie de Droit International*, 2000, Tome 283, pp. 187-503, especialmente p. 250).

¹⁵⁹ 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 del contrato o a una parte del mismo (...)”.

¹⁶⁰ Art. 29 de la *LDIPV*: “Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

¹⁶¹ Art. 11 de la *CIDACI*: “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”.

¹⁶² Art. 30 de la *LDIPV*: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El Tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que desprendan del contrato para determinar ese Derecho (...)”.

Un sector de la doctrina iusprivatista internacional de la mayor competencia¹⁶³ ha sostenido que hubiera sido deseable incluir expresamente los contratos con consumidores en el texto la *CIDACI*, aunque por vía de interpretación de los artículos 6 y 12 *eiusdem*¹⁶⁴ bien puede llegarse a entender la no aplicación de la Convención a tales contratos.

El incumplimiento de un acto de consumo o el de la prestación de un servicio transfronterizos —por parte del proveedor o del prestador— puede generar daños para el consumidor o para el usuario. Racionalmente, el Derecho aplicable al caso concreto debe ser aquel que proteja eficientemente sus derechos e intereses por ser las partes más débiles o vulnerables en la particular relación contractual. En virtud de que las normas de rango constitucional son de orden público internacional¹⁶⁵, la responsabilidad civil contractual derivada del irrespeto a los derechos económicos consagrados en la norma humanitaria el artículo 117 de la CRBV debiera ser regulada, en primer lugar, por disposiciones absolutamente imperativas de la *lex fori* sobre la materia. En su defecto, el Derecho que resulte aplicable al contrato internacional en virtud de las normas de conflicto contenidas en los artículos 7 y 9 de la *CIDACI*, debe regular las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño¹⁶⁶. La *LDIPV* no contiene una disposición semejante.

Finalmente, a título de “principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”, el artículo 12 del Reglamento Roma I dispone:

Ámbito de la ley aplicable. 1. La ley aplicable al contrato en virtud del presente Reglamento regirá en particular: (...); b) el cumplimiento de las obligaciones que genere; c) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas; (...).

¹⁶³ Operti Badán, Didier y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Contratos Comerciales Internacionales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 59.

¹⁶⁴ Art. 6 CINGDIP: “Las normas de esta Convención no se aplicarán a aquellos contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional vigente entre los Estados parte de esta Convención”.

Art. 12 *CIDACI*: “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

¹⁶⁵ Art. 4 CB: “Los preceptos constitucionales son de orden público internacional”.

¹⁶⁶ Art. 14 *CIDACI*: “Ámbito del Derecho aplicable. El Derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el Capítulo Segundo de esta Convención [Determinación del Derecho aplicable: artículos 7 a 11, según corresponda] regulará principalmente: (...); b) los derechos y obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; (...)”.

A modo de epílogo

¿Por qué debemos conocer de Economía los abogados? Porque las reglas jurídicas forman el primer elemento del cuadro de la vida económica. Aunque Economía y Derecho son ciencias con objetos (*subject matters*) distintos, guardan más afinidades que diferencias. El tema de protección y defensa de los derechos de consumidores y usuarios refleja incoherencias entre los fenómenos económicos de la vida real y las normas jurídicas que los regulan. Venezuela tiene una economía que sufre de inflación monetaria que afecta principalmente a los consumidores y usuarios de bienes y servicios de primera necesidad (bienes y servicios del primer orden). Actualmente, las leyes vigentes sobre la materia son ineficientes o son inaplicables, interna e internacionalmente. Son ejemplos, La *Ley Orgánica de Precios Justos* y La *Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales*; sin dejar de mencionar las tentativas por aprobar finalmente una *Convención Interamericana sobre Protección Internacional del Consumidor* en el seno de las CIDIP. Sin ánimo de haber sido exhaustivo, con este trabajo hemos pretendido presentar algunas sencillas consideraciones que relacionan algunas normativas del Derecho del Consumo (interno e internacional) con principios e instituciones de Economía Política.

Estado actual de la enseñanza del Derecho internacional privado en Colombia

José Luis Marín Fuentes*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 211-228.

Resumen

El presente artículo lleva a cabo un análisis del estado actual o “del arte” de la ciencia del derecho internacional privado en el territorio colombiano, indagando desde sus inicios hasta el día de hoy y comprendiendo temas como el de la jurisprudencia, la doctrina y su enseñanza en las diferentes facultades de derecho. De igual manera se abordan cuestiones como la composición de la normativa conflictual en el ordenamiento jurídico nacional y las implicaciones que conlleva aplicar dentro del mismo reglas de origen convencional sobre aquellas de procedencia local.

Abstract

This article analyzes the current state of private international law in Colombia, tracing its development from its beginnings to the present day and encompassing topics such as jurisprudence (case law), legal scholarship, and its teaching in various law schools. It also addresses issues such as the composition of conflict-of-laws rules within the national legal system and the implications of applying rules of conventional origin over those of local origin.

Palabras clave

Derecho Internacional Privado. Jurisprudencia. Tratados. Corte Suprema de Justicia. Enseñanza.

Keywords

Private International Law. Case Law. Treaties. Supreme Court of Justice. Law Teaching.

Sumario

Introducción. II. Derecho Internacional Privado colombiano. A. Normas Convencionales. 1. Leyes sobre normas generales de derecho internacional privado y otros temas generales. 2. Leyes sobre procedimiento civil internacional y arbitraje. 3. Leyes sobre protección internacional de menores. 4. Leyes en materia de derecho laboral internacional. 5. Leyes sobre propiedad industrial e intelectual. 6. Leyes sobre acuerdos comerciales internacionales multilaterales y otros. 7. Leyes sobre acuerdos comerciales internacionales bilaterales y otros. B. Normas sustantivas de Derecho Internacional Privado en los diferentes códigos legales. 1. Código Civil. 2. Código General del Proceso. 3. Código Sustantivo del Trabajo. 4. Código Procesal del Trabajo. 5. Código de Comercio. II. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia en los últimos años en materia de Derecho Internacional Privado. III. Enseñanza del derecho internacional privado. A. Enseñanza del Derecho Internacional Privado en las Facultades de Derecho en Colombia. B. Autores nacionales (Doctrina). Conclusiones.

* Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires. Profesor T.C. Facultad de Derecho, Universidad de Medellín. Dirección postal: Carrera 87 No. 30 – 65, Bloque 15, Oficina 2010, Medellín, Colombia, Correo electrónico: jlmarin@udemedellin.edu.co. ORCID: 0000-0002-0101-491X

Introducción

El presente escrito pretende ofrecer una visión periférica del estado actual en el que se encuentra en Colombia el derecho internacional privado como ciencia jurídica y su enseñanza y difusión en los centros de educación superior del país.

Como se podrá observar en el desarrollo de este trabajo, y de forma casi que generalizada, la ciencia del derecho internacional privado no ha sido la materia predilecta de los legisladores, los jueces y los académicos colombianos (salvo algunas excepciones) y de manera paradójica frente a la mayoría de los países de América Latina quienes en las últimas décadas han tenido un desarrollo impresionante, no sólo en leyes sobre la materia, sino en su implementación en sus ordenamientos jurídicos. Podría decirse que en el caso colombiano la inapetencia hacia el conocimiento y la utilización de esta materia ha provenido quizás del poco contacto que se tenía no sólo con el mundo exterior, sino de las limitadas relaciones con ciudadanos foráneos, las cuales en un principio sólo estuvieron reservadas para un exclusivo sector de la “sociedad colombiana”. Y es que a fuerza de los acontecimientos, en especial la denominada globalización económica, jurídica y social propició que estas clases sociales fueran cediendo esa primacía a otros sectores menos “elitistas”, los cuales por aventuras o desventuras crearon relaciones de tipo jurídico con ciudadanos no colombianos, lo que al final comenzó a dar algunos frutos en materia de derecho internacional privado, al menos en cuanto a la utilización de algunas normas existentes sobre la materia, así como a la naciente jurisprudencia referida a situaciones que llevaban implícita una relación de tipo internacional.

El derecho internacional privado que se aplica actualmente en Colombia está compuesto principalmente por normas de tipo convencional y algunas otras de carácter sustantivo propias del derecho interno; subsidiariamente se utilizan una que otra jurisprudencia, la cual en los últimos 25 años ha mostrado un incremento en su volumen, amén al número de conflictos en los cuales se hayan involucrados nacionales colombianos y el creciente número de extranjeros que visitan y establecen su residencia en Colombia lo cual exige una normativa adecuada a estas necesidades.

Uno de los objetivos será analizar cómo se regulan las situaciones iusprivatistas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual se podría decir, es el más atrasado sobre la materia en el continente latinoamericano, en especial no sólo por su carencia, sino por su escasa difusión en las facultades de derecho del país donde muy pocas tienen la asignatura como obligatoria, y donde se dicta principalmente como una materia optativa.

En cuanto a la enseñanza de esta disciplina, si bien la primera facultad de derecho que existió en Colombia fue en la ciudad de Santafé de Bogotá en las hoy llamadas: Universidad Santo Tomás (1580) y Pontificia Universidad Javeriana (1621), sería en la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (1827) donde aparecieron los primeros escritos sobre la materia de la mano del profesor Fernando Vélez Barrientos que se tituló “Datos para la Historia del

Derecho Nacional”, publicado en 1891, por la Editorial Universidad Nacional; lo seguiría el profesor Jesús María Yepes con sus obras “Cuestiones de Derecho Internacional Privado”, 1927, “Contribución de América Latina al Desarrollo del Derecho Internacional Público y Privado”, 1930, “El panamericanismo y el derecho internacional”, Imprenta Nacional 1930. Posteriormente, el profesor Alfredo Cook Arango con su “Tratado de Derecho Internacional Privado”, publicado por Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1952 y cerraría este círculo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, la profesora Claudia Madrid Martínez y el autor de este escrito. Los demás autores colombianos se reseñan en el capítulo referente al tema.

II. Derecho Internacional Privado colombiano

De acuerdo con la división en cuanto al origen y la composición de las escasas normas que componen el derecho internacional privado, y que en la actualidad pueden ser utilizadas en el ordenamiento jurídico colombiano podremos observar que la mayoría son normas de las denominadas unificadas (convenciones internacionales), otras armonizadas, y unas pocas otras son de origen local. Al respecto podemos tener como aplicables las siguientes:

A. Normas Convencionales

En este apartado encontramos aquellas normas de origen convencional que constituyen derecho uniforme para los Estados que hacen parte de tales convenios y que corresponden al 95% del total de la reglamentación en derecho internacional privado y que es de obligatorio conocimiento por parte no sólo de los ciudadanos, sino de ellos estudiantes de derecho en cualquiera sea el nivel que lo hagan, esto es, pregrado o postgrado. Al efecto tenemos la siguiente clasificación:

1. Leyes sobre normas generales de derecho internacional privado y otros temas generales

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979; Ley 21 de 1981) es el instrumento convencional de mayor alcance sistemático vigente para Colombia en esta materia: establece los principios rectores de aplicación del derecho extranjero, regula la excepción de orden público internacional, consagra la obligación de aplicar el derecho foráneo de oficio y fija criterios para las instituciones generales de derecho internacional privado.

El Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT, 1940; Ley 32 de 1992) incorpora a Colombia como Estado miembro de este organismo intergubernamental con sede en Roma, cuya labor de unificación y armonización

del derecho privado ha producido instrumentos de referencia mundial como los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

El Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo (1889; Ley 33 de 1992) son los instrumentos convencionales más antiguos del sistema colombiano de derecho internacional privado. Regulan, entre otras materias, la capacidad de las personas, el régimen de los bienes, las obligaciones contractuales y la forma de los actos jurídicos, adoptando el domicilio como criterio de conexión predominante.

El Protocolo adicional entre Colombia y España modificadorio del Convenio de Nacionalidad de 1979 (Ley 638 de 2001) ajusta las condiciones bajo las cuales los nacionales de uno y otro Estado pueden adquirir la nacionalidad del otro sin perder la propia, en el marco del régimen de doble nacionalidad establecido entre ambos países.

2. Leyes sobre procedimiento civil internacional y arbitraje

La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (Montevideo, 1979; Ley 16 de 1981) establece las condiciones bajo las cuales las sentencias judiciales y los laudos arbitrales dictados en un Estado parte producen efectos en los demás, fijando requisitos de regularidad procesal, competencia del tribunal de origen y compatibilidad con el orden público del Estado requerido.

La Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (1979; Ley 49 de 1982) crea un sistema de cooperación entre los Estados parte para que sus autoridades judiciales y administrativas puedan obtener información sobre el contenido, vigencia y alcance del derecho de los demás Estados parte, facilitando así la aplicación del derecho extranjero en los procesos internacionales.

La Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (1979; Ley 42 de 1986) regula la cooperación judicial internacional en materia de medidas preventivas, estableciendo los requisitos y el procedimiento para que las medidas cautelares dictadas por un juez de un Estado parte sean cumplidas en el territorio de otro Estado parte.

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975; Ley 44 de 1986), conocida como Convención de Panamá, es uno de los pilares del arbitraje comercial internacional en América. Establece la validez del acuerdo arbitral, regula la constitución y el funcionamiento de los tribunales arbitrales y fija las condiciones para el reconocimiento y ejecución de los laudos dictados en los Estados parte.

La Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero (1975; Ley 80 de 1986) además de establecer normas sobre derecho aplicable a los poderes, simplifica los requisitos formales que deben cumplir los poderes notariales

otorgados en un Estado parte para producir efectos en otro, facilitando la representación jurídica en el tráfico privado internacional.

La Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero y su Protocolo Adicional (Panamá, 1975 y Montevideo, 1984; Ley 31 de 1987) regulan la cooperación entre los Estados parte para la práctica de pruebas solicitadas por autoridades judiciales de otro Estado, estableciendo los canales, los requisitos y las garantías procesales aplicables a esas diligencias probatorias transfronterizas.

El Convenio sobre Exhortos o Cartas Rogatorias entre Colombia y Chile (1981; Ley 45 de 1987) establece el régimen bilateral de cooperación judicial entre ambos países para la tramitación de comunicaciones entre autoridades judiciales, incluyendo notificaciones, citaciones y práctica de diligencias procesales en el territorio del Estado requerido.

La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo Adicional (Panamá, 1975 y Montevideo, 1979; Ley 27 de 1988) regulan de manera multilateral la transmisión y cumplimiento de exhortos entre los Estados parte, estableciendo los requisitos de forma y de fondo que deben reunir las comunicaciones judiciales internacionales para ser tramitadas y ejecutadas en el Estado requerido.

La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958; Ley 39 de 1990), conocida como Convención de Nueva York, es el tratado internacional más importante en materia de arbitraje comercial internacional. Obliga a los Estados parte a reconocer la validez de los acuerdos arbitrales escritos y a ejecutar los laudos arbitrales dictados en otros Estados parte, salvo que concurran causales taxativas de denegación.

La Convención de La Haya sobre la Abolición del Requisito de Legalización para Documentos Públicos Extranjeros (1961; Ley 455 de 1998) introduce la apostilla como mecanismo único y simplificado de certificación de la autenticidad de los documentos públicos, sustituyendo la cadena de legalizaciones consulares que los documentos extranjeros debían superar para producir efectos en otro Estado parte.

La Convención de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (1965; Ley 1073 de 2006) establece canales oficiales de transmisión de documentos entre los Estados parte, designando autoridades centrales responsables de recibir y ejecutar las solicitudes de notificación o traslado provenientes de autoridades judiciales extranjeras.

El Convenio de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (1970; Ley 1282 de 2009) regula el sistema de cooperación judicial internacional para la práctica de diligencias probatorias solicitadas por tribunales de un Estado parte

ante las autoridades de otro, estableciendo las condiciones bajo las cuales pueden comisionarse pruebas testimoniales, periciales o documentales en el extranjero.

3. Leyes sobre protección internacional de menores

La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (La Paz, 1984; Ley 47 de 1987) determina la ley aplicable a los requisitos de fondo y de forma de la adopción internacional entre los Estados parte, privilegiando la protección del interés superior del menor y estableciendo criterios de reconocimiento de las adopciones válidamente constituidas en otro Estado parte.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989; Ley 12 de 1991) es el instrumento universal más importante en materia de derechos de la infancia. Consagra un catálogo amplio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del niño, e impone a los Estados parte la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para garantizarlos, incluidas las que resultan de situaciones de movilidad internacional.

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980; Ley 173 de 1994) establece un sistema de cooperación entre los Estados parte para garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado distinto al de su residencia habitual, así como para asegurar el respeto de los derechos de custodia y visita constituidos en un Estado parte.

El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (1993; Ley 265 de 1996) crea un sistema de garantías para que las adopciones internacionales se realicen en el interés superior del niño, con respeto de sus derechos fundamentales, y establece un régimen de cooperación entre autoridades centrales de los Estados parte para prevenir el tráfico de menores.

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (Montevideo, 1989; Ley 449 de 1998) determina la ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre personas vinculadas por relaciones de familia —matrimonio, filiación, parentesco— cuando existe un elemento de extranjería, privilegiando la ley que resulte más favorable al acreedor alimentario.

El Acuerdo sobre Asistencia a la Niñez entre Colombia y Chile (Bogotá, 1991; Ley 468 de 1998) establece un marco bilateral de cooperación para la protección de los niños en situaciones transfronterizas, incluyendo mecanismos de asistencia mutua entre las autoridades competentes de ambos países en materia de bienestar infantil.

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 1994; Ley 470 de 1998) obliga a los Estados parte a adoptar medidas para prevenir y sancionar el tráfico internacional de menores, definido como el traslado ilícito de un niño al extranjero con fines de lucro o cualquier otro propósito ilícito, estableciendo mecanismos de cooperación judicial y administrativa para su persecución.

La Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (Nueva York, 1956; Ley 471 de 1998) crea un sistema de cooperación entre los Estados parte para facilitar al acreedor alimentario domiciliado en un Estado la obtención de alimentos de un deudor domiciliado en otro, mediante la designación de autoridades transmisoras y receptoras que gestionan las reclamaciones entre países.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía (Nueva York; Ley 765 de 2002) amplía las obligaciones de los Estados parte en materia de tipificación penal, persecución y extradición de los responsables de esas conductas, así como en materia de asistencia a las víctimas y cooperación internacional.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (Nueva York, 2000; Ley 833 de 2003) eleva la edad mínima de participación directa en las hostilidades y establece obligaciones de los Estados parte en materia de desmovilización, recuperación y reinserción de los menores que hayan participado en conflictos armados.

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Montevideo, 1989; Ley 880 de 2004) complementa en el ámbito interamericano el sistema del Convenio de La Haya de 1980, estableciendo mecanismos de cooperación entre los Estados parte para la localización y restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente fuera de su Estado de residencia habitual.

La Ley 1008 de 2006 fija competencias y procedimientos para la aplicación en Colombia de los convenios internacionales en materia de niñez y de familia, atribuyendo funciones específicas al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central y estableciendo el marco procesal interno para la tramitación de las solicitudes de cooperación internacional en estas materias.

4. Leyes en materia de derecho laboral internacional

Las Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificadas por Colombia conforman el estrato de normas internacionales imperativas que enmarcan las relaciones laborales con elemento extranjero, incluyendo disposiciones sobre trabajo forzoso, libertad sindical, discriminación, trabajo infantil y condiciones mínimas de trabajo que operan como normas de aplicación necesaria en el sistema colombiano.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (Nueva York, 1990; Ley 146 de 1994) reconoce un catálogo de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a los trabajadores migrantes y sus familias, con independencia de su situación migratoria, e impone a los Estados parte obligaciones de protección, información y cooperación en materia de migración laboral.

5. Leyes sobre propiedad industrial e intelectual

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886, revisado sucesivamente hasta 1971; Ley 33 de 1987) es el tratado fundacional de la protección de derechos de autor. Establece el principio de trato nacional —los autores extranjeros gozan en cada Estado parte de la misma protección que los nacionales—, fija estándares mínimos de protección, reconoce el carácter moral e irrenunciable de los derechos de autor y establece que la protección no está sujeta a ningún requisito de registro o formalidad.

El Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada (Ginebra, 1971; Ley 23 de 1992) obliga a los Estados parte a proteger a los productores de fonogramas —grabaciones sonoras— domiciliados en otro Estado parte, frente a la reproducción, importación y distribución no autorizadas de sus fonogramas.

El Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales (Ginebra, 1989; Ley 26 de 1992) crea un sistema internacional de registro de obras cinematográficas y audiovisuales administrado por la OMPI, que facilita la acreditación de la titularidad y la fecha de creación de esas obras en los Estados parte.

El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883, revisado sucesivamente hasta 1979; Ley 178 de 1994) es el tratado multilateral fundamental en materia de propiedad industrial. Consagra el principio de trato nacional, establece el derecho de prioridad para patentes, marcas y diseños industriales, y fija normas mínimas de protección frente a la competencia desleal.

El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) (Washington, 1970, modificado en 1979 y 1984; Ley 463 de 1998) simplifica el procedimiento de solicitud de patentes en múltiples países, permitiendo al inventor presentar una única solicitud internacional ante la OMPI que despliega efectos en todos los Estados designados por el solicitante, con búsqueda internacional previa de anterioridades.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (Ginebra, 1996; Ley 545 de 1999) actualiza la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas en el entorno digital, reconociéndoles derechos de distribución, alquiler y puesta a disposición del público de sus prestaciones y grabaciones a través de redes electrónicas.

6. Leyes sobre acuerdos comerciales internacionales multilaterales y otros

El Acuerdo sobre el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo (Belgrado, 1988; Ley 8 de 1992) establece un marco de preferencias arancelarias y no arancelarias entre los países en desarrollo signatarios, con el objetivo de estimular el comercio sur-sur como complemento a los esquemas de preferencias norte-sur.

La Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), su Convenio y el Protocolo Facultativo sobre Solución de Controversias (Niza, 1989; Ley 28 de 1992) regulan la organización internacional encargada de coordinar el uso global del espectro radioeléctrico, las órbitas de satélites y el desarrollo de las normas técnicas de las telecomunicaciones, estableciendo además mecanismos de resolución de diferencias entre los Estados miembros.

El Convenio Constitutivo del Fondo Multilateral de Inversiones y el Convenio de Administración (Washington, 1992; Ley 111 de 1994) crean e institucionalizan este fondo administrado por el Banco Interamericano de Desarrollo, destinado a apoyar las reformas económicas y el desarrollo del sector privado en América Latina y el Caribe mediante donaciones, préstamos e inversiones de capital.

El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) (Washington, 1986; Ley 149 de 1994) crea este organismo del Grupo Banco Mundial encargado de promover la inversión extranjera directa en los países en desarrollo, otorgando garantías contra riesgos no comerciales —expropiación, inconvertibilidad de divisas, guerra, incumplimiento contractual del Estado receptor— a los inversores y prestamistas.

El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus acuerdos multilaterales anexos (Marrakech, 1994; Ley 170 de 1994) constituyen el marco jurídico multilateral del comercio internacional. Regulan el comercio de mercancías, servicios y propiedad intelectual, establecen mecanismos de solución de diferencias entre Estados y consagran principios como el trato de nación más favorecida y el trato nacional como pilares del sistema multilateral de comercio.

El Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela (Cartagena de Indias, 1994; Ley 172 de 1994), conocido como G-3, establece una zona de libre comercio entre los tres países mediante la eliminación progresiva de aranceles y barreras no arancelarias, e incluye disposiciones sobre inversión, servicios, propiedad intelectual y solución de controversias.

El Acuerdo Marco de Cooperación entre la Comunidad Económica Europea y el Acuerdo de Cartagena (Copenhague, 1993; Ley 183 de 1995) establece las bases de la relación de cooperación política, económica y técnica entre la Unión Europea y los países de la Comunidad Andina, constituyendo el antecedente de los posteriores acuerdos de asociación y de libre comercio entre ambos bloques.

El Convenio Internacional del Azúcar (Ginebra, 1992; Ley 214 de 1995) regula la cooperación internacional en el mercado mundial del azúcar, estableciendo mecanismos de información, consulta y coordinación entre los países productores y consumidores para contribuir a la estabilidad del mercado.

El Convenio Internacional del Café (Londres, 1994; Ley 233 de 1995) crea el marco de cooperación intergubernamental para el mercado mundial del café, promoviendo el comercio internacional del producto, facilitando el intercambio de información estadística y fomentando el consumo mediante políticas de promoción coordinadas entre los países miembros de la Organización Internacional del Café.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Washington, 1965; Ley 267 de 1996), conocido como Convenio CIADI, crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, adscrito al Grupo Banco Mundial, y establece el marco procesal para la resolución mediante conciliación o arbitraje de las controversias entre Estados e inversores extranjeros, sustrayendo esas disputas de la jurisdicción ordinaria de los tribunales nacionales.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980; Ley 518 de 1999), conocida como CISG o Convención de Viena, es el instrumento de derecho uniforme más importante en materia de comercio internacional. Regula la formación del contrato, los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, la transmisión del riesgo y los remedios por incumplimiento, con aplicación directa cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados parte distintos, salvo exclusión expresa.

7. Leyes sobre acuerdos comerciales internacionales bilaterales y otros

En total Colombia ha suscrito en los últimos desde 1980 una cantidad de 24 acuerdos con los siguientes países que son en orden cronológico: República Dominicana (1980), Kenia (1980), España (1980, 1998, 2006), El Salvador (1983), Argelia (1984, 1998) Honduras (1984), Corea del Sur (1986), Cuba (1995), Reino Unido (1995), Hungría (1995), Perú (1996), República Checa (1996), Malasia (1998), Federación Rusa (1998), Rumania (1999), Costa de Marfil (2000), Chile (2001, 2006), Suiza (2008).

B. Normas sustantivas de Derecho Internacional Privado en los diferentes códigos legales

Al no tener Colombia una ley general de derecho internacional privado como si la tienen muchos países de la región (Venezuela, Uruguay, Panamá), ni tampoco una sección sobre la materia en su Código Civil (como por ejemplo en: Alemania - *Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche* [EGBGB] artículos 1 a 48. Perú - Código Civil peruano, Libro X, Derecho Internacional Privado, artículos 2046 al 2121. Argentina - Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Título IV- Disposiciones de Derecho Internacional Privado Capítulo I, artículos 2594 al 2671), la normativa conflictual se debe buscar en las diferentes normas

(leyes) que componen su ordenamiento jurídico para determinar su magnitud y alcance a nivel nacional. Para el efecto tenemos:

1. Código Civil

El Código Civil contiene el núcleo histórico del derecho internacional privado colombiano de fuente interna. Su artículo 16 establece el límite general de la autonomía de la voluntad al disponer que no pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres, cláusula que opera como válvula de cierre frente a la aplicación del derecho extranjero. El artículo 18 consagra el principio de territorialidad de la ley colombiana, mientras que el artículo 19 introduce su contrapeso: el estatuto personal, según el cual los colombianos residentes en el extranjero permanecen sujetos a la ley colombiana en cuanto a su estado civil, capacidad y relaciones de familia. El artículo 20 regula los efectos de la ley respecto de los bienes, sometiendo los situados en Colombia a la ley colombiana con independencia de la nacionalidad de su titular, y el artículo 21 establece las reglas sobre la forma de los instrumentos públicos otorgados en el exterior.

En materia sucesoral, el artículo 1012 fija el momento y el lugar de apertura de la sucesión; los artículos 1084 y 1085 regulan, respectivamente, el testamento otorgado en el extranjero conforme a la ley extranjera y conforme a la ley colombiana, reconociendo así la dualidad de regímenes formales posibles; y el artículo 1086 establece las reglas sobre protocolización del testamento otorgado en el exterior para que produzca efectos en Colombia.

2. Código General del Proceso

El Código General del Proceso contiene las disposiciones procesales más relevantes del sistema colombiano de derecho internacional privado. Su artículo 13 establece el carácter de orden público de las normas procesales, lo que determina su imperatividad y su resistencia a la derogación convencional. El artículo 28 fija las reglas generales de competencia territorial interna, que en ausencia de normas especiales de competencia judicial internacional constituyen el referente supletorio para los casos con elemento extranjero. El numeral 4 del artículo 25 atribuye a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia la competencia funcional para conocer del exequátur de sentencias y laudos arbitrales proferidos en el extranjero.

En materia de prueba del derecho extranjero y de la costumbre, el artículo 177 regula las normas jurídicas de alcance no nacional y las leyes extranjeras, estableciendo las condiciones bajo las cuales estas pueden ser acreditadas en el proceso colombiano. Los artículos 605 a 607 conforman el régimen del exequátur: el artículo 605 determina los efectos de las sentencias extranjeras en Colombia; el artículo 606 establece los requisitos que deben reunir para ser reconocidas; y el artículo 607 regula el trámite del procedimiento de reconocimiento.

3. Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo recoge las disposiciones que delimitan el ámbito de aplicación de la legislación laboral colombiana. El artículo 2 consagra el principio de aplicación territorial, según el cual las normas laborales colombianas rigen las relaciones de trabajo que se ejecuten en el territorio nacional. El artículo 3 precisa las relaciones que regula el Código, delimitando su campo de aplicación material. El artículo 19 establece las normas de aplicación supletoria para cubrir los vacíos del estatuto laboral. El artículo 72 regula el enganche de trabajadores colombianos para prestar sus servicios en el exterior, estableciendo garantías mínimas para esa categoría de trabajadores, y el artículo 73 exige que se mantenga una proporción e igualdad de condiciones entre trabajadores colombianos y extranjeros en las empresas que operen en el país.

4. Código Procesal del Trabajo

En el ámbito procesal laboral, el artículo 5 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social establece las reglas de competencia por razón del lugar de prestación del servicio o del domicilio del demandado, que sirven de punto de referencia para determinar el juez laboral colombiano con competencia para conocer de controversias con elemento internacional, en particular cuando el contrato se ejecutó en Colombia o cuando el demandado tiene allí su domicilio.

5. Código de Comercio

El Código de Comercio contiene un conjunto articulado de disposiciones sobre la costumbre mercantil y su relación con las normas convencionales y el derecho comercial internacional. El artículo 3 establece la jerarquía y autoridad de la costumbre mercantil, distinguiendo entre la costumbre local y la costumbre general. El artículo 4 reconoce la preferencia de las estipulaciones contractuales, consagrando la autonomía de la voluntad como criterio rector en las relaciones mercantiles. El artículo 5 regula la aplicación de la costumbre mercantil como fuente supletoria, y el artículo 6 establece las reglas sobre su prueba mediante testigos. El artículo 7 determina la aplicación de tratados, convenciones y costumbre internacional en materia comercial, abriendo el sistema a las fuentes transnacionales. Finalmente, los artículos 8 y 9 regulan la acreditación de la costumbre mercantil extranjera y de la costumbre mercantil internacional, respectivamente, estableciendo los medios admisibles para su prueba ante los jueces y árbitros colombianos.

II. Decisiones judiciales de la Corte Suprema de Justicia en los últimos años en materia de Derecho Internacional Privado

La escasa jurisprudencia que sobre la materia se ha producido en los últimos treinta años ha provenido principalmente de decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y algunos laudos en materia comercial (arbitral) proveniente de los diferentes centros de arbitraje que pertenecen a las Cámaras de Comercio, los cuales son de difícil acceso por ser cuestiones protegidas por la confidencialidad. A continuación, veremos algunas reseñas sobre tales decisiones especialmente en asuntos relacionados con la figura del exequatur.

Año	Tema	# Sentencias	Tribunal
1995	Exequátur (divorcios, adopciones)	11	Sala Civil CSJ
1996	Exequátur (divorcios, adopciones) Contratos	11	“ “ “
1997		12	“ “ “
1998	Exequatur (aplicación ley extranjera)	10	“ “ “
1999	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2000	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2001	Exequátur (arbitraje internacional)	11	“ “ “
2002	Exequátur (arbitraje internacional)	12	“ “ “
2003	Exequátur (arbitraje internacional)	9	“ “ “
2004	Exequátur (arbitraje internacional)	12	“ “ “
2005	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2006	Exequátur (arbitraje internacional)	8	“ “ “
2007	Exequátur (arbitraje internacional)	9	“ “ “
2008	Exequátur (arbitraje internacional)	5	“ “ “
2009	Exequátur (arbitraje internacional)	7	“ “ “
2010	Exequátur (arbitraje internacional)	N/A	
2011	Exequátur (arbitraje internacional)	N/A	
2012	Exequátur (arbitraje internacional)	1	“ “ “
2013	Exequátur (arbitraje internacional)	3	“ “ “
2014	Exequátur (arbitraje internacional)	3	“ “ “
2015	Exequátur (arbitraje internacional)	8	“ “ “
2016	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2017	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2018	Exequátur (arbitraje internacional)	10	“ “ “
2019	Exequátur (arbitraje internacional)	9	“ “ “
2020	Exequátur (arbitraje internacional)	9	“ “ “
2021	Exequátur (arbitraje internacional)	8	“ “ “
2022	Exequátur (arbitraje internacional)	5	“ “ “

Sobre la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tienen reseñadas nueve sentencias desde 1992 hasta la fecha.

III. Enseñanza del derecho internacional privado

En cuanto a la enseñanza del Derecho Internacional Privado en Colombia, se puede advertir que debido al sistema universitario imperante en Colombia, esto es, universidades públicas y privadas, existe una gran brecha en la enseñanza de dicha asignatura en ambas universidades; digo esto ya que el derecho internacional privado es visto como una materia propia de la élites y por ende susceptible de ser enseñado en las facultades de derecho de las universidades privadas, siendo allí donde tiene más relevancia, toda vez que en las facultades de derecho de las universidades públicas, siendo éstas el reflejo de la sociedad que las circunda, son más propensas a abordar y profundizar en otros temas como lo son: el derecho penal, el derecho de familia y el internacional humanitario como derivado del derecho internacional público.

Lo anterior no es gratuito, ya que la historia reciente de Colombia (década de los 70 y 80's) ha estado marcada por una conflictividad social que ha propiciado de un lado, el aislamiento local en materia de relaciones internacionales de sus ciudadanos (poca migración foránea) y de otro lado un éxodo de alrededor de 6 millones de nacionales hacia otros países. Frente a este último hecho, se puede observar un incremento de la jurisprudencia de las cortes colombianas en materia de derecho internacional privado, en especial en el área del derecho de la familia, toda vez que dicho éxodo propició un sinnúmero de matrimonios y divorcios entre nacionales y extranjeros, lo cual conllevó a que se presentaran numerosas demandas de exequátur de decisiones judiciales extranjeras en la materia.

Es de advertir pues, que en años recientes ha empezado a verse un pequeño renacer en la enseñanza de la materia en las facultades de derecho colombianas, ello como consecuencia del movimiento globalizador que se presenta en áreas como la económica, la social y la cultural, y en especial por la llegada masiva de extranjeros a Colombia. Por ello se puede apreciar que si bien hay algunas facultades de derecho han incluido en su pensum esta asignatura, esto es, el derecho internacional privado como obligatoria, la realidad muestra que sólo se le asigna un rol muy discreto, ya que el espacio máximo que se le concede es de aproximadamente tres horas por semana, lo cual muestra una desventaja con las facultades de derecho de otros países que le otorgan una mayor importancia a la materia.

A continuación, se detallan algunas facultades de derecho de universidades colombianas las cuales tienen dentro de sus pensum la enseñanza del derecho internacional privado; aquí están incluidas, tanto universidades públicas como privadas, siendo las privadas quienes se llevan el mérito en cuanto a la obligatoriedad de dicha asignatura.

De forma particular he tomado como ejemplo la facultad de derecho de la universidad de Ibagué en el Departamento de Tolima, Colombia en donde se enseña el derecho internacional en un bloque completo, lo cual deja muy pocas opciones de profundizar respecto al derecho internacional privado.

A. Enseñanza del Derecho Internacional Privado en las Facultades de Derecho en Colombia

Universidad del Cauca: Derecho Internacional y Relaciones Internacionales.

Universidad Cooperativa de Colombia: Derecho Internacional Humanitario / Derecho Internacional Público.

Universidad Autónoma del Caribe. Derecho Internacional general.

Corporación Universitaria Americana (privada). Derecho Internacional Privado.

Corporación Universidad de la Costa (privada). Derecho Internacional, Derechos Humanos e Internacional Humanitario.

Universidad del Atlántico (pública). Derecho Internacional general.

Universidad del Norte (privada). Internacional Privado.

Universidad Libre (privada). Derecho Internacional Privado.

Universidad Sergio Arboleda (privada). Derecho Internacional Público.

Universidad Simón Bolívar (privada). Derecho Internacional Privado.

Institución Universitaria Marco Fidel Suárez – IUMAFIS (privada). Derecho Internacional Público/ Derecho Internacional Humanitario.

Universidad Antonio Nariño (privada). Derecho Internacional Público.

Universidad Católica de Colombia (privada). Derecho Internacional Privado.

Universidad Central (privada). International Private Law

Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (pública). Derecho Internacional Privado

Corporación Uuniversitaria de Ciencia y Desarrollo – UNICIENCIA (privada). Derecho Internacional Público y Privado.

Corporación Universitaria Republicana (privada). Derecho Internacional Privado

Universidad de La Sabana (privada). Derecho Internacional general.

Universidad de Los Andes (privada). Derecho Internacional Público.

Universidad del Rosario (privada). Derecho Internacional Privado y económico.

Universidad del Sinú. – Privada / Derecho Internacional Privado.

Universidad ECCI (privada). Derecho Internacional Privado.

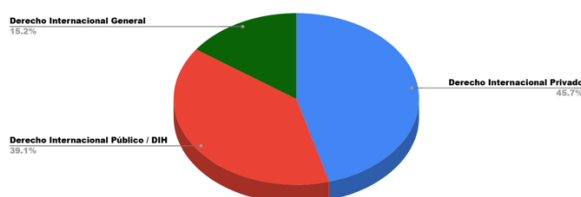
Universidad El Bosque (privada). Derecho Internacional y de los Derechos Humanos.

Universidad del Externado (privada). Derecho Internacional Público.

Fundación Universitaria Agraria de Colombia (privada). Derecho Internacional Privado.

Fundación Universitaria Los Libertadores (privada). Derecho Internacional Público.
 Fundación Universitaria del Area Andina (privada). Derecho Internacional General.
 Fundación Universitaria Horizonte (privada). Derecho Internacional General.
 Universidad la Gran Colombia (privada). Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional.
 Universidad Santo Tomás (privada). Derecho Internacional Público y Comunitario.
 Universidad de Santander (privada). Derecho Internacional General.
 Universidad Santiago de Cali (privada). Derecho Internacional Privado
 Institución Universitaria de Envigado (pública). Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
 Universidad de Manizales (privada). Derecho Internacional Público.
 Universidad Autónoma Latinoamericana (privada). Derecho Internacional Público
 Universidad CES (privada). Derecho Internacional Público.
 Universidad de Antioquia (pública) Derecho Internacional Privado, Contratación internacional. Derecho internacional privado de la Familia. Arbitraje internacional.
 Universidad de Medellín (privada). Derecho Internacional Público.
 Universidad Pontificia Bolivariana (privada). Derecho Internacional Privado.
 Universidad de Córdoba (pública). Derecho Internacional Privado.
 Universidad de Pamplona (pública). Derecho Internacional Privado.
 Universidad de Boyacá (privada). Derecho Internacional General.
 Corporación Universitaria del Meta (privada). Derecho Internacional Público y Privado.
 Universidad Internacional del Trópico Americano (pública). Derecho Internacional Privado.

Gráfico



B. Autores nacionales (Doctrina)

Entre los autores más destacados en Colombia que sobre la materia han dejado sus aportes, en especial en la parte general tenemos entre otros a los siguientes:

Fernando Vélez Barrientos. Datos para la Historia del Derecho Nacional”, publicado en 1891, Editorial Universidad Nacional

Jesús María Yepes. Cuestiones de Derecho Internacional Privado, 1927, “Contribución de América Latina al Desarrollo del Derecho Internacional Público y Privado”, 1930, El panamericanismo y el derecho internacional, Imprenta Nacional 1930.

José Joaquín Caicedo Castilla. Derecho Internacional Privado, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1949.

Alfredo Cook Arango. Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1952.

Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J. y Diego Ricardo Galán Barrera. Derecho internacional privado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, colección Estudios de Derecho Internacional 3, 2001.

Liseth A. Mojica Gómez. Manual práctico de Derecho internacional privado, Lecciones, Centro Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá D.C., 2003.

Francisco Morris Ordóñez y Mateo Morris Liévano. Apuntes de clase de derecho internacional privado, Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Derecho Bogotá. D.C., 2014.

Marco Gerardo Monroy Cabra. Tratado de Derecho Internacional Privado (reimpresión de la 7ª ed. en 2016; 8ª ed. 2025).

José Luis Marín Fuentes. Derecho internacional privado: síntesis y análisis evolutivo (2021; 2022) y Derecho Procesal Civil Internacional (2016).

Laura García Matamoros y Antonio Aljure Salame. Teoría General del Derecho Internacional Privado (2020) y Estudios de Derecho Internacional Privado (2016/2018).

En el mes de febrero de 2022 los profesores Claudia Madrid Martínez, José Luis Marín Fuentes, y María Julia Ochoa Jiménez, fundaron en la ciudad de Medellín, el Instituto Antioqueño de Derecho Internacional Privado – IADIP con el propósito de difundir y estructurar la enseñanza y el conocimiento del Derecho Internacional Privado no sólo a nivel regional, sino nacional, cuestión esta que ha dado lugar a la realización y participación en un número elevado de simposios y publicaciones tanto nacionales como internacionales, siendo su mayor trabajo hasta el momento la redacción de un proyecto de Ley general de Derecho Internacional Privado para Colombia¹ el cual se espera que en un futuro cercano sea aprobado y que finalmente

¹ En la actualidad se han publicado dos trabajos a nivel internacional que destacan la importancia de este proyecto y que se suma al esfuerzo por que Colombia tenga una ley sobre la materia. Estas publicaciones son: Marguerita Salvadori y Gilbert Boutin Icaza,

Colombia pueda inscribirse en la región como un Estado cuyo ordenamiento jurídico en la materia esté a la altura de aquellos que ya regulan la materia en la mayoría de los países de América Latina.

Conclusiones

De lo anterior puede verificarse que, en Colombia, la mayoría de las normas de derecho internacional privado son de origen convencional: más de 120 convenciones bilaterales y multilaterales ratificadas abordan tanto temas generales como específicos. Existe igualmente un número significativo de decisiones judiciales emanadas principalmente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, así como decisiones provenientes de los tribunales superiores y de ciertos juzgados del circuito, y laudos emitidos por los distintos tribunales de arbitramento que funcionan en el país.

En cuanto a la enseñanza del derecho internacional privado, se aprecia que, si bien aumenta el número de facultades de derecho que incluyen la materia como obligatoria dentro de su pensum, el número de horas que se le dedica lleva a pensar que ello obedece más a seguir la nueva tendencia mundial en la disciplina que a una necesidad imperante dentro del proceso globalizador que nos concierne a todos.

Se evidencia, por otro lado, que la enseñanza del derecho internacional privado va ganando espacio, aunque no profundidad, la cual suponemos irá llegando con el desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y con la compilación de ese vasto conjunto de normas dispersas a lo largo de todo el ordenamiento jurídico colombiano.

La doctrina, de igual forma, comienza a hacer sus aportes, no solo sobre la parte sustantiva del derecho internacional privado, sino también sobre sus componentes, como el derecho contractual internacional, el derecho internacional de familia, las sucesiones internacionales, el derecho laboral internacional y el derecho migratorio, entre otros.

Soplan ya nuevos vientos en favor del desarrollo del derecho internacional privado, de la mano de un grupo de profesores comprometidos que, de manera desinteresada y altruista, han puesto su esfuerzo en transmitir a las nuevas generaciones de estudiantes de las distintas facultades de derecho esa pasión y dedicación, con el fin de que en el futuro lo relativo a la materia sea una cuestión de plena cotidianeidad.

(coordinadores) Colombian Draft Project on Private International Law, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Torino 2024, y Maria Julia Ochoa Jiménez y Claudia Madrid Martínez Ed., A Private International Law for Colombia, Munich, Springer, 2025.

Reconocimiento extraterritorial de sentencias extranjeras y las situaciones jurídicas válidamente creadas en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

*Schnayder José Mata Cabello**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 229-243.

Resumen

En el presente trabajo se analiza la relación entre el reconocimiento de sentencias extranjeras y las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Examinando cómo el máximo tribunal venezolano utiliza erróneamente el artículo 5 como mecanismo de control de orden público en los procedimientos de reconocimiento, en lugar de aplicar los requisitos taxativos del artículo 53. Mediante el análisis de jurisprudencia, se llega a la conclusión que la interpretación judicial es imprecisa, sugiriéndose la aplicación del artículo 8 como mecanismo de control idóneo.

Abstract

This paper analyzes the relationship between the recognition of foreign judgments and legal situations validly created under Venezuelan Private International Law. It examines how the Venezuelan Supreme Court erroneously uses Article 5 as a public policy control mechanism in recognition proceedings, instead of applying the explicit requirements of Article 53. Through jurisprudential analysis, it concludes that the judicial interpretation is imprecise, suggesting the application of Article 8 as the appropriate control mechanism.

Palabras clave

Exequátur. Orden Público. Situaciones Jurídicas. Eficacia Extraterritorial.

Keywords.

Exequatur. Public Policy. Legal Situations. Extraterritorial Effect.

Sumario

Introducción. 0. Punto previo. I. Marco conceptual y normativo. A. Reconocimiento, ejecución y exequátur. B. Sistema de fuentes y requisitos legales. C. La Cuestión del Orden Público II. Las situaciones jurídicas válidamente creadas. A. La institución y su regulación en la LDIP. B. Limitaciones y Excepción de Orden Público (art. 5 LDIP). III. Análisis jurisprudencial. A. El artículo 5 como mecanismo de control en el exequátur. B. Análisis de Criterios en Sentencias Seleccionadas. 1. Sentencia No. EXEQ.00474 del 26 de junio de 2007 (*García Alfaro v. Rincón Morales*). 2. Sentencia No. EXEQ.00512 del 10 de julio de 2007 (*Aguilar Lozada v. Renk*). 3. Sentencia No. EXEQ.00674 del 9 de agosto de 2007 (*Ashenoff & Associates, Inc. v. Castro Castro*). 4. Sentencia No. EXE.000358 del 25 de julio de 2011 (*López Bellorín v. Torrealba Castro*). 5. Sentencia No. EXE.000396 del 22 de junio de 2016 (*Tapia Rivas v. Garza Leal*). IV. Conclusiones.

* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Cursante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la UCV. Correo electrónico: schnaydercabello@gmail.com. Versión actualizada del trabajo final de la asignatura "Cooperación jurisdiccional internacional: Estudio de Derecho comparado institucional" a cargo del Profesor Milton Feuillade, semestre 2025 I.

Introducción

La cátedra de Derecho internacional privado cumple ciento treinta años de su creación mediante Decreto Ejecutivo en fecha 28 de septiembre de 1896, en la entonces denominada Facultad de Ciencias Políticas, actualmente Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (UCV), a cargo del Dr. Carlos Grisanti Franceschi, quien fuera profesor de Derecho Comparado y Derecho Internacional Privado¹.

Para 1896, se encontraba vigente el Código de procedimiento civil (CPCV) de 1880², el cual contenía disposiciones sobre la ejecución de actos de autoridades extranjeras entre los artículos 556 al 561. Para conceder fuerza ejecutoria en la República, la sentencia debía cumplir requisitos como: no versar sobre bienes inmuebles situados en el país; ser dictada por una autoridad judicial competente; haya ocurrido una citación regular de las partes; y por último, el carácter lícito de la obligación, cuyo reconocimiento se solicita en Venezuela y la no contrariedad al orden público o al derecho público interior de la República.

Desde antes de la creación de la cátedra, la problemática del reconocimiento de sentencias dictadas por autoridades extranjeras ha estado presente en el ordenamiento jurídico venezolano. Sin embargo, en la actualidad, frente a la derogatoria del sistema establecido en el CPCV vigente por la entrada en vigencia de la Ley de Derecho internacional privado venezolana (LDPI) de 1998, la eficacia de las sentencias extranjeras se regula en el Capítulo X de la Ley³. Dicha derogatoria elimina, precisamente, la exigencia de no contrariedad al orden público del catálogo de requisitos taxativos del artículo 53 de la LDIP.

Ahora bien, en el año 1979, en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP-II) en la ciudad Montevideo del Estado de Uruguay, se suscribió la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴. En este instrumento, el Dr. Didier Operti Badán, homenajeado en este número del Anuario, tuvo un papel destacado como Delegado por Uruguay.

En el artículo 7 de la CIDIP-II, se reguló lo relativo a las situaciones jurídicas creadas de conformidad con derecho extranjero, reconociéndose nuevamente la figura en un instrumento normativo en la región interamericana. Previamente, en el artículo 8 del Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante⁵, se había establecido una regulación bajo el término derechos adquiridos.

¹ Hernández-Bretón, Eugenio, *Tesoros de Derecho Internacional Privado y Comparado en América Latina*, Caracas, Baker McKenzie, 2020, p. 185. *Id.*, El Derecho Internacional Privado en los 300 años de la UCV, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, UCV, 2021, No. 3, p. 445.

² Sancionado el 10 de diciembre de 1880, entrando en vigencia el 27 de abril de 1881. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *Leyes y Decretos de Venezuela*, t. 9 (1880-1882), ACIENPOL, Caracas, 1989, recuperado de www.cidip.com.ve

³ Publicada en la G. O. No. 36.511, 6 de agosto de 1998, entrada en vigencia el 6 de febrero de 1999.

⁴ Ratificada por Venezuela y publicada en la G. O. No. 33.252, 26 de junio de 1985.

⁵ Ley aprobatoria promulgada en fecha 23 de diciembre de 1931, depósito del instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1932, publicado en la G. O. del 9 de abril de 1932.

La institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas se configura como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. No obstante, esta tesis no ha sido comprendida plenamente por el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) al momento de pronunciarse sobre el reconocimiento de sentencias extranjeras. El máximo tribunal emplea erróneamente el artículo 5 de la LDIP (norma que regula la figura) como mecanismo de control del orden público para negar, total o parcialmente, los efectos de las sentencias extranjeras en el territorio venezolano. Práctica que desvirtúa la naturaleza de la institución y amplía los requisitos para la eficacia, a pesar del carácter taxativo de los elementos a revisar del artículo 53 de la ley vigente.

En consecuencia, las siguientes líneas tienen por objeto principal el estudio de la relación entre el reconocimiento extraterritorial de sentencias y las situaciones jurídicas válidamente creadas. Se analizará como es el tratamiento por parte del TSJ con el análisis de decisiones judiciales de la Sala de Casación Civil (TSJ/SCC), tomando en cuenta que el estudio de esta disciplina en Venezuela se cristaliza formalmente desde finales del siglo XIX con la creación de la cátedra.

0. Punto previo

De conformidad con el artículo 253 de la Constitución, la potestad de administrar justicia corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial. Estos conocen las causas de su competencia mediante los procedimientos establecidos en la ley, ejecutando o haciendo ejecutar sus decisiones, las cuales pueden revestir un carácter declarativo, constitutivo o de condena⁶. Esta disposición establece el principio de exclusividad de la soberanía territorial y el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Madrid Martínez, señala que la aceptación absoluta de este principio genera una colisión con la garantía de continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, misión fundamental del moderno Derecho Internacional Privado⁷. El objeto de estudio y el contenido del Derecho Internacional Privado conforman una trilogía dirigida a encontrar la solución a las relaciones jurídicas con elementos extranjería: la determinación del derecho aplicable, la jurisdicción y el reconocimiento extraterritorial de sentencias extranjeras.

El artículo 7.1 de los Principios de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, establece que la eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental vinculado con el derecho de acceso

⁶ Art. 253. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada (con Enmienda No. 1) en la G.O. No. 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

⁷ Madrid Martínez, Claudia, Eficacia extra exequátur de las resoluciones de nulidad, separación y divorcio en Venezuela, en: *Estudios de derecho procesal civil, libro homenajea Humberto Cuenca*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenajes, 2002, No. 6, p. 499.

a la justicia y el derecho fundamental al debido proceso. En consecuencia, los jueces y demás autoridades estatales deben procurar favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras al interpretar y aplicar los requisitos legales para su reconocimiento⁸.

Estos principios son instrumentos de *soft law* que apuntan a mejorar el acceso a la justicia de las personas naturales y jurídicas en los litigios privados de carácter transnacional. Esto incluye controversias donde intervengan entidades estatales en controversias de naturaleza predominantemente comercial o por actos *jure gestionis*, buscando siempre la continuidad de los derechos en el marco de la cooperación jurídica internacional.

I. Marco conceptual y normativo

A. Reconocimiento, Ejecución y Exequátur

Para Madrid Martínez, en el tema de los efectos extraterritoriales de las decisiones judiciales, se han manejado tres expresiones absolutamente diferenciables, a saber, reconocimiento, ejecución y exequátur. La confusión de estos términos ha provocado que la problemática del reconocimiento de sentencias extranjeras, producto de procesos contenciosos, se limite erróneamente a la tramitación del exequátur para dotarlas de fuerza ejecutiva⁹.

El reconocimiento, en su concepción más amplia, implica juzgar los efectos de una decisión según el ordenamiento del Estado que dictó la sentencia. Es este último el que determina el alcance material y personal de la fuerza de la decisión¹⁰. Por su parte, ejecutar consiste en dar efectividad a la dialéctica procesal, realizando o satisfaciendo lo juzgado. En el lenguaje jurídico, se encuentra relacionado directamente con el ejercicio del poder coactivo del Estado, por ello, siempre se realiza por los órganos competentes del Estado donde se requiere producir el efecto material de la sentencia, aplicando el propio derecho interno¹¹.

Finalmente, el exequátur se entiende como el acto del Estado receptor dirigido a dotar a la sentencia extranjera del carácter de ejecutividad. En el sistema venezolano, el exequátur es el procedimiento a través del cual la sentencia extranjera se homologa, adquiriendo validez y eficacia en un Estado distinto al que la dictó¹².

B. Sistema de Fuentes y Requisitos Legales

El análisis para determinar la eficacia de la sentencia extranjera se debe realizar a la luz del sistema de Derecho internacional privado, cuya metodología se encuentra en el artículo 1

⁸ Principios de la ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia, aprobados en Buenos Aires, Argentina, el 12 de noviembre de 2016.

⁹ Madrid Martínez, Eficacia extra exequátur..., ob. cit., p. 500.

¹⁰ *Ibid.*, p. 501.

¹¹ *Ibid.*, p. 502.

¹² *Ibid.*, p. 503.

de LDIP¹³. Orden jerárquico que establece: en primer lugar, revisar la existencia de normas de Derecho Internacional Público (especialmente Tratados); en su defecto, las normas de Derecho Internacional Privado establecidas en el derecho interno; a falta de lo anterior, la aplicación de la analogía; y, finalmente, los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Entre las fuentes internacionales aplicables en materia de eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras vigentes para Venezuela se encuentra, el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 1911, el cual tiene aplicación frente a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú¹⁴. La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, aprobada en la CIDIP-II, instrumento que obliga internacionalmente a Venezuela con los siguientes países, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay¹⁵.

Debemos destacar, que el capítulo del Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante relativo al reconocimiento de sentencias extranjeras fue objeto de reserva por parte de Venezuela, por tal razón, no se toma en consideración a los efectos del análisis de un caso. En ausencia de tratadas vinculantes para Venezuela, se deberá acudir a las fuentes de derecho interno aplicables en esta materia: la Ley de Derecho internacional privado, el Código de Procedimiento Civil y las establecidas en leyes especiales¹⁶.

El artículo 53 establece los requisitos que deben cumplir las sentencias para reconocer los efectos en el territorio venezolano, el artículo 54 para el reconocimiento parcial, y el artículo 55 señala la necesidad del exequátur para proceder con la ejecución de la sentencia. Mientras en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 852 al 855 se establece el procedimiento para la tramitación del exequátur¹⁷.

Como indicamos, el artículo 53 establece los requisitos que deben cumplir la sentencia extranjera para reconocer todos los efectos dentro del territorio venezolano, los cuales deben concurrir en su totalidad para su eficacia extraterritorial.

En primer lugar, que la sentencia haya sido dictada en materia civil o mercantil o, en términos generales, en materia de relaciones jurídicas privadas. En segundo lugar, que tenga fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual ha sido pronunciada. Tercer

¹³ Art. 1. "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados". Ver nota 4.

¹⁴ Aprobación Legislativa del 11 de junio de 1912, ratificado por el Poder Ejecutivo el 19 de diciembre de 1914.

¹⁵ Ley aprobatoria G.O. No. 33.144, 15 de enero de 1985.

¹⁶ Como por ejemplo la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, en el artículo 128 numeral 5 y 6. G.O. No. 6.153 Extraordinario, 18 de noviembre de 2014.

¹⁷ Publicado en G.O. No. 4.196 Extraordinario, 2 de agosto de 1990, reimpresos por error material en la G.O. No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

lugar, que la sentencia no verse sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la Jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio. Cuarto lugar, que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX (De la Jurisdicción y de la Competencia) de la propia Ley de Derecho internacional privado.

En quinto lugar, Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa. Y por último, que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

C. La Cuestión del Orden Público

De la regulación mencionada, resulta interesante observar la eliminación del requisito expreso de no violentar el orden público. En la normativa derogada del CPCV, en el artículo 851 numeral 6, se exigía que “para que a la sentencia extranjera pueda darse fuerza ejecutoria en Venezuela, se requiere que reúna los siguientes requisitos: 6º Que la sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República”.

Para Maekelt, la supresión del requisito de no contrariedad al orden público, llama poderosamente la atención, pues se trata de un requisito de vasta tradición en materia de eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras. No obstante, señala que la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian de manera diferente sobre esta omisión¹⁸.

Una parte de la doctrina considera que, al existir en la Ley de Derecho internacional privado regulación expresa sobre el orden público internacional, esta resultaría de fácil aplicación a en todas las materias reguladas dentro de la propia Ley. En el artículo 8 se establece “las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con la presente Ley, solo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”¹⁹.

Otro sector de la doctrina, en cambio, se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 5 de la LDIP, relativo a las situaciones jurídicas válidamente creadas. Esta norma establece que “las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya

¹⁸ Maekelt, Tatiana, Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y demás Actos de Autoridades Extranjeras, en: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 2001, No. 31, p. 86.

¹⁹ *Ibid.*, p. 87.

competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la Republica”.

Estableciendo como excepciones al reconocimiento de la situación jurídica que esta “contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”²⁰. Sobre esta última concepción estará dirigido el análisis del presente escrito.

II. Las situaciones jurídicas válidamente creadas

A. La Institución y su Regulación en la LDIP

Como hemos anticipado, el artículo 5 de Ley de Derecho internacional privado venezolana establece la figura de las situaciones jurídicas válidamente creadas, anteriormente concebida bajo la noción de los derechos adquiridos. Considerada en un principio como fundamento del Derecho Internacional Privado, en la actualidad se entiende que esta constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto²¹.

Esta institución se encuentra regulada en diversos instrumentos internacionales. En primer lugar, en el artículo 8 del Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, el cual indica que “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”. En segundo lugar, en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en su artículo 7, dispone que:

Las situaciones jurídicas creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Debemos mencionar algunas particularidades de estas regulaciones:

Tanto la Convención Interamericana y la Ley venezolana emplean el término “situaciones jurídicas”, lo cual no se limita a “derechos adquiridos” como se encuentra descrito en el Código Bustamante, adaptándose a la tendencia moderna en reconocer un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos, abarcando no solo actos jurídicos sino también cualquier clase de hecho que produzca jurídicas²².

²⁰ *Ibid.*, p. 87.

²¹ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual, en: V. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (coords.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, UCAB, 2010, p. 43

²² Guerra Hernández, Víctor Hugo, Artículo 5: Derechos adquiridos, en: T. Maekelt, I. Esis y C. Resende (coords.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, UCV, 2005, T. II, p. 237.

La Ley venezolana establece una regulación que optimiza el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, representando una verdadera excepción a la norma de conflicto. A diferencia del Código Bustamante, no exige que el análisis se realice de conformidad con sus propias normas, y presenta mayor flexibilidad que la Convención Interamericana, la cual requiere que la situación haya sido constituida de acuerdo con 'todas las leyes' con las cuales tengan conexión al momento de su creación.

Finalmente, la LDIP fundamenta el reconocimiento de la situación jurídica de conformidad con criterios internacionalmente admisibles. Según la doctrina, esto se refiere a principios como la *lex rei sitae* o la *locus regit actum* o la aplicación de la ley del domicilio o la nacionalidad para el estado y capacidad de las personas físicas. Sería incorrecto afirmar que tales criterios son los establecidos en el ordenamiento jurídico venezolano, pues ello implicaría la aplicación de las normas de conflicto internas y no de la excepción planteada²³.

B. Limitaciones y Excepción de Orden Público (art. 5 LDIP)

En el ámbito de las limitaciones, los tres instrumentos analizados señalan al orden público como una de las limitantes para el reconocimiento. En la LDIP, a diferencia de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, se exige que la incompatibilidad sea “manifiesta”. Así mismo, nuestra ley requiere que la situación válidamente creada no sea contraria a los objetivos de las normas de conflicto nacionales.

Finalmente, la legislación venezolana limita el reconocimiento cuando el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia. Cabe señalar que los supuestos de bienes inmuebles situación en Venezuela constituyen casos en los que el ordenamiento jurídico venezolano reclama jurisdicción exclusiva. El artículo 5 de la LDIP no debe analizarse de manera aislada, sino, por el contrario, deberá realizarse en coordinación con otras normas de la propia ley, especialmente aquellas que consagran otras instituciones generales o soluciones especiales, tales como las cuestiones previas, preliminares o incidentales (art. 6); los conflictos móviles en materia de capacidad de la persona física y de los derechos reales sobre bienes muebles (arts. 17 y 28, respectivamente); y la excepción de la *lex in favore negotii* (art. 18)²⁴.

El artículo 5 pertenece al Capítulo I de la LDIP, relativo a las Disposiciones Generales de la Ley, que comprende la regulación de las instituciones generales o teoría general del Derecho Internacional Privado. Como hemos indicado, esta norma regula el respeto a las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero. Para Hernández-Bretón, los problemas que se pueden generar con los artículos 2 y 5 se suscitan con ocasión de

²³ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 45.

²⁴ Guerra Hernández, Artículo 5: Derechos adquiridos..., ob. cit., p. 239.

la declaratoria de aplicabilidad de un Derecho extranjero, ya sea en virtud de una norma de conflicto, en el caso del Artículo 2, o en virtud de la excepción contenida en el Artículo 5²⁵.

En definitiva, el artículo 5 opera como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, específicamente, cuando la remisión se dirija a un ordenamiento jurídico extranjero. En palabras de Hernández-Bretón “despliegan su función en materia de aplicación del Derecho extranjero”²⁶.

III. Aplicación jurisprudencial por parte del TSJ

A. El artículo 5 como Mecanismo de Control en el Exequátur

El Tribunal Supremo de Justicia ha empleado el artículo 5 de la LDIP en materia de eficacia extraterritorial durante el análisis de los requisitos taxativos establecidos en el artículo 53 de la ley. Esta práctica consiste en aplicar ambos artículos de manera conjunta para determinar si una decisión extranjera debe ser reconocida y producir sus efectos en el territorio nacional. A continuación, revisaremos cinco sentencias dictadas por la Sala de Casación Civil entre los años 2007 y el 2016, que ilustran esta tendencia interpretativa.

B. Análisis de Criterios en Sentencias Seleccionadas

1. Sentencia No. EXEQ.00474 del 26 de junio de 2007 (*Alexandra García Alfaro v. Nelson Jesús Rincón Morales*)

Esta sentencia versa sobre una solicitud de exequátur de un fallo dictado en el Estado de México, el cual declaró la disolución del vínculo matrimonial y estableció lo relativo a la guarda, custodia, régimen de visitas y pensión alimentaria. La Sala de Casación Civil (TSJ / SCC), tras identificar el sistema de fuentes del artículo 1 de la LDIP, descarta la aplicación de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (vigente entre Venezuela y México) debido a la reserva formulada por México. En consecuencia, el análisis se continúa hacia las normas del derecho interno, específicamente al artículo 53 de la LDIP.

La Sala analiza los requisitos taxativos y concluye de forma expresa que la sentencia extranjera cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado. No obstante, inmediatamente después, abre un capítulo dedicado a la excepción de orden público internacional, fundamentándose erróneamente en el artículo 5 de la LDIP.

²⁵ Hernández-Bretón, Eugenio, En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado, en: *Cuadernos Unimetanos*, 2007, No. 11, p. 228.

²⁶ Hernández-Bretón, En materia de calificaciones..., ob. cit., p. 235.

En el dispositivo de la cuyo reconocimiento se solicita, se estableció que las partes obtienen la capacidad para contraer nuevo matrimonio civil, pero luego de transcurrir un lapso de dos años. La Sala invoca al artículo 5 de la LDIP, para declarar la procedencia de la excepción de orden público internacional, argumentando que dicha limitación es manifiestamente incompatible con los principios esenciales del orden público venezolano.

A nivel jurisprudencial se reconoce al divorcio como solución o remedio del vínculo matrimonial, la decisión extranjera condenaba a los cónyuges al impedirles contraer matrimonio nuevamente hasta cumplirse el lapso de dos años. Contrariando al orden jurídico interno, conforme al cual, la decisión que declare el divorcio deja en libertad a las partes para contraer matrimonio nuevamente, no se acepta una limitación al derecho humano protegido y fomentado por la legislación, el libre desenvolvimiento de la personalidad, el matrimonio y la familia.

Bajo este razonamiento, el TSJ/SCC, no reconoce esta limitante y aplica la excepción de orden público para la proposición de la sentencia extranjera que impide a las partes de contraer matrimonio en un plazo de dos años desde la sentencia de divorcio. Finalmente, concede fuerza ejecutoria parcial en Venezuela de conformidad con el artículo 54 de la LDIP, excluyendo la prohibición de contraer nuevo matrimonio por considerarla contraria al orden público nacional²⁷.

2. Sentencia No. EXEQ.00512 del 10 de julio de 2007 (*Nohelia Janette Aguilar Lozada v. Norbert Renk*)

En este caso, se solicitó el exequátur sobre una decisión dictada en el Estado de Alemania, mediante la cual se declaró la disolución del vínculo matrimonial entre las partes. El Ministerio Público se opuso al reconocimiento argumentando que la sentencia extranjera contrariaba el orden público interno, ya que, la decisión se obtuvo antes de cumplir el lapso de un año de separación de cuerpos. Como no se cumplió con este lapso, violaba una de las causales de divorcio en el derecho interno, las cuales son de orden público.

Para decidir TSJ/SCC, al decidir, aclara que bajo el sistema de la LDIP no existe como requisito que la sentencia extranjera no contrarié el orden público interno, a diferencia del sistema derogado del CPCV, por tal razón, la representación del Ministerio Público no debió exponer en el análisis del ordinal sexto del artículo 53 la violación del derecho público interno.

Conforme al criterio de la Sala, la excepción de orden público para el reconocimiento de las sentencias extranjeras se encuentra en el artículo 5 de la LDIP. Su procedencia será cuando la sentencia extranjera sea manifiestamente contraria a los principios esenciales del

²⁷ TSJ/SCC, sentencia No. EXEQ.00474, 26 de junio de 2007 (*Alexandra García Alfaro v. Nelson Jesús Rincón Morales*) disponible en: <https://bit.ly/3R33W6e>

orden público venezolano, caso en el cual no será otorgado el exequátur a pesar de cumplirse los requisitos del artículo 53.

Para la Sala, la situación jurídica creada en el Estado de Alemania al declarar el divorcio por separación previa de los cónyuges, es compatible con el ordenamiento jurídico venezolano, no violatoria de los principios esenciales del Estado y por ello tolerable en el Derecho interno. Luego realiza unas consideraciones sobre la excepción de orden público contenido en el artículo 5, en los siguientes términos:

La excepción de orden público contenida en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, le permite al juez revisar sólo la conformidad de la decisión con los principios esenciales de su derecho, por eso es de uso restrictivo, pues en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras la regla general es el pase, y su negativa sería la excepción, pues negarle vigencia en el territorio a una situación jurídicamente creada en el extranjero afectaría a las partes intervinientes y a los terceros, porque su realidad de hecho difiere de la realidad jurídica, pues se estaría negando el reconocimiento de los derechos adquiridos en otro Estado que ya conoció del asunto. Verbigracia, en materia de familia, si se niega la ejecutoria de un divorcio, se mantendría un estado civil que impediría jurídicamente la celebración de un nuevo matrimonio, por ende, se obligaría al solicitante —en nuestro territorio— a la convivencia de hecho, se afectaría la filiación y el carácter hereditario.

Señala la posibilidad de que el juez pueda revisar de oficio o mediante solicitud analizar la excepción, por ello deberá considerar unas reglas, expresa:

Cuando el juez de oficio considere violado el mecanismo de orden público o sea invocado en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio, se debe revisar si el fundamento y el efecto de la declaratoria del divorcio son manifiestamente contrarias a los principios esenciales del Estado, con base en las siguientes reglas:

- Si la causal extranjera es diferente a las causales establecidas en el Código Civil venezolano, se dará el pase al fallo si no es manifiestamente contraria a un principio esencial del Estado, y si la declaratoria del divorcio per se no viola un principio esencial del Estado.
- Si la causal extranjera es diferente a las establecidas en el Código Civil venezolano, no se dará el pase al fallo si es manifiestamente contraria a un principio esencial del Estado.
- Si la causal extranjera es igual a las establecidas en el Código Civil venezolano, no se dará el pase al fallo si el efecto que cause el divorcio en nuestro territorio es manifiestamente contraria a un principio esencial del Estado. (Resaltado propio).

Resulta contradictorio que la Sala use el artículo 5 para justificar un análisis de fondo sobre la causal de divorcio, cuando dicha norma está diseñada para la determinar la eficacia de derechos y situaciones jurídicas creadas de conformidad con un derecho extranjero, no para establecer controles de mérito sobre sentencias. Finalmente, tras verificar el cumplimiento de los numerales del artículo 53, la Sala concedió fuerza ejecutoria a la decisión alemana, pero

dejando sentado el precedente de que el artículo 5 funciona como una cláusula de control discrecional para el juez del exequátur²⁸.

3. Sentencia No. EXEQ.00674 del 9 de agosto de 2007 (*Ashenoff & Associates, Inc. v. Orlando Castro Castro y otros*)

En esta decisión se analiza una solicitud de exequátur de una sentencia dictada en Florida, Estados Unidos, que condenaba al pago de cantidades de dinero e intereses. Ante la inexistencia de tratados, convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre Venezuela y los Estados Unidos de Norteamérica, la Sala de Casación Civil fundamentó su análisis en el derecho interno, específicamente en el artículo 53 de la LDIP.

La Sala negó el reconocimiento de la sentencia extranjera al constatar el incumplimiento del numeral 5 del artículo 53, referido a la garantía del derecho a la defensa y la debida citación. En este caso, la citación se practicó mediante vía postal a través de una empresa de encomiendas.

La práctica de citación y notificación por vía postal, se encuentra excluidos de los medios idóneos para realizarse. El TSJ/SCC señaló que el Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, contiene reserva expresa del artículo 10 (entre otros) por parte de Venezuela, el cual establece la vía postal como medio de remisión de documentos.

Luego menciona a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, donde el artículo 10 de esta Convención "...los exhortos o cartas rogatorias se tramitan de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido...". Luego, en el artículo 857 del CPCV se dispone, entre otras cosas, que las citaciones deben practicarse a través de los tribunales venezolanos. Exigencia que no se cumplieron en el caso, por tal motivo se rechazó el reconocimiento a la sentencia extranjera.

Sobre la violación del orden público (alegado por la parte demandada), el mismo ocurre cuando en el fallo se crea o reconoce una situación jurídica manifiestamente contraria a los principios especialmente protegidos por la legislación del Estado receptor. Niega que exista una violación o que la sentencia sea contraria al orden público, por tratarse de un juicio de cobro de bolívares originados por obligaciones de naturaleza civil, este fallo confirma la tendencia de la Sala de tratar el artículo 5 como un examen de compatibilidad sustancial de la sentencia, independiente de los requisitos formales del exequátur²⁹.

²⁸ TSJ/SCC, sentencia No. EXEQ.00512, 10 de julio de 2007 (*Nohelia Janette Aguilar Lozada v. Norbert Renk*) disponible en: <https://bit.ly/4w5rBTP>

²⁹ TSJ/SCC, sentencia No. EXEQ. 00674, 9 de agosto de 2007 (*Ashenoff & Associates, Inc. v. Orlando Castro Castro y Orlando Castro Llanes*) disponible en: <https://bit.ly/42a5A8F>

4. Sentencia No. EXE.000358 del 25 de julio de 2011 (*Maritza Josefina López Bellorín v. Carlos Armando Torrealba Castro*)

En esta decisión, la Sala de Casación Civil analizó una solicitud de exequátur sobre una decisión de México que declaraba el divorcio y decidía sobre la patria potestad y pensión de alimentos. Pese a que el Ministerio Público advirtió la vigencia de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, el TJS/SCC descartó su aplicación, al igual que en casos anteriores, debido a la reserva de realizada por México, siendo aplicable esta Convención solo a sentencias de contenido patrimonial.

Por tanto, el examen se centró en el artículo 53 de la LDIP, por ser una sentencia que trata sobre el estado y capacidad de las personas. Tras verificar los requisitos formales, la Sala de Casación Civil reiteró el criterio de que el artículo 5 de la LDIP consagra la excepción de orden público internacional. El TSJ/SCC definió esta norma como un mecanismo a “disposición del sentenciador”, utilizable cuando considere que la totalidad o parte de lo dispuesto en el fallo extranjero efectivamente violente de forma manifiesta los principios esenciales del estado, a fin de impedir su ejecución.

Bajo este argumento, la Sala objetó la privación de la patria potestad contenida en la sentencia de origen, alegando una vulneración al interés superior de la niñez por no haberse escuchado al padre ni a la menor en el proceso extranjero. Para la Sala de Casación Civil, quien no escuchó la opinión del padre ni de la niña, tal acción es violatoria del interés superior del niño, niña y adolescente, de conformidad con lo establecido en la legislación de protección del niño, niña y adolescentes.

Así mismo, la Sala aplicó el criterio establecido en la Sentencia No. EXEQ.00474³⁰, al indicar que el artículo 5 de la Ley de derecho internacional privado, establece la procedencia de la excepción de orden público internacional cuando la situación jurídica creada en otro estado sea manifiestamente incompatible con los principios esenciales del orden público venezolano

A criterio de la sala el mecanismo contemplado en el artículo 5, se encuentra a disposición del sentenciador, quien lo usará cuando considere que la totalidad o parte de lo dispuesto en la sentencia extranjera efectivamente violente de forma manifiesta los principios esenciales del estado, y con ello impedir la ejecución en el territorio.

En consecuencia, al existir una sanción contra los cónyuges de no contraer matrimonio durante los dos años siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, el dispositivo de la sentencia extranjera, que establece tal prohibición, sería violatorio de los principios esenciales del estado venezolano. Por ende, opera la excepción de orden público para esta sección del fallo. Concediendo fuerza ejecutoria parcial de conformidad con el artículo 54 de la LDIP.

³⁰ TSJ/SCC, sentencia No. EXEQ.00474 (*García Alfaro v. Rincón Morales*), cit.

Este fallo es emblemático, pues se evidencia cómo la Sala desplaza el control de orden público del artículo 8 hacia el artículo 5, desnaturalizando la función de este último como excepción a la norma de conflicto y convirtiéndolo en un filtro sustancial del exequátur³¹.

5. Sentencia No. EXE.000396 del 22 de junio de 2016 (*Luis Alfonso Tapia Rivas v. Perla Garza Leal*)

En esta decisión, la SCC analizó una solicitud de exequátur respecto de un fallo dictado en México que declaraba la disolución del vínculo matrimonial. La Sala ratificó íntegramente el criterio vinculante establecido en las sentencias No. EXEQ.00474³² y No. EXE.000358³³, consolidando la interpretación del artículo 5 de la LDIP como la sede normativa de la excepción de orden público en los procedimientos de exequátur.

La Sala reiteró que el mecanismo contemplado en el artículo 5 constituye una potestad a disposición del sentenciador para impedir la ejecución, total o parcial, de fallos extranjeros que violenten de forma manifiesta los principios esenciales del Estado. En el caso concreto, al verificar que la sentencia de origen imponía a los cónyuges la prohibición de contraer matrimonio durante los dos años siguientes al divorcio, la Sala determinó que tal disposición vulneraba el orden público venezolano.

En consecuencia, como ya quedó establecido, al existir una sanción contra los cónyuges de no contraer matrimonio durante los dos años siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, el dispositivo de la sentencia extranjera, que establece tal prohibición, sería violatoria de los principios esenciales del estado venezolano. Por ende, opera la excepción de orden público para esta sección del fallo, referente a la sanción que impide a las partes contraer matrimonio en un plazo de dos años contados desde la sentencia de divorcio.

En consecuencia, se declaró la procedencia de la excepción de orden público para dicha sección del fallo, negando su eficacia en territorio nacional. Finalmente, se concedió fuerza ejecutoria parcial a la sentencia extranjera de conformidad el artículo 54 de la LDIP³⁴. Con este fallo, queda en evidencia que la Sala de Casación Civil ha transformado una institución general diseñada para la eficacia de derechos, como lo es, el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas, en un filtro de control y conveniencia para el reconocimiento de sentencias

Conclusiones

³¹ TSJ/SCC, sentencia No. EXE.000358, 25 de julio de 2011 (*Maritza Josefina López Bellorín v. Carlos Armando Torrealba Castro*), disponible en: <https://bit.ly/3P3d6Pt>

³² TSJ/SCC, sentencia No. EXEQ.00474 (*García Alfaro v. Rincón Morales*), cit.

³³ TSJ/SCC, sentencia No. EXE.000358 (*López Bellorín v. Torrealba Castro*), cit.

³⁴ TSJ/SCC, sentencia No. EXE.000396, 22 de junio de 2016 (*Luis Alfonso Tapia Rivas v. Perla Garza Leal*) disponible en: <http://bit.ly/4narAdc>

A partir del estudio realizado, podemos realizar las siguientes consideraciones finales:

La Ley de Derecho internacional privado venezolana establece una regulación fundamental y vanguardista sobre la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas. Esta institución, concebida como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, supera la regulación del Código Bustamante y la Convención Interamericana sobre Normas Generales, al ofrecer un marco más flexible para el reconocimiento de derechos constituidos en el extranjero. Su aplicación opera cuando la remisión se dirige a un ordenamiento extranjero, siempre que no se invadan competencias exclusivas ni se vulnere de forma manifiesta los principios esenciales del Estado o contradiga los objetivos de las normas de conflicto venezolanas.

Se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, existe una confusión terminológica entre los conceptos de reconocimiento, ejecución y exequátur al momento de analizar los casos de eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras. Esta imprecisión técnica conlleva a un uso indiscriminado de las normas de la LDIP, desvirtuando la naturaleza del procedimiento dirigido a reconocer la eficacia extraterritorial al fallo extranjero.

De las sentencias analizadas, se desprende que la Sala de Casación Civil incurre en el error de ubicar la excepción del orden público internacional en el artículo 5 de la LDIP. Demostrándose, que dicha norma constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto y no un mecanismo de control específico para el reconocimiento. Por tanto, es cuestionable la interpretación y motivación que realiza la Sala a partir de este artículo como cláusula de reserva discrecional para rechazar el reconocimiento de las sentencias extranjeras y sus efectos.

Lo técnicamente correcto es realizar el análisis de eficacia estrictamente bajo los numerales taxativos del artículo 53 de la LDPI. Al derogarse el artículo 851 del Código de Procedimiento Civil, el legislador suprimió el control preventivo del orden público en el catálogo de requisitos para el reconocimiento. No obstante, de considerarse indispensable un mecanismo de control, la alternativa más adecuada sería aplicar el artículo 8 de la LDIP, el cual regula el orden público como una verdadera excepción general, ya que permite rechazar el resultado de aplicar el Derecho extranjero, limitándolo solamente, cuando el mismo sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

En definitiva, a ciento treinta años desde la creación de la cátedra de Derecho internacional privado en la Universidad Central de Venezuela y a más de dos décadas de la vigencia de la Ley de Derecho Internacional privado, este instrumento sigue siendo incomprendido y usado de manera incorrecta por los tribunales de la República. El estudio constante y profundizado de sus disposiciones es imperativo para afrontar la realidad migratoria actual del país, garantizando que la diáspora venezolana cuente con un sistema de reconocimiento de sentencias que brinde seguridad jurídica y continuidad a sus relaciones privadas en el mundo.

Pluralismo jurídico y Derecho Comparado: hacia una apertura semántica en el estudio de los pueblos originarios

Santiago Montenegro*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 245-252.

Resumen

Existe una dificultad persistente en la práctica de la etnografía jurídica aplicada a los pueblos originarios: la resistencia de la doctrina frente al término aparentemente polisémico “Derecho”. Esta rigidez no es un mero debate terminológico, sino un obstáculo directo para el Derecho Comparado, pues impide el análisis de sistemas que, por no ajustarse a los cánones occidentales, son excluidos de la categoría de homólogos. Se propone flexibilizar la noción de Derecho y hacerla funcional y útil para lograr comparar en pluriculturalidad, especialmente en los casos de las culturas ágrafas.

Abstract

A persistent difficulty exists in the practice of legal ethnography as applied to indigenous peoples: the doctrinal resistance to the seemingly polysemous term "Law." This rigidity is not merely a terminological debate, but a direct obstacle to Comparative Law, as it prevents the analysis of systems that, because they do not conform to Western standards, are excluded from the category of Law. It is proposed that the notion of Law can and should be made more flexible so it can be functional and useful for achieving comparisons within multicultural contexts, especially in the case of non-literate cultures.

Palabras clave

Pluralismo jurídico. Derecho Comparado. Etnografía jurídica. Yanomami. Perspectiva emic. Apertura semántica. Monismo jurídico. Cultura política venezolana.

Keywords

Legal pluralism. Comparative law. Legal ethnography. Yanomami. Emic perspective. Semantic openness. Legal monism. Venezuelan political culture.

Sumario

I. Introducción. El obstáculo de la rigidez en la doctrina y la falacia del análisis *a posteriori*. II. El “ser” de la institución jurídica. El caso Good-Yarima. III. El punto de vista “emic” y la experiencia en el campo. IV. Conclusiones.

I. Introducción. El obstáculo de la rigidez en la doctrina y la falacia del análisis *a posteriori*

La introducción del microscopio situó a los biólogos en un nivel más básico de la organización de los seres vivos: un nivel en el que todas las estructuras ordinarias podían ser reducidas a un denominador común (...) La teoría celular es, respecto a la biología, lo que la teoría atómica es respecto a la química y a la física. Su importancia en la dinámica de la vida fue establecida cuando, alrededor de 1860, el patólogo alemán Rudolf Virchow afirmó, en una sucinta frase latina, que todas las células provienen de células¹.

* Abogado de la Universidad Central de Venezuela, Doctor en Ciencias mención Derecho de la UCV. Profesor de Antropología Jurídica en el Centro de Postgrado de la FCJP de la UCV.

¹ Asimov, Isaac, *Introducción a la Ciencia*, México, Plaza & Janes, 1985, p.p. 540-541.

Con esta breve cita, el escritor y profesor de bioquímica Isaac Asimov nos da una lección magistral acerca de cómo funciona la ciencia moderna, esto es, llegando a estudiar los niveles más básicos de sus elementos para comprender no sólo cómo trabajan los mecanismos del mundo, sino por qué trabajan de esa forma y no otra. La ciencia avanza fragmentando, analizando las partículas más básicas que encuentra.

Creemos que también la ciencia jurídica debe transitar el mismo camino y analizar algunos de los elementos más básicos que resultaron en la emergencia social de lo que hoy en día llamamos Derecho, y creemos que los pueblos originarios pueden aún hoy en día, y por un tiempo breve quizás, mostrarnos las células o incluso los átomos con los cuales se construye todo el orden normativo de la sociedad.

Una dificultad importante que enfrentamos quienes aplicamos el método de la etnografía jurídica a los pueblos originarios es la rigidez que encontramos entre una parte importante de la doctrina en torno al aparentemente polisemático término “Derecho”. Evidentemente, este conflicto supone un problema específico para el Derecho Comparado, ya que mal podríamos comparar un sistema jurídico con algo que no consideramos, ni aproximadamente, su homólogo. Es por ello que hemos querido dedicar estas breves consideraciones para proponer y defender una forma de definir el Derecho que sea útil para los fines de estudiar las estructuras jurídicas de los pueblos originarios, especialmente los ágrafos, con el fin de compararlas con las del mundo occidental.

No es este el lugar para enumerar o discutir las diversas definiciones de la palabra Derecho que se discutieron hasta el siglo pasado. Baste decir que, en nuestra opinión, para llegar a tales conceptos se ha estudiado en general el hecho *a posteriori*: describen el Derecho que ya existe en una sociedad determinada. Analizan lo que ya se conoce. “Cualquier definición del Derecho es la expresión en términos más o menos operativos de esa previa concepción fundamental que se proyecta en la idea que de él se tiene”².

Evidentemente este *approach* es deficiente, o al menos limitado, para estudiar lo desconocido, que quizás pueda no cumplir con los *checklists* elaborados a partir de lo conocido, pero sí pueda ser considerado un Derecho válido para sus creadores. Las definiciones tradicionales son generalmente rígidas. Esta rigidez está notablemente ausente en las mentes del colectivo ajeno a la ciencia jurídica que, libre de los constreñimientos de los conceptos aceptados, se acerca más al contenido semántico cuando se le confronta con las instituciones jurídicas de las poblaciones originarias.

² Legaz Lacambra, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 255.

II. El “ser” de la institución jurídica. El caso Good-Yarima.

Un ejemplo de lo anterior es el archiconocido caso del antropólogo estadounidense Kenneth Good, quien vivió muchos años entre los Yanomami y a finales de la década de los 70 contrajo matrimonio, según los ritos de esa etnia, con la yanomami Yarima. La historia de esta unión, de la cual tuvieron tres hijos, es el tema principal del libro *Into the Heart*, que narra hermosamente las peripecias de esta familia estadounidense/yanomami que, tras haber convivido en el Alto Orinoco, en Caracas y en Gainesville, terminó en divorcio... siempre a través de los ritos y las formalidades yanomami. A los efectos de este artículo, lo más interesante es la dinámica psicológica de la aceptación colectiva del matrimonio contraído según los ritos indígenas: Good cuenta que todas las personas los aceptaban como una pareja casada, excepto las autoridades, que estaban atadas a una definición rígida y occidentalizada del matrimonio³. Sin embargo, la eficacia social del matrimonio en cuestión no puede ser puesta en duda, como hecho empírico, observable.

En resumen, podemos plantear el caso hipotético de una pareja de Yanomamis casada según su sistema: nadie dudaría de que están casados, salvo los abogados, al menos algunos abogados. Esto nos lleva a pensar que hay un inconsciente colectivo que tiene un concepto más amplio, más cercano al verdadero “ser” de esta institución jurídica (y otras).

“Conocer es no contentarse con las cosas según ellas se presentan, sino buscar tras ellas su ‘ser’...”.⁴

III. El punto de vista “emic” y la experiencia en el campo.

En este sentido, podemos afirmar que una de las condiciones que permite al colectivo acercarse más al “ser” del Derecho de los pueblos originarios es su empatía. Esto no es más que una forma natural y espontánea de asumir la modalidad “emic” de la etnografía jurídica. Igualmente es importante mirar el contraste entre la validez formal y la validez social, que en cierto modo podrían representarse como el punto de vista occidental versus el punto de vista indígena, al menos dentro de la concepción tradicional del Derecho Comparado. Sin embargo, en el siglo XXI ya no nos parece válido confundir la forma (el papel, el registro) con la función (armonía social).

En efecto, la Antropología usa dos enfoques, dos puntos de vista para el estudio de las culturas. Uno, el llamado “etic”⁵, es la perspectiva del observador. El otro, llamado “emic”, intenta ponerse en el lugar del sujeto estudiado, y a través de lo que hemos llamado de forma

³ Good, Kenneth, *Into the Heart*, New York, Simon and Schuster, 1996.

⁴ Ortega y Gasset, José, ¿Qué es Filosofía?, en: *Revista de Occidente*, 1960, p. 65.

⁵ Esta noción de las perspectivas “etic” y “emic” es propuesta por primera vez por Kenneth Pike en 1954, y la desarrolla ampliamente en su libro *Language in Relation to a Unified Theory of the Structure of Human Behaviour* (1967). Seguidamente, Marvin Harris la adopta, la modifica ligeramente hasta darle su significado actual, y con ello es plenamente aceptada por la Antropología moderna.

informal “empatía”, trata de captar la visión del indígena. No se puede soslayar la importancia de este punto de vista, porque tratar de imponer un concepto etnocéntrico sería invalidar la cultura del pueblo originario que estamos estudiando. Y al analizar desde el punto de vista “emic” a las poblaciones amazónicas venezolanas, estas invariablemente consideran que sus “costumbres” asociadas a nuestras instituciones jurídicas son Derecho.

La misión de la Antropología Jurídica en conjunto con el Derecho Comparado no puede ser la de buscar solamente diferencias, y localizar falsos cognados jurídicos. Donde otros han buscado exotismo, a nosotros nos interesa encontrar semejanzas. Por ejemplo, al llamar “matrimonio” a la unión estable de pareja entre los Yanomami, no buscamos atribuirle efectos occidentales como la propiedad conyugal. La verdadera profundidad de la labor del comparatista está en analizar la función social (regulación de la filiación, alianza entre grupos familiares) antes que las características secundarias o meramente nominales de cada institución jurídica.

En el trabajo de campo realizado por nosotros en abril de 2024, entre miembros de las etnias Yanomami, Curripaco y Baniva, en Venezuela, absolutamente todos los entrevistados se mostraron unánimes al decir que su Derecho (el de cada etnia) es tan válido, tan importante y tan “Derecho” como el de la República Bolivariana de Venezuela. En este sentido, el etnógrafo jurídico que trate de aplicar el Derecho Comparado a sus investigaciones no debe de contentarse con ser un “traductor jurídico” que, por ejemplo, busque una institución que cumpla la función de regular las uniones de pareja y la filiación y la llame “matrimonio”, sino que debe adentrarse en el sentimiento del pueblo estudiado, y tomar en cuenta la importancia que la institución reviste para el individuo que la vive. Desde su punto de vista “emic”, el pueblo originario no necesita una validación por parte del Estado para su Derecho; su validez emana del mismo pueblo que lo crea, lo vive y lo siente no solo como propio, sino como inmensamente importante. De hecho, indispensable.

Para avanzar nuestro pensamiento en ese sentido, nos es útil la definición de la Antropología Jurídica como ciencia independiente que nos da Pedro Rocamora:

...podemos definir a la antropología jurídica como la ciencia que estudia al hombre como sujeto de Derecho, es decir, como miembro de una estructura social normativizada; la motivación, evolución y diversidad de sus conductas (conflicto, adaptación), y sus relaciones con el poder (jerarquías, estratificaciones), la libertad y la coacción⁶.

Rocamora nos da dos ideas sumamente interesantes en este concepto. Primero, que nos aclara que la Antropología Jurídica es una ciencia. Describe y analiza hechos comprobables empíricamente y permite predecir consecuencias. No es, por tanto, filosofía. Si queremos aplicar con efectividad los métodos del Derecho Comparado a los pueblos originarios, no estamos ante la posibilidad de pensar en términos pre-científicos, sino que, al contrario, y he aquí la

⁶ Rocamora G. Valls, Pedro, El concepto de Derecho desde la antropología jurídica, en: *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, volumen 11, 2007, p.p. 190-191.

segunda idea de Rocamora, debemos observar y analizar hechos empíricos que suceden dentro de una *estructura social normativizada* y producen resultados sociales. Estos hechos, y las ideas o sentimientos de los cuales derivan, no necesariamente cumplirán con todos y cada uno de los requisitos de la Filosofía del Derecho. No obstante, considerar “Derecho” solamente a aquello que cumple con un *checklist* occidental es una forma de invisibilizar no sólo la soberanía de los pueblos originarios, sino incluso la humanidad de los mismos. “El hombre es un animal que se impone normas”⁷.

En esta breve “deconstrucción” del etnocentrismo jurídico, no podemos dejar de mencionar que la rigidez de gran parte de la doctrina no es solo un problema de definiciones, sino también un problema de poder. Indudablemente, al otorgarle a nuestros pueblos originarios ese nivel de soberanía que implica aceptar que tienen un Derecho que les es propio, estaríamos a la vez renunciado a una cuota de poder. Y esto es particularmente difícil para la doctrina tradicional venezolana. En 1974, el psicólogo estadounidense David Mc Clelland realizó un amplio estudio acerca de perfil motivacional de la población venezolana⁸, usando tres tipos de necesidades. La motivación al logro, que es la necesidad de alcanzar objetivos concretos, por ejemplo, graduarse en una universidad. La motivación de afiliación “...conduce al individuo a establecer relaciones interpersonales agradables”. Mientras que la motivación de poder es la necesidad que impulsa al individuo a controlar y manipular a las personas a su alrededor.

Entre esas tres motivaciones fundamentales, una vez resueltas las necesidades básicas (techo, alimento, vestido, etc.), la que predomina en Venezuela es el poder, seguida de la afiliación, y muy por debajo, la del logro. La proporción de las tres motivaciones en nuestro país es inversa a la del promedio de 45 países estudiados por Mc Clelland. Entre todos ellos, sólo se encontraron tres países con más necesidad de poder, y sólo dos con menos necesidad de logro que Venezuela.

Es evidente que la estructura y funcionamiento del Estado venezolano están fuertemente influenciados por este perfil motivacional. Es un Estado profundamente controlador, que pretende regular prácticamente todos los sectores de la vida de los ciudadanos. En este orden de ideas, el monismo jurídico puede ser considerado como una herramienta de control social, pues al negar la cualidad de “Derecho” a los sistemas jurídicos indígenas, el Estado (y la sociedad occidental) mantiene su hegemonía. Este monismo jurídico podría ser un mecanismo de defensa de una sociedad que teme perder el control. No es de extrañar, por lo tanto, que seamos remisos a entregar cuotas de poder a nuestros pueblos originarios.

⁷ Montenegro, Santiago, *Derecho de Familia de las comunidades Yanomami de Venezuela*, Caracas, edición autorizada por la UCV, 2025, p. 200.

⁸ Mc Clelland, David, *Informe sobre el perfil motivacional observado en Venezuela*, Caracas, Fundación Venezolana para el Desarrollo de Actividades Socioeconómicas, 1974.

Practicar con amplitud de criterio el Derecho Comparado se convierte así en un acto de justicia histórica y de higiene mental: al validar la norma del que se percibe como “otro”, no solo estamos aceptándolo como un ser totalmente humano, sino que estamos deconstruyendo nuestra propia necesidad de hegemonía.

Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que la validez de una norma de Derecho en el mundo real no reside en su aceptación por un Estado o un grupo de poder, sino en su cualidad de ser reconocida y vivida por el grupo social que la origina, o al menos la vive. Al hacer Derecho Comparado desde una visión “emic”, el investigador científico debe dejar de buscar un espejo en el cual mirarse a sí mismo y más bien reconocer estructuras de una arquitectura distinta, pero con los mismos fines sociales, y sobre todo, que son efectivas y eficaces en el cumplimiento de esos fines.

No estamos tratando de ideas románticas ni de dotar a las poblaciones originarias de imaginarios méritos especiales o extraordinarios. Estamos hablando de hechos sociológicos y antropológicos tangibles: nuestras etnias tienen instituciones normativas que no son meras tradiciones folclóricas, sino estructuras vinculantes que dictan comportamientos y resuelven conflictos efectivamente, y la idea de su obligatoriedad no causa duda alguna entre los miembros “sujetos de Derecho”. Sin embargo, no siempre es posible localizar el asiento del poder de donde emana esta estructura, ni el que es llamado a coaccionar el cumplimiento de las normas.

El poder pareciera residir en el propio pueblo originario, quizás con énfasis en sus ancianos; en todo caso, en la sociedad. Lo que resulta innegable es que los pueblos originarios a los cuales nos hemos aproximado aceptan totalmente sus sistemas normativos a pesar de la ausencia total o relativa de lo que para el Derecho occidental tradicional es la figura de autoridad. Esta aceptación firme y unánime que hemos encontrado en nuestros trabajos de campo, nos hace repensar aquello que nos decía el padre Olaso en los salones de clase. No se necesita una autoridad competente para que exista Derecho. O quizás pueda decirse que la autoridad de algunos pueblos reside en el propio sistema normativo.

En todo caso, al usar la palabra “autoridad” nos colocamos automáticamente en modo “etic”. La mayoría de los pueblos originarios, y sin duda todos aquellos con los cuales hemos hecho trabajo de campo, no tienen un concepto de autoridad claramente equivalente al nuestro. El Derecho indígena no pone mayor importancia en los títulos, que suelen ser copiados de los occidentales, o malinterpretados por estos. Así vemos que algunas etnias llaman “capitán” a su líder, en calco directo de los militares que han conocido; o que la Antropología suele llamar *shapori* al “jefe” yanomami, cuando ése es un título puramente espiritual. Este fenómeno ocurre en gran parte porque dichos pueblos no tienen una verdadera jefatura, sino una autoridad moral basada en el prestigio y la sabiduría.

Estos pueblos, sin embargo, tienen sistemas normativos complejos que regulan todos los aspectos de sus vidas, que logran disminuir hasta niveles aceptables las tensiones sociales,

y que no solamente delimitan de forma eficaz y eficiente lo que está permitido y lo que no está permitido en cada una de esas sociedades, sino que establecen sanciones a los incumplimientos, que son aplicadas aun en ausencia de un “autoridad competente”. Esta es una situación que existe desde hace miles de años. Es un hecho observable.

IV. Conclusiones

El debate que se viene sosteniendo ha sido a veces estéril, posiblemente porque los interlocutores estamos hablando desde puntos de vista diferentes. El Derecho es estructura, pero también es valor. Los principales valores que se le ha venido atribuyendo al Derecho, al estudiarlo de formas pre-científicas y *a posteriori* son principalmente valores de coerción y control social. Mientras que el estudio del Derecho entre los pueblos originarios (si se quiere, el Derecho en estado puro), nos conduce a los valores de armonía social y de libertad, tanto del individuo como de la etnia. Podríamos estar frente a dos ideas complementarias: el Derecho como coacción, y el Derecho como consenso. En nuestro trabajo de campo con los Yanomami pudimos ver que la aceptación de la norma como obligatoria, junto con la amenaza de la sanción social por su violación, constituye un mecanismo sumamente poderoso de conservación de la armonía social, y de su recuperación cuando esta se ve alterada.

Por tanto, esta aparente tensión entre normas de obligatorio cumplimiento y libertad individual la resuelven los pueblos originarios no a través de “autoridades competentes”, sino con la aceptación individual y voluntaria del sistema normativo y de las consecuencias de su violación, las cuales se asumen también de forma prácticamente voluntaria.

Rocamora, en su obra ya citada, nos da esta definición:

El Derecho, en términos antropológicos, es un instrumento evolutivo de control social de carácter ritual que surge hace miles de años en nuestros ancestros, para establecer y mantener una jerarquía estable de dominación intraespecífica en el seno del clan. Probablemente supuso en su origen agresividad ritualizada⁹.

Como ya hemos visto, no concordamos necesaria o exclusivamente con el objeto: el control social. Sin embargo, nos parece que hay varios puntos importantes, como la evolución, la antigüedad, y la estabilidad, que nosotros llamaremos “armonía”.

Plantear el origen del Derecho en la agresividad ritualizada nos parece excesivo. En nuestros contactos con las poblaciones originarias hemos analizado muchas normas menores que sin duda son una ritualización de actos de agresión. Pero las normas más básicas que dirigen cómo se manejan las bases de la sociedad, es decir, las normas de Derecho de Familia, parecen tener su origen más remoto en la evitación del incesto. El Derecho en sí es probablemente un fenómeno de origen espontáneo.

⁹ Rocamora G. Valls, El concepto de Derecho desde la antropología jurídica..., ob. cit., p. 191.

Proponemos, solo como un boceto, el siguiente concepto: El Derecho es una forma de vida social que el ser humano ha desarrollado de forma espontánea, que evoluciona en el tiempo, en el cual se delimitan las conductas y las esferas de poder mediante un sistema normativo obligatorio, orientado a lograr y mantener la armonía de la sociedad y la justicia en un grupo determinado.

En todo caso, ya sea usando esta definición u otra mejor que sea propuesta en el futuro, el conflicto planteado para el Derecho Comparado se resuelve mediante la apertura semántica. Solo si estamos dispuestos a considerar como “homólogo” aquello que es funcionalmente equivalente, aunque estructuralmente sea muy distinto, podremos hablar de una verdadera ciencia jurídica comparada que incluya la pluriculturalidad y la riqueza de los pueblos originarios. Adicionalmente, un análisis igualitario y justo de los Derechos de estos pueblos nos pueden servir de ayuda en la comprensión de la norma jurídica como un elemento más de cohesión social que de represión, y de la sanción menos como castigo y más como restauración del equilibrio social.

El Reglamento de Servicios Digitales en la regulación digital europea actual: entre la necesidad y el exceso

Rosa Pla Almendros*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 253-271.

Resumen

En los últimos años, los riesgos del entorno en línea, relativos al contenido ilícito, los patrones oscuros o la falta de privacidad, se han tomado especialmente alarmantes, y para paliarlos, el legislador europeo ha dejado de lado su tradicional actitud neoliberalista para adscribirse a un modelo más intervencionista de control. En este marco, ha dictado el Reglamento de Servicios Digitales en compañía de hasta otras 54 normas relacionadas de manera más o menos directa. Este conglomerado normativo, que ha sido fuertemente criticado por su capacidad de condicionar el comportamiento de autoridades, operadores económicos y usuarios digitales, y de lastrar la competitividad europea, nos obliga a cuestionarnos si el Reglamento de Servicios Digitales realmente está llamado a jugar un rol tan significativo como parece.

Abstract

In recent years, the risks posed by the online environment relating to illegal content, dark patterns or lack of privacy have become particularly alarming, and to mitigate them, the European legislator has set aside its traditional neoliberal stance to adopt a more interventionist model of control. Within this framework, it has enacted the Digital Services Act alongside as many as 54 other regulations related to it in a more or less direct manner. This regulatory conglomerate, which has been heavily criticised for its ability to constrain the behaviour of authorities, economic operators and digital users, and to hamper European competitiveness, compels us to question whether the Digital Services Act is truly destined to play as significant a role as it appears to.

Palabras clave

Riesgos digitales. Intervencionismo normativo. Reglamento de Servicios Digitales.

Keywords

Digital risks. Regulatory interventionism. Digital Services Regulation.

Sumario

Introducción. I. La necesaria aprobación del Reglamento de Servicios Digitales. A. El corte neoliberalista de la Directiva de comercio electrónico y de la regulación digital de las dos primeras décadas de siglo. B. La (deseada) aprobación del Reglamento de Servicios Digitales. II. El contexto legal actual del Reglamento de Servicios Digitales. A. El rompecabezas normativo (digital) de la Unión. B. La interrelación entre el RSD y otras normas del acervo europeo legislativo digital. 1. La cláusula “sin perjuicio de” cuando no existe solapamiento. 2. La cláusula “sin perjuicio de” cuando existe solapamiento. III. Las consecuencias adversas derivadas de la difícil coordinación normativa. A. Desde la perspectiva de los operadores jurídicos, los usuarios digitales y las autoridades de supervisión. B. Desde la perspectiva de la competitividad europea. Conclusiones.

* Contratada predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Internacional “Adolfo Miaja de la Muela” de la Universitat de València (España). Correo electrónico: rosa.pla@uv.es

Introducción

Desde hace unos años, la sociedad digital ha estado marcada por los alarmantes riesgos que las plataformas y los mercados en línea generan en el territorio europeo: patrones oscuros, falta de transparencia y de privacidad, circulación de contenidos ilícitos o riesgos para el bienestar físico y mental, entre muchos otros. Esta realidad se constató, especialmente, a raíz de escándalos como el de *Cambridge Analytica*, en el que se demostró la capacidad de las redes sociales de influir en los resultados del proceso electoral estadounidense. Y desde entonces, la presión social en la Unión contra dichos riesgos fue tal que tanto las propias plataformas en línea como los legisladores nacionales (en especial, Francia, Austria y Alemania) adoptaron medidas en consecuencia.

Sin embargo, y como se desarrollará, las plataformas adoptaron medidas meramente formales, pues su única intención era seguir haciendo crecer sus beneficios económicos, y, por su parte, las medidas legislativas nacionales tenían el riesgo de fragmentar el mercado único europeo. Por consiguiente, este panorama hizo necesaria la aprobación de una norma que, a nivel europeo, estuviera preparada para atajar los riesgos relacionados con la seguridad y la fiabilidad del entorno en línea. Y esa norma fue, precisamente, el Reglamento (UE) 2022/2065 de servicios digitales (en adelante, “RSD” o “DSA”, por sus siglas en inglés)¹.

Ahora bien, junto con dicha norma, el legislador europeo ha dictado al mismo tiempo muchas otras dirigidas a contrarrestar otros riesgos de la sociedad digital, relacionados con la protección de datos (p. ej. Reglamento general de protección de Datos²), con la competencia (p. ej. Reglamento de mercados digitales³), con la inteligencia artificial (p. ej. Reglamento de IA⁴), o con la circulación de datos (p. ej. Reglamento de Datos⁵ y Reglamento de Gobernanza de Datos⁶). De este modo, el RSD no se ha dictado como una norma aislada, sino como parte de un movimiento de intervencionismo normativo europeo.

¹ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19/10/2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales). *DO* No. L 277 de 27/10/2022.

² Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27/04/2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). *DO* No. L 119 de 4/05/2016.

³ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14/09/2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales). *DO* No. L 265 de 12/10/2022.

⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13/06/2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) No. 300/2008, (UE) No. 167/2013, (UE) No. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial). *DO* No. L 2024/1689 de 12/07/2024.

⁵ Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13/12/2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos). *DO* No. L 2023/2854 de 22/12/2023.

⁶ Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30/05/2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos). *DO* No. L 152 de 3/06/2022.

A pesar de ello, se ha dicho que, de todas las leyes digitales mencionadas, el RSD es el que está llamado a jugar un rol más significativo, por cuanto sería capaz de modificar de manera más destacada el funcionamiento del entorno digital⁷. Aun así, el hecho de que el RSD devenga una norma relevante no implica en modo alguno que no se solape con otras normas europeas. Y es que, en efecto, la Comisión Europea ha calculado que el RSD no solo estaría estrechamente relacionado con las normas mencionadas más arriba, sino que a ellas deberían añadirse muchas otras, hasta el punto de sumar un total de 54. Y este conglomerado normativo de difícil coordinación, además de ser capaz de lastrar la economía europea, podría condicionar de manera excesiva el comportamiento de los operadores económicos, de los usuarios digitales y de las autoridades de supervisión afectados por ellas.

Ante este panorama, la presente contribución pretende retratar el contexto regulatorio del que forma parte el RSD en la actualidad y examinar si realmente constituye una norma necesaria en el entorno digital actual. A tal fin, la investigación que ahora se presenta se estructura en tres partes principales. En primer lugar, se explicarán los motivos que justificaron la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales. En segundo lugar, se abordará el contexto normativo digital europeo en el que se inserta y, de este modo, en tercer lugar, se examinarán los riesgos que este rompecabezas normativo genera en la realidad del mercado único interior. Para finalizar, tan solo restará concluir, tratando de dilucidar si, a la luz de todo lo anterior, realmente el RSD constituye un instrumento indispensable en la sociedad digital actual o si, por el contrario, contribuye en exclusiva a complicar el régimen jurídico actual al que se someten a los operadores jurídicos en la Unión.

I. La necesaria aprobación del Reglamento de Servicios Digitales

La aprobación del Reglamento de Servicios Digitales el 19 de octubre de 2022 estuvo marcada por una regulación insuficiente de los riesgos generados por las grandes tecnológicas. En los siguientes epígrafes, la finalidad consiste, precisamente, en poner de relieve cuáles fueron las insuficiencias legales que, desde la llegada de Internet a la Unión, exigieron la promulgación de este instrumento europeo. Así podremos conocer las razones por las que el RSD devenía una norma necesaria en aquel momento, y para ello nos comenzaremos remontándonos al inicio de la regulación de los servicios digitales en la Unión, que estuvo protagonizada por la Directiva de comercio electrónico.

⁷ Cioffi, John W., Martin F. Kenney y John Zysman, Platform power and regulatory politics: Polanyi for the twenty-first century, en: *New Political Economy*, 2022, Vol. 5, p. 829.

A. El corte neoliberalista de la Directiva de comercio electrónico y de la regulación digital de las dos primeras décadas de siglo

La llegada de internet a Europa a finales del siglo pasado se percibió por las instituciones de la Unión como una oportunidad de crecimiento económico y de consolidación del mercado interior, por lo que todas sus actuaciones fueron destinadas a alcanzar dicho fin. Así lo plasmaron en los primeros escritos de finales del siglo pasado, que desembocaron en la Directiva 2000/31/CE de comercio electrónico —predecesor directo del RSD— (en adelante, “DCE”)⁸.

En consonancia con dicha meta de crecimiento económico, la Directiva de comercio electrónico se aprobó con la aspiración de convertir a Europa en “el núcleo del comercio electrónico”⁹. La finalidad era crear un mercado interior sin fronteras en el ámbito de los servicios de la sociedad de la información (cdos. 1, 3, 5 y 8 DCE).

A tal fin, se consideró que la mejor manera de conseguirlo sería no abordar sectores específicos, sino promulgar una regulación de carácter horizontal¹⁰, que se vería además limitada a lo mínimo imprescindible para evitar una eventual fragmentación jurídica del mercado único interior que pudiera frenar su desarrollo, con arreglo al bautizado como “neoliberalismo digital”¹¹. El resultado fue que el comercio electrónico se convirtió en una de las industrias más desreguladas del momento¹², pues su gobernanza quedó principalmente a cargo del sector privado y de su fuerte autorregulación.

De este modo, la DCE armonizó mínimamente el régimen legal del comercio electrónico en los distintos Estados miembros de la UE. No se trataba de una regulación exhaustiva, sino todo lo contrario. Este instrumento se limitó a tratar los “puntos específicos” mínimos e imprescindibles para conseguir el libre comercio entre los Estados miembros a través de Internet (cdos. 6 y 10 y art. 1.2), que fueron la cláusula del mercado interior del art. 3 DCE y las exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, reguladas en los arts. 12 a 15 DCE. Y el resto de los aspectos no abordados por este instrumento —que eran la mayoría— quedaban al albur de la autorregulación, una aproximación a la que se refieren expresamente los arts. 16 y 17 DCE.

Así las cosas, la DCE generó un marco legal propicio e imprescindible para el desarrollo económico y la expansión de los operadores económicos de Internet. Y ello, junto con el

⁸ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8/06/2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). *DO* No. L 178, de 17/07/2000.

⁹ Comunicación de la Comisión, de 16/04/1997, sobre una Iniciativa europea de comercio electrónico, COM (97) 157 final: 7 y 12.

¹⁰ Savin, Andrej, *New Directions in EU Digital Regulation Post-2015: Regulating Disruption*, en: *Union University Law School Review*, 2020, Vol. 1, p. 94.

¹¹ Bradford, Anu, *Digital empires: the global battle to regulate technology*, New York, Oxford University Press, 2024, p. 131.

¹² Comunicación de la Comisión, de 28/05/2002, sobre eEurope: Una sociedad de la información para todos, COM (2002) 263 final: 16.

carácter tecnológicamente neutro de la norma, han permitido que su funcionamiento haya sido y sea razonablemente bueno, incluso hoy en día.

De hecho, la estrategia digital europea en las dos primeras décadas de siglo siguieron el planteamiento europeo descrito. Así lo confirmó la revisión de la Estrategia de Lisboa de 2005, que pretendía “impulsar la productividad y crear nuevos empleos”¹³ y, más tarde, la Agenda Digital para Europa de 2010¹⁴, que se dictó como uno de los siete instrumentos de la Estrategia Europa 2020 para seguir luchando por eliminar los obstáculos y la fragmentación de los mercados digitales.

En consonancia con lo dicho, las instituciones de la Unión siguieron la estela anterior y defendieron una regulación mínima en este ámbito, incluso de manera expresa. En efecto, la revisión de la Estrategia de Lisboa de 2005, como el propio nombre indica, fue una “revisión” y no se tradujo en nueva normativa significativa. De hecho, a través de ella se confirmó que “Lisboa ya ha producido una abundante legislación”, y que si el Mercado único aún no se había alcanzado era porque los Estados miembros no la estaban transponiendo ni aplicando adecuadamente¹⁵.

Por su parte, la Agenda Digital 2010 admitió que “Se puede y debe hacer más dentro del marco regulador actual”¹⁶, al que calificó como “numeroso”, “importante” y “demasiado complejo”¹⁷. En consecuencia, durante este periodo tan solo se promulgaron algunos instrumentos, sobre todo de naturaleza sectorial, en materias relacionadas con aspectos como la comunicación audiovisual, la protección de consumidores o la firma electrónica. A pesar de ello, el marco regulatorio seguía protagonizado por la Directiva de protección de datos y la Directiva de comercio electrónico.

Asimismo, el TJUE jugó un papel crucial en el mantenimiento de aquel marco legal, toda vez que fue moldeándolo para garantizar que los actores incipientes del desarrollo tecnológico, como las plataformas en línea, tuvieran cabida en el mismo. En efecto, el TJUE pronto fue calificando a distintas plataformas en línea como “servicios de alojamiento de datos” en el sentido del art. 14 DCE¹⁸. De esta manera, por medio de esta aproximación, el Tribunal de Luxemburgo aseguraba que la DCE cumpliría su objetivo económico y no obstaculizaría la innovación ni la competitividad de nuevos operadores como las plataformas en línea, que

¹³ Comunicación de la Comisión, de 2/02/2005, Trabajando juntos por el crecimiento económico y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa, COM (2005) 24 final: 7 y 16.

¹⁴ Comunicación de la Comisión, de 19/05/2010, Una Agenda Digital para Europa, COM (2010) 245 final.

¹⁵ Comunicación de la Comisión, de 2/02/2005, Trabajando juntos por el crecimiento económico y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa, COM (2005) 24 final: 18.

¹⁶ Comunicación de la Comisión, de 19/05/2010, Una Agenda Digital para Europa, COM (2010) 245 final: 6.

¹⁷ *Ibid.*, 8.

¹⁸ Sirvan de ejemplo las STJUE de 12/07/2011, en el asunto C-324/09, *L'Oréal SA contra eBay* (ECLI:EU:C:2011:474), STJUE de 23/03/2010, en el asunto C-236/08, *Google France contra Louis Vuitton* (ECLI:EU:C:2010:159) o STJUE de 22/06/2021, en el asunto C-682/18, *Youtube y Cyando* (ECLI:EU:C:2021:503).

podían continuar con su expansión sin temor a ser responsables por los contenidos ilícitos que terceros pudieran llegar a publicar.

Gracias a la ausencia de trabas regulatorias durante esta etapa, la evolución tecnológica de internet pronto devino extraordinaria en todos sus estratos. A nivel de contenido, estuvo protagonizada por la proliferación de plataformas en línea como Facebook (2004), Youtube (2005) o Twitter (2006), el crecimiento de los vídeos en *streaming* (Youtube (2005) y Netflix (2007), así como la consolidación de páginas web dedicadas al comercio electrónico (p. ej. Amazon o eBay) y de los navegadores web (p. ej. Google Chrome).

Durante todos aquellos años, en que las nuevas tecnologías pasaron a formar parte de la cotidianeidad, se generó una percepción social positiva de internet, que se percibía como una oportunidad para mejorar la oferta y los precios para los consumidores y usuarios, así como las ventas en línea de las empresas. Asimismo, se pensaba que los primeros motores de búsqueda y plataformas en línea (Google y Facebook) podrían dar voz a cualquiera, sin discriminaciones, fomentando por tanto la libertad de expresión y una democracia libre y plural¹⁹.

No obstante, de manera progresiva, la llegada de nuevas tecnologías disruptivas como el *big data* y la inteligencia artificial permitieron a las empresas tecnológicas adoptar nuevos modelos de negocio basados en una recopilación y gestión de datos personales crecientemente mayor. Como resultado, las aplicaciones de internet y, de modo singular, las plataformas en línea no tardaron en verse envueltas en escándalos públicos que comenzaron a poner en jaque su buena reputación.

Algunos ejemplos fueron el asunto de Cambridge Analytica, que demostró que las redes sociales podían interferir en los resultados electorales de Estados Unidos e incluso del Brexit, o la desinformación que se experimentó durante la guerra de Ucrania y la pandemia del COVID. Aun así, estas escenas tan solo constituían la punta del iceberg²⁰.

B. La (deseada) aprobación del Reglamento de Servicios Digitales

La situación generada por las grandes plataformas en línea desembocó en unas fuerzas sociales que empezaron a percibir que internet estaba protagonizado por grandes empresas mundiales que anteponían sus propios intereses económicos y contaban con valores ideológicos oportunistas²¹. Esta nueva percepción, conocida como *techlash*²², generó no solo una

¹⁹ Comunicación de la Comisión, de 26/04/2018, sobre La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo, COM (2018) 236 final: 2.

²⁰ Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Nueva Haven, Yale University Press, 2018, pp. 204 ss.

²¹ Van Dijck, José, Thomas Poell y Martijn De Waal, *The Platform Society*, Nueva York, Oxford University Press, 2018, p. 12.

²² Weiss-Blatt, Nirrit, *The Techlash and Tech Crisis Communication*, Bingley, Emerald Publishing Limited, 2021, p. 19.

reacción de las propias plataformas en línea, sino también institucional, por parte de la Unión y de los Estados miembros, tal y como se pone de relieve a continuación.

(i) En primer lugar, las plataformas y los motores de búsqueda en línea, ante la preocupación social que mermaba su prestigio social, adoptaron algunas medidas dirigidas a restringir la circulación de contenidos ilícitos o dañinos en internet. En particular, instauraron sistemas de moderación de contenidos, emitieron sus propias “Normas de la Comunidad” para definir los contenidos que iban a ser retirados, e incluso en algunas ocasiones incorporaron la posibilidad de acudir a los sistemas internos de gestión de reclamaciones ante decisiones de moderación de contenidos erróneas.

No obstante, estas medidas, pese a ser bienintencionadas, no consiguieron frenar ni impedir el desencadenamiento y la propagación de los riesgos que las plataformas estaban generando ni las percepciones negativas que estaban consolidándose en la opinión pública. Las “Normas de la Comunidad” se redactaron de forma ambigua, imprecisa, confusa, opaca²³, y los sistemas internos de gestión de reclamaciones se presentaban en la práctica como inaccesibles y superficiales²⁴. Al final, su verdadera intención no era tanto proteger a los usuarios como mejorar la reputación y el negocio de las plataformas²⁵.

(ii) En segundo lugar, las instituciones europeas también comenzaron a dirigir su actuación hacia la neutralización de los riesgos de las grandes tecnológicas. En particular, la Estrategia del Mercado Único Digital de 2015²⁶ matizó su discurso en ese sentido, pues por primera vez en Europa, se prestó atención no solo a los beneficios, sino también a los peligros generados por los nuevos actores que comenzaban a dominar internet.

Con dicho fin, esta Estrategia incrementó la intervención legislativa en la Unión. Por una parte, se dictaron ciertos instrumentos de carácter no vinculante cuya pretensión era mejorar la transparencia de los procesos democráticos y reducir la polarización en la sociedad (p. ej. Código de conducta para la lucha contra la incitación legal al odio en internet 2016). Y, por otra parte, incluso se llegaron a aprobar normas sectoriales vinculantes, destacando los actos legales dictados en materia de contenido audiovisual, protección de datos, derechos de autor, contratación electrónica de consumo y contenido terrorista en línea.

Pese a ello, la Estrategia del Mercado Único de 2015, por el momento temporal en el que se dictó, seguía defendiendo un enfoque marcadamente económico. En consecuencia, aunque los riesgos generados por las plataformas no pasaron desapercibidos para la Unión, la

²³ Fasel, Mathieu y Sophie Weerts, Can Facebook’s community standards keep up with legal certainty? Content moderation governance under the pressure of the Digital Services Act, en: *Policy Internet*, 2024, p. 11.

²⁴ Gradoni, Lorenzo y Pietro Ortolani, Moderation Made in Europe. A Look into the Future of Social Media Content Moderation Litigation, en: *Verfassungsblog*, 2024, versión en línea accesible en: <https://sl1nk.com/9b3aj2>

²⁵ Gillespie, *Custodians of the Internet*..., ob. cit., p. 6.

²⁶ Comunicación de la Comisión, de 6/05/2015, sobre Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa, COM (2015) 192 final.

respuesta fue todavía limitada y el escenario legislativo seguía protagonizado por elementos propios del neoliberalismo digital.

(iii) Por último, frente a las deficientes e ineficaces medidas adoptadas por los prestadores de servicios digitales y por las instituciones de la Unión, ciertos Estados miembros decidieron tomar la iniciativa de manera separada. A este respecto, destacaron los casos paradigmáticos de Alemania²⁷, Francia²⁸ y Austria²⁹.

En definitiva, este contexto, marcado por un legislador ya consciente de que la normativa europea era incapaz de hacer frente a los riesgos sociales que generaban las plataformas en línea, así como por la fragmentación nacional que empezaba a suscitar la aprobación de leyes nacionales, condujo a la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales, que derogó expresamente las normas nacionales mencionadas tras su entrada en funcionamiento (cdo. 9 RSD).

En línea con los riesgos indicados, la finalidad del instrumento es la siguientes (art. 1.1 RSD):

contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior de servicios intermediarios estableciendo normas armonizadas para crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable que facilite la innovación y en el que se protejan efectivamente los derechos fundamentales amparados por la Carta, incluido el principio de protección de los consumidores.

Precisamente, a la luz de este precepto puede fácilmente observarse que esta nueva norma dejó de poner el foro exclusivamente en los objetivos de carácter económico (funcionamiento del mercado interior), para trasladarlo también a los de corte social (entorno en línea seguro y fiable y protección de los Derechos fundamentales). Con ello, su finalidad es contrarrestar todos aquellos riesgos que estaba evidenciando la economía de las plataformas.

II. El contexto legal actual del Reglamento de Servicios Digitales

Una vez examinadas las razones que justificaron la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales, deviene imprescindible analizar el contexto en el que se inserta la norma en la actualidad para poder responder a la pregunta de investigación antes planteada y evaluar si, realmente, aquellas son suficientes para legitimar la aprobación del Reglamento de Servicios Digitales.

²⁷ En 2017 aprobó la NetzDG (Netzwerkdurchsetzungsgesetz) o “Ley para mejorar la ejecución de las normas en las redes sociales”: Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), erlassen am 1. September 2017, verkündet im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 61 vom 7. September 2017, Seite 3352, versión en línea accesible en: <https://sl1nk.com/tpls6it>

²⁸ Aprobó el 13/05/2020 un proyecto de ley (*Proposition de Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*), si bien cinco días más tarde, un grupo de 60 senadores impugnó el texto ante el Tribunal constitucional francés, que el 18 de junio de 2020 declaró la propuesta nula casi por entero al considerar que imponía medidas que limitaban la libertad de expresión de forma desproporcionada. Décision No. 2020-801 DC du 18 juin 2020, accesible en: <https://sl1nk.com/pn1badu>

²⁹ <https://l1nq.com/pxgq1fo>

A. El rompecabezas normativo (digital) de la Unión

Tal y como se ha avanzado, aunque el RSD cubre una importante problemática de la economía digital, esta norma no se dictó en un contexto de neoliberalismo digital, sino de intervencionismo legislativo. Por consiguiente, ello significa que fue acompañada de un número significativo de nuevos instrumentos legislativos.

De modo particular, este planteamiento fue constatado por la agenda de la Comisión Europea para el periodo 2019-2024, como consecuencia de la cual se aprobó una significativa cantidad iniciativas legales. De hecho, el resultado fue un conglomerado de leyes o “rompecabezas normativo”³⁰ tan llamativo —aunque también criticado³¹— que permitió tildar a la Unión de “gigante” en la regulación digital³².

Dentro de ese conjunto normativo, se han dictado de forma paradigmática las conocidas como “leyes digitales europeas”, a las que pertenece el RSD. Es cierto que existe cierta controversia con relación a las normas específicas que integran este grupo, si bien en este caso, igual que la doctrina mayoritaria, lo emplearemos para referirnos a los Reglamentos dictados por la Unión con relación a los contenidos y servicios digitales que, además, comparten rasgos comunes entre sí³³. En particular, estas normas son el Reglamento General de Protección de Datos, el Reglamento de Mercados Digitales, el Reglamento de Inteligencia Artificial, el Reglamento de Datos y el Reglamento de Gobernanza de Datos, además del Reglamento de Servicios Digitales.

Sin embargo, y más allá de estas leyes digitales europeas, la Comisión Europea puso de relieve en su Informe de 17 de noviembre de 2025, sobre la aplicación del artículo 33 del Reglamento (UE) 2022/2065 y la interacción de dicho Reglamento con otros actos jurídicos, que como mínimo existen hasta 54 actos legales europeos relacionados con el Reglamento de Servicios Digitales³⁴. De este modo, y a pesar de que no todos ellos constituyan “leyes digitales europeas”, no cabe duda de que las normas europeas que conforman la regulación digital actual

³⁰ Comunicación de la Comisión, de 19/02/2020, Configurar el futuro digital de Europa, COM (2020) 67 final, p. 3.

³¹ Barrio, Moisés Andrés, Las nuevas coordenadas del derecho digital europeo, en: *Diálogos jurídicos*, 2024, p. 24.

³² Christaki, Théodore, European Digital Sovereignty. Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy, en: *Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence/Grenoble Alpes Data Institute*, 2020, p. 1, versión en línea accesible en: <https://sl1nk.com/d4yp8tx>

³³ Gascón Marcén, Ana, El Reglamento general de protección de datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea, en: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol. 2, pp. 209-232, y Savin, Andrej, Designing EU digital laws, en: *Research handbook on EU Internet law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, pp. 63-79.

³⁴ Informe de la Comisión, de 17/11/2025, sobre la aplicación del artículo 33 del Reglamento (UE) 2022/2065 y la interacción de dicho Reglamento con otros actos jurídicos, COM (2025) 708 final: 6. Documento que, para más detalle, se acompaña del Commission Staff Working Document, 17/11/2025, Accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Article 33 of Regulation (EU) 2022/2065 and the interaction of that Regulation with other legal acts, SWD (2025) 368 final. Este informe podría haber tratado de facilitar la coordinación entre la aplicación del RSD y de otras leyes digitales europeas. Sin embargo, su tono es meramente declarativo, esto es, se limita a afirmar que el RSD está relacionado con otros actos de la Unión, que no solo se limitan a los mencionados en los arts. 2.3 y 2.4 RSD, con los que puede plantear problemas de coordinación. Sin embargo, no sugiere cómo resolverlos, y simplemente afirma que los tendrá en cuenta en la elaboración de instrumentos futuros.

ascienden a una cantidad más que significativa, lo cual puede acarrear problemas prácticos en términos de solapamientos, tal y como se pone de relieve a continuación.

B. La interrelación entre el RSD y otras normas del acervo europeo legislativo digital

La estrecha relación que mantiene el RSD con otros actos legales de la Unión podría dificultar la coordinación entre ellos y, a la postre, su correcta aplicación y ejecución. De hecho, se trata de un aspecto práctico que se intensifica debido al carácter horizontal del RSD, así como a la reciente y prolífica actividad del legislador europeo digital en el periodo 2019-2024.

Sobre este particular, en esta ocasión resulta inviable por razones de espacio detenemos en detallar la relación del RSD con cada una de las cincuenta y cuatro normas con las que, según la Comisión Europea, estaría relacionado. Ahora bien, en nuestra investigación resulta útil tratar *grosso modo* esta cuestión, para lo cual debe traerse a colación el art. 2.4 RSD, complementado por los cdos. 10 y 11 RSD, que intentan ofrecer instrucciones sobre la manera en que debe coordinarse la aplicación del RSD con otras normas de la Unión.

Es cierto que el art. 2.4 RSD no menciona ni por asomo todos los actos legales europeos con los que el RSD estaría relacionado. Sin embargo, sí permite dar una idea de cómo debe coordinarse la aplicación del instrumento analizado con el resto de las normas³⁵. En concreto, el tenor literal del art. 2.4 RSD establece lo siguiente:

El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las normas establecidas por otros actos jurídicos de la Unión que regulen otros aspectos de la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior o que especifiquen y completen el presente Reglamento...

Según este, la manera de coordinar la aplicación del RSD con los actos legales relacionados —los mencione el art. 2.4 de modo expreso o no³⁶— es a través de la cláusula “sin

³⁵ Junto con el art. 2.4, el art. 2.3 RSD establece una cláusula de “no afectación”, confirmando que la aplicación del RSD no debe afectar a la aplicación de su antecedente directo, la Directiva de comercio electrónico, más allá de que derogue ciertos preceptos de la misma a través del art. 89 RSD (Wilman, Folkert, Saulius Lukas Kalāda y Paul-John Loewenthal, *The EU Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024, p. 23.).

³⁶ El art. 2.4 RSD tiene el siguiente tenor literal: 4. El presente Reglamento se entenderá sin perjuicio de las normas establecidas por otros actos jurídicos de la Unión que regulen otros aspectos de la prestación de servicios intermediarios en el mercado interior o que especifiquen y completen el presente Reglamento, en particular los siguientes: a) la Directiva 2010/13/UE; b) el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines; c) el Reglamento (UE) 2021/784; d) el Reglamento (UE) 2019/1148; e) el Reglamento (UE) 2019/1150; f) el Derecho de la Unión en materia de protección de los consumidores y seguridad de los productos, incluidos los Reglamentos (UE) 2017/2394 y (UE) 2019/1020 y las Directivas 2001/95/CE y 2013/11/UE; g) el Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales, en particular el Reglamento (UE) 2016/679 y la Directiva 2002/58/CE; h) el Derecho de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, en particular el Reglamento (UE) n.º 1215/2012, o cualquier acto jurídico de la Unión por el que se establecen las normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales; i) el Derecho de la Unión en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, en particular un Reglamento sobre las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal; j) una Directiva por la que se establecen normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de recabar pruebas para procesos penales.

perjuicio de”. Una cláusula que, pese a ser empleada asiduamente por los instrumentos europeos también para coordinar su aplicación con otras normas³⁷, no cuenta con un significado nítido ni pacífico sobre su alcance y aplicación práctica. A este respecto, la doctrina mayoritaria, así como también la jurisprudencia del TJUE en ciertos ámbitos, han ofrecido un significado distinto de la cláusula según si las normas en cuestión solo están relacionadas, o por el contrario entran en conflicto porque llegan a solaparse. Ambas opciones se analizan a continuación.

1. La cláusula “sin perjuicio de” cuando no existe solapamiento

En este caso, las normas en juego, pese a ser complementarias, se pueden aplicar al mismo tiempo e independientemente la una de la otra, sin entrar en conflicto. En estas situaciones, que una norma —RSD— se aplique sin perjuicio de otra implica que no afecta a su aplicación³⁸. Normalmente, ello ocurre con aquellas normas que regulan aspectos distintos que el RSD de los servicios intermediarios, como las normas de Derecho Internacional privado, de derecho de la competencia, de derecho financiero, de derecho laboral, de protección de datos o de cooperación en materia penal³⁹.

Ejemplos de este supuesto lo constituyen la mayoría de las normas de consumo del art. 2.4.f) RSD, del RGPD (art. 2.4.g) RSD), las normas de Derecho Internacional privado (art. 2.4.h) RSD), u otras leyes digitales europeas no mencionadas por el art. 2.4, como el Reglamento de Gobernanza de Datos, el Reglamentos de Datos o el Reglamento de Mercados Digitales.

2. La cláusula “sin perjuicio de” cuando existe solapamiento

Por otra parte, la situación es más problemática cuando el acto legal europeo se solapa con el RSD, tal y como ocurre con aquellos instrumentos que persiguen categorías específicas de contenido ilícito en línea. En estos supuestos, tanto la Comisión Europea como la doctrina mayoritaria apuntan a la necesidad de interpretar la cláusula “sin perjuicio de” de forma equivalente al principio “*lex specialis derogat generalis*”⁴⁰, que se traería a colación para resolver el conflicto entre el RSD y otra norma, debiendo prevalecer una de ellas por ser más especial. En consecuencia, habría que analizar, caso por caso, cuál de ellas es la “especial”, pues se verá

Tal y como se puede apreciar, no menciona las 54 normas relacionadas con el contenido del RSD, sino solo algunas de ellas, pero no debe entenderse de modo exhaustivo, sino ejemplificativo.

³⁷ La cláusula es tan frecuente que la duda sobre su interpretación ha llegado al TJUE a propósito de una cuestión prejudicial que toma como base la Directiva 2001/29/CE: STJUE de 1/03/2017, en el asunto C-275/15, *ITV Broadcasting Limited y otros contra TVCatchup Limited y otros* (ECLI:EU:C:2017:144).

³⁸ Así lo interpreta el TJUE en la sentencia antedicha (STJUE de 1/03/2017, en el asunto C-275/15), y en otras como la STJUE de 16/07/2015, en el asunto C-580/13, *Coty Germany GmbH contra Stadsparkasse Magdeburg* (ECLI:EU:C:2015:485), ap. 25.

³⁹ Wilman, Kaláda y Loewenthal, *The EU Digital Services Act...*, ob. cit., pp. 24-25.

⁴⁰ Así lo explicitaba claramente la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15/12/2020, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM (2020) 825 final: 6 y 22.

que esta condición no puede atribuirse siempre al acto legal europeo con el que el RSD colisiona⁴¹.

En esta sede, pueden mencionarse los siguientes ejemplos:

(i) La Directiva 2018/1808⁴², que ha sido la responsable de introducir modificaciones en la regulación con las que confluye el RSD. En particular, ha incorporado en la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 2010⁴³ un Capítulo IX bis, compuesto por los arts. 28 bis y 28 ter, dedicados en exclusiva a los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos y que les imponen obligaciones que pueden solaparse con algunas del RSD, como las relativas a la moderación de contenidos del art. 14 RSD, el mecanismo de notificación y acción del art. 16 RSD, o los sistemas internos de gestión de reclamaciones del art. 20 RSD.

Con respecto a cuál de las dos normas debe prevalecer, el borrador inicial del RSD consideraba que el solapamiento debe resolverse a favor del Reglamento, que en este caso debería concebirse como una *lex specialis*⁴⁴. No obstante, ni la doctrina ni los expertos consideran que la situación es pacífica y solicitan un informe que aclare la relación entre ambas normas⁴⁵.

(ii) Directiva 2019/790 de derechos de autor⁴⁶, que pretende adaptar la protección de los derechos de autor al ámbito digital. Con carácter general, la Directiva y el RSD se aplican cada una por su parte, sin que ello genere conflictos. No obstante, de modo más particular, hay que tener presente algunas excepciones, de entre las cuales hay una que ha suscitado especial interés doctrinal: la consignada en el art. 17 de la Directiva, que expresamente hace constar que, en aquellos supuestos, la exención de responsabilidad de la DCE no resulta aplicable. En este tipo de situaciones, la Directiva actuaría a modo de *lex specialis* con respecto al RSD⁴⁷.

Más allá de esta excepción —única y paradigmática— a la exención de responsabilidad del art. 6 RSD, igualmente la Directiva de derechos de autor impone a aquellos prestadores algunas obligaciones capaces de contrariar a las introducidas por el RSD, relacionadas con la transparencia (art. 19), el mecanismo de notificación y acción (art. 17.4.c)) o los mecanismos

⁴¹ Monjas González, Sonia, Relevancia del Reglamento de ley de servicios digitales para las autoridades reguladoras del audiovisual, en: *Plataformas digitales: regulación y competencia*, 2022, No. 925, p. 63.

⁴² Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14/11/2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). DO No. L 303 de 28/11/2018.

⁴³ Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10/03/2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual). DO No. L 95 de 15/04/2010.

⁴⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15/12/2020, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, COM (2020) 825 final: 6.

⁴⁵ Monjas González, Relevancia del Reglamento de ley de servicios digitales..., ob. cit., p. 63.

⁴⁶ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17/04/2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. DO No. L 130 de 17/05/2019.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión, de 4/06/2021, Orientaciones sobre el artículo 17 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor en el mercado único digital, COM (2021) 288 final: 2.

de solución extrajudicial (art. 17.9), que pueden colisionar con las obligaciones de los arts. 15 y 24, 16 y 21 RSD, respectivamente.

Bajo el propósito de conocer cuál de los dos instrumentos en juego prevalece, habría de seguirse un estudio caso por caso en el que se profundice en el contenido de cada una de las obligaciones, debiendo prevalecer como *lex specialis* la más específica. Por ejemplo, el sistema de notificación y acción del art. 17.4.c) Directiva parece más detallado que el del art. 16 RSD y debería ser prioritario⁴⁸, pero en materia de órganos de solución extrajudicial es posible que la solución sea la contraria⁴⁹.

(iii) Otra norma cuya aplicación no debería verse afectada por el RSD es el Reglamento 2021/784, relativo a la lucha contra el contenido terrorista en línea (“TERREG”)⁵⁰. La estrecha relación entre ambas normas se deriva del hecho de que el TERREG aborda el contenido terrorista en línea, que constituye una categoría de contenido ilícito que se subsume dentro del contenido tratado por el RSD, dada su horizontalidad. El TERREG impone obligaciones similares a las de las obligaciones de transparencia de los arts. 14, 15 y 24.2 RSD, de los mecanismos de notificación y acción (art. 16 RSD), de la declaración de motivos (art. 17 RSD) o de los sistemas de solución extrajudicial (arts. 20 y 21 RSD), respectivamente.

Frente a estos solapamientos, se considera que las medidas exigidas por el TERREG son más completas, exigentes y garantistas que las entabladas por el RSD, de modo que aquellas deben prevalecer a modo de *lex specialis* sobre estas⁵¹. El RSD tan solo complementará la regulación, añadiéndose sus obligaciones a los supuestos no regulados por aquel instrumento⁵².

(iv) Otro ejemplo es el que representa el Reglamento 2019/1150 (“Reglamento P2B”), cuya finalidad principal es proteger a los comerciantes frente a los servicios de intermediación en línea y motores de búsqueda en línea en términos de equidad, transparencia y oportunidad⁵³. Con este propósito, el Reglamento impone ciertas obligaciones a dos tipos de sujetos: los servicios de intermediación en línea (art. 2.2 Reglamento P2B), que son prestadores de plataformas en línea que permiten los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes en el sentido del RSD, así como a los motores de búsqueda, que también se ven afectados por el RSD (art. 3.j) RSD).

⁴⁸ Wilman, Kalāda y Loewenthal, *The EU Digital Services Act...*, ob. cit., p. 29.

⁴⁹ Pla Almendros, Rosa, *La solución extrajudicial de disputas transfronterizas en el Reglamento europeo de servicios digitales*, A Coruña, Colex, 2025, p. 195.

⁵⁰ Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29/04/2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea. DO núm. L 172 de 17/05/2021.

⁵¹ Wilman, Kalāda y Loewenthal, *The EU Digital Services Act...*, ob. cit., pp. 26-27, y de Franceschi, Alberto, *Digital Services Act*, en: *EU Digital Law. Article-by-article Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2ª ed., 2025, p. 702.

⁵² Nathaniel, Konstantina, *Objectives, scope of application and relationship to other legal instruments*, en: *New Digital Services Act. A practitioner's guide*, Oxford, Hart, 2024, p. 26.

⁵³ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20/06/2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea. DO No. L 186 de 11/07/2019.

Como siempre, el Reglamento P2B y el RSD se aplicarán en paralelo en todos aquellos preceptos que sean compatibles. Sin embargo, existen potenciales solapamientos que han de ser mencionados. A modo ilustrativo, el Reglamento P2B incluye obligaciones similares a los arts. 14, 17, 20 y 21 RSD, en sus arts. 3, 4, 11 y 12, respectivamente. Saber cuál de las dos normas debe calificarse como especial resulta evidentemente complicado, sobre todo teniendo en cuenta que el RSD asumió los mismos estándares de protección que el Reglamento P2B, aprobado mientras se empezaba a trabajar en el RSD y redactado por el mismo equipo⁵⁴.

No obstante, aunque sin entrar en detalle, sí se puede decir que las divergentes posiciones doctrinales ya resultan reveladoras sobre la complejidad del asunto: algunos defienden que el Reglamento P2B debería prevalecer como *lex specialis* —al menos en parte—⁵⁵, si bien a juicio de otros ello sería impráctico y perjudicaría al usuario⁵⁶.

En definitiva, estos ejemplos ilustran la especial complejidad que suscita el hecho de tener que coordinar el Reglamento de Servicios Digitales con otras normas con las que se relaciona y a las que, además, no siempre alude de modo expreso, lo cual dificulta todavía más la tarea.

III. Las consecuencias adversas derivadas de la difícil coordinación normativa

Tal y como se planteaba, tratar de coordinar el RSD con el resto de las normas digitales europeas relacionadas conlleva una enorme complejidad, y ello, puede suscitar dos tipos de problemas: primero, puede obstaculizar la actuación de los operadores jurídicos, usuarios digitales y autoridades de supervisión y, segundo, puede contribuir a la pérdida de la competitividad europea. A todos estos inconvenientes nos referimos a continuación.

A. Desde la perspectiva de los operadores jurídicos, los usuarios digitales y las autoridades de supervisión

Bajo este marco, los complejos solapamientos y la numerosa normativa, a la que algunos se han referido como “fragmentación horizontal”⁵⁷, resultan especialmente negativas para todos los actores involucrados por los siguientes motivos⁵⁸.

En primer lugar, los prestadores de servicios digitales han de enfrentarse a múltiples instrumentos legales al mismo tiempo. Necesitarán asesoramiento para descifrar cuáles de ellos

⁵⁴ Husovec, Martin, *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Oxford University Press, 2024, pp. 410-411.

⁵⁵ de Franceschi, *Digital Services Act...*, ob. cit., p. 702, respecto a los arts. 3, 7 y 10; Wilman, Kalāda y Loewenthal, *The EU Digital Services Act...*, ob. cit., p. 27, respecto a los arts. 3 y 5 y, en general, Husovec, *Principles of the Digital Services Act...*, ob. cit., p. 412.

⁵⁶ Nathanil, *Objectives, scope of application and relationship to other legal instruments...*, ob. cit., p. 26.

⁵⁷ Wechsler, Andrea y Bosko Tripkovic, *Conclusions: Enforcement in Europe as a Market of Justice*, en: *The transformation of enforcement*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 387.

⁵⁸ de Gregorio, Giovanni y Simona Demková, *The Constitutional Right to an Effective Remedy in the Digital Age: A Perspective from Europe*, en: *CGSL Working Papers*, 2024, No. 3, p. 28.

les resultan de aplicación y para determinar, en caso de solapamiento, cuál debe prevalecer. Indudablemente, esta situación dificulta que las empresas puedan desarrollar su actividad económica en la Unión.

En segundo lugar, la situación de los usuarios digitales de la Unión tampoco es demasiado favorable. Aparentemente, las normas europeas les ofrecen múltiples mecanismos de impugnación que pretenden facilitar la tutela de sus derechos. Sin embargo, los remedios parecen ser demasiados, perjudicándoles en un doble sentido. Primero, porque no conocen todos los que tienen a su alcance, y segundo, porque ante una misma situación dudan sobre cuál de ellos activar.

Por último, el panorama también resulta hostil para las autoridades de supervisión, especialmente nacionales. A este respecto, debe mencionarse que cada una de las normas en liza presenta un régimen de aplicación y ejecución distinto, si bien la gran mayoría de los actos legales europeos confían su supervisión a las autoridades nacionales, que en cada caso reciben distintas denominaciones⁵⁹. Ante la obligación de designar a una por cada acto legal europeo, los Estados miembros tienen dos opciones: atribuir a un mismo organismo nacional la obligación de supervisar el cumplimiento de todas las regulaciones europeas, o distribuir la supervisión de estas entre distintos organismos nacionales.

En el primer caso, el organismo en cuestión podría enfrentarse a dificultades a la hora de coordinar la aplicación y ejecución de los distintos instrumentos. Asimismo, necesitaría conocimientos muy diversos⁶⁰, lo cual no siempre es factible. Por su parte, la obligación de supervisar un único instrumento europeo sería más sencilla de cumplir si se atribuyera uno a cada uno de los distintos organismos nacionales, si bien el inconveniente sería coordinarlos de forma adecuada.

B. Desde la perspectiva de la competitividad europea

La Unión ha comenzado un nuevo ciclo institucional para el quinquenio 2024-2029, que constituye la etapa actual. En este contexto, el Consejo Europeo aprobó el pasado junio de 2024 su Agenda Estratégica para este periodo⁶¹, y el siguiente mes la Comisión Europea emitió sus orientaciones políticas, con las que inició su segundo mandato consecutivo liderado por Ursula von der Leyen. Se trata de una serie de pautas que definen las siete prioridades que van

⁵⁹ A modo ilustrativo, el RSD confía su aplicación y ejecución pública a autoridades nacionales (coordinadores de servicios digitales) y a la Comisión, pero, por ejemplo, el RGPD no involucra a la Comisión, sino a autoridades nacionales distintas de los coordinadores de servicios digitales (autoridades de protección de datos), y lo mismo ocurre en materia de consumo, cuyas autoridades nacionales también son diferentes.

⁶⁰ Peukert, Alexander *et al.*, European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal, en: *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2022), Vol. 3, p. 376.

⁶¹ Consejo Europeo, Agenda estratégica 2024-2029, versión en línea accesible en: <https://11nq.com/oi4t9lt>

a ocupar la agenda legislativa de los próximos cinco años⁶², y que han sido definidas en el Programa de trabajo de la Comisión para 2025⁶³.

Los mencionados instrumentos poseen una importancia destacada porque permiten inferir la percepción que poseen las instituciones europeas sobre su estrategia digital de la legislación anterior. En este sentido, parece que estas se han percatado de que, aunque el destinatario principal de la mayoría de los actos legales sean las grandes plataformas en línea, aquellos también afectan de forma más o menos directa al resto del tejido empresarial. En consecuencia, el temor es que las obligaciones impuestas por el RSD y el resto de las normas concordantes puedan llegar a lastrar la economía europea.

En este sentido, cabe señalar cómo la Brújula de la Competitividad, promulgada por la Comisión Europea el pasado 29 de enero de 2025⁶⁴, admite que, en las últimas dos décadas, la región europea ha disfrutado de un ritmo de productividad menor que el de otras economías, razón por la que en estos momentos su objetivo principal es recuperar esa competitividad, también en materia de transición tecnológica⁶⁵. En la misma línea, la Agenda Estratégica del Consejo insiste en la necesidad de esforzarse por alcanzar los niveles de crecimiento, productividad e innovación de los principales competidores, fortaleciendo la soberanía tecnológica y el Mercado único (digital) europeo⁶⁶.

Así las cosas, la impresión de la Unión es que los instrumentos del quinquenio previo ya se habrían centrado suficiente en neutralizar los riesgos que se manifiestan en la esfera digital, incluso a costa de dejar de lado la vertiente económica, que es la que ahora se pretende fortalecer. En consecuencia, el legislador europeo seguirá durante estos años protegiendo los valores europeos —que constituyen “el principal activo de la UE”⁶⁷—, pero sin promulgar nuevos actos legales. En su lugar, pretende centrar su atención en la aplicación de las normas ya promulgadas en el quinquenio anterior, para así garantizar su cumplimiento y su eficacia.

En esta línea, las Orientaciones Políticas para este periodo explicitan la necesidad de seguir reforzando “la aplicación y el cumplimiento de las leyes digitales adoptadas en el último mandato”, entre las que incluye tanto el Reglamento de Servicios Digitales como el Reglamento de Mercados Digitales⁶⁸. Se apunta directamente a la necesidad de intensificar el cumplimiento de normas como el Reglamento de Servicios Digitales a fin de lograr mitigar

⁶² von der Leyen, Ursula, La decisión de Europa. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029, 1-39, versión en línea accesible en: <https://sl1nk.com/aphp1nj>

⁶³ Comunicación de la Comisión, de 11/02/2025, Programa de trabajo de la Comisión para 2025. Avanzar juntos: Una Unión más audaz, más sencilla y más rápida, COM (2025) 45 final.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión, de 29/01/2025, Una Brújula para la Competitividad de la UE, COM (2025) 30 final.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁶ Consejo Europeo, Agenda estratégica 2024-2029..., cit., p. 6.

⁶⁷ Consejo Europeo, Agenda estratégica 2024-2029..., cit., p. 3.

⁶⁸ von der Leyen, La decisión de Europa. Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea 2024-2029..., ob. cit., p. 11.

información manipulada o engañosa, lo cual resulta indispensable para proteger la democracia y valores europeos.

En conclusión, en la fase actual, el legislador europeo, en línea con las indicaciones del Informe elaborado por el exdirector del Banco Central Europeo, Mario Dragui el pasado septiembre de 2024⁶⁹, está centrando parte de sus esfuerzos en promover la competitividad y la innovación de la región europea. Con ello, las instituciones de la Unión estarían admitiendo que su regulación digital podría ser excesiva y estar lastrando su propia competitividad.

Conclusiones

Hasta ahora, la investigación ha permitido poner de relieve dos ideas fundamentales, aunque contradictorias: la necesidad de una ley digital europea, como es el Reglamento de Servicios Digitales, y el exceso de normativa digital europea, que puede dificultar el comportamiento de los operadores económicos y de los usuarios digitales, e incluso de las autoridades de supervisión normativa, además de empeorar la competitividad europea. En este contexto, surge una última pregunta final, y es si realmente el Reglamento de Servicios Digitales contaría con un papel relevante en medio de este panorama.

Pues bien, a este respecto debe admitirse que, de todas las leyes digitales europeas, el RSD sería la que está llamada a jugar un rol más significativo, pues podría modificar de manera más destacada el funcionamiento del entorno en línea⁷⁰. Asimismo, es una norma importante para eliminar la fragmentación nacional que estaban creando las normas nacionales en este sector, así como para dar respuesta a las exigencias sociales del momento.

Pero no solo eso, sino que, además, se ha criticado el Reglamento de Servicios Digitales incluso por no haber abordado ciertos riesgos singularmente significativos, relativos a la desinformación⁷¹, o a los sistemas de recomendación y los riesgos derivados⁷².

Por consiguiente, debe concluirse que, a pesar de que el acervo legislativo digital en la Unión sea considerable en la actualidad, el Reglamento de Servicios Digitales juega un rol totalmente indispensable en él. Las instituciones europeas deberían reducir la normativa al respecto y tratar de facilitar la coordinación entre ellas, pero una norma como la analizada resulta por entero imprescindible para garantizar un funcionamiento seguro y fiable del entorno en línea digital actual.

⁶⁹ Dragui, Mario, The future of European competitiveness: A Competitiveness strategy for Europe, en: *Publications Office of the European Union*, 2025. Accesible en: <https://sl1nk.com/gsw9n9f>

⁷⁰ Cioffi, Kenney y Zysman, Platform power and regulatory politics: Polanyi for the twenty-first century..., ob. cit., p. 829.

⁷¹ Buiten, Miriam, Combating disinformation and ensuring diversity on online platforms: Goals and limits of EU platform regulation, *SSRN*, 2022, p. 19, versión en línea accesible en: <https://ssrn.com/abstract=4009079>

⁷² Ruohonen, Jukka, Mysterious and manipulative black boxes: A qualitative analysis of perceptions on recommender systems, en: *First Monday*, 2024, No. 6, p. 18.

La arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina: un diálogo “renovado” entre el Derecho internacional público y el privado

Valesca Raizer*

Ines Lopes**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 271-287.

Resumen

A partir de las reflexiones del Prof. Didier Operti Badán, este artículo examina la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina, haciendo hincapié en la necesidad de un diálogo renovado con el Derecho internacional público. Al alejarse de la concepción tradicional que separa rígidamente estas dos ramas, el profesor propone una lectura basada en su interdependencia funcional, destacando que el verdadero desafío reside en la forma de organización, enseñanza y aplicación del Derecho Internacional. En este contexto, el estudio analiza cómo la globalización, la multiplicación de actores transnacionales y la intensificación de la cooperación jurídica internacional han impulsado la convergencia entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado.

Mediante un enfoque cualitativo, se examinan los procesos históricos de codificación y armonización jurídica en la región, incluyendo los Tratados de Montevideo, el Código de Bustamante, las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y la actuación contemporánea de la Organización de los Estados Americanos (OEA). También se destaca el papel del Mercosur y de la ASADIP en la consolidación de una cultura jurídica regional orientada a la cooperación y al acceso a la justicia.

Se concluye que el reposicionamiento del individuo y la centralidad de los derechos humanos refuerzan la función del Derecho internacional privado como instrumento de gobernanza jurídica transnacional, superando su concepción meramente técnica.

Abstract

Drawing on the reflections of Professor Didier Operti Badán, this article examines the legal architecture of Private International Law in Latin America, emphasizing the need for a renewed dialogue with Public International Law. Moving away from the traditional conception that rigidly separates these two branches, the author proposes a reading grounded in their functional interdependence, highlighting that the true challenge lies in the way International Law is organized, taught and applied. In this context, the study analyzes how globalization, the multiplication of transnational actors and the intensification of international legal cooperation have driven the convergence between Public International Law and Private International Law.

Through a qualitative approach, the article examines the historical processes of codification and legal harmonization in the region, including the Montevideo Treaties, the Bustamante Code, the Inter-American Specialized Conferences on Private International Law (CIDIP) and the contemporary role of the Organization of American States (OAS). The contribution of Mercosur and

* Profesora titular de los programas de grado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Espírito Santo (UFES). Becaria de Productividad de la FAPES. Coordinadora del Grupo de Investigación “*Labirinto de la Codificación del Derecho Procesal Civil Internacional*” (LABCODEX) y del proyecto de investigación “*Mujeres en la Ciencia*” (FAPES).

** Profesora asociada 3 de los programas de pregrado y posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasília (UnB). Becaria de Productividad en Investigación del CNPq - Nivel 2. Coordinadora del Grupo de Estudios en Derecho Internacional Privado, Comercio Internacional y Derechos Humanos (CNPq/UnB/FD) y de los Subgrupos de Estudios GDIP-TRANSJUS y GDIP-Aéreo y Espacial. Coodinadora de la Red de Procedimiento Civil Internacional (REDE-PCI). Secretaria adjunta de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

ASADIP to the consolidation of a regional legal culture oriented toward cooperation and access to justice is also highlighted.

The article concludes that the repositioning of the individual and the centrality of human rights reinforce the function of Private International Law as an instrument of transnational legal governance, transcending its merely technical conception.

Palabras clave

Gobernanza jurídica transnacional. Convergencia jurídica. Codificación regional

Keywords

Transnational legal Governance. Legal convergence. Regional codification.

Sumario

Introducción. I. La interdependencia entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado. II. La renovación del diálogo entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado: el reposicionamiento del individuo en el derecho internacional. III. La formación histórica de la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina. A. Antecedentes de los Tratados de Montevideo. B. Los Tratados de Montevideo (1889 y 1940) y el regionalismo jurídico. C. Las Conferencias Panamericanas y el Código Bustamante: los primeros intentos de uniformización continental. D. La Organización de los Estados Americanos (OEA) y las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). E. El Mercosur y la evolución de la cooperación jurídica regional. IV. El papel de la sociedad civil en las Américas: la ASADIP. Conclusión.

Introducción

El presente artículo analiza la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina y el diálogo “renovado” entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, a partir de las obras del profesor Didier Operti Badán, *“Derecho internacional público y Derecho internacional privado: Hacia un diálogo renovado”* y *“Derecho internacional: público y privado - A modo de reflexiones adicionales sobre sus relaciones”*.

Tradicionalmente concebidos como campos distintos, por un lado el primero se centra en la regulación de las relaciones entre Estados, mientras que el segundo se dedica a las relaciones privadas transnacionales. Estas dos ramas del Derecho internacional han comenzado a presentar una convergencia creciente ante los procesos de globalización, integración regional e intensificación de la cooperación jurídica internacional. Este artículo tiene como objetivo estudiar las convergencias y divergencias entre ambas, y la superación de la dicotomía clásica entre Derecho internacional público y Derecho internacional privado, considerando la complejidad de las relaciones jurídicas internacionales.

En este sentido, el profesor Operti enseña que “la verdadera cuestión no se vincula a la diversidad del Derecho Internacional, con sus dos vertientes, Público y Privado”¹, descartando

¹ Operti Badán, Didier, *Derecho internacional público y derecho internacional privado: hacia un diálogo renovado*, en: D. Fernández y C. Lima (eds.), *Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario / Private international law and public international law: a necessary meeting / Le droit international privé et le droit international public: un rencontre nécessaire*, Montevideo, CEDEP, ASADIP, Brasilcon, 2011, p. 60.

la idea de que la existencia de dos ramas sea, por sí sola, problemática. También rechaza la hipótesis de que el desafío resida en la circulación de conocimiento entre ellos, al indicar que no se trata “ni por cierto tampoco de la transmisión del conocimiento de ambos”. Ambas ramas del Derecho internacional están “más vinculadas a la cuestión de la organización con su respectiva conformación de programas de estudio y su enseñanza”². La cuestión central radica en la forma en que se estructura y se enseña el Derecho internacional, lo que revela una preocupación de naturaleza epistemológica y metodológica. Así, cada rama posee una “identificación teórico-positiva de su propio objeto”, es decir, ambas ramas tienen autonomía científica basada en una base teórica propia, además de autonomía institucional o didáctica y conceptual.

A partir del método cualitativo, este artículo examina la formación histórica e institucional del Derecho internacional privado en la región, prestando especial atención a los esfuerzos de codificación promovidos en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a través de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), así como a las iniciativas de armonización jurídica asociadas a los procesos de integración regional, como el Mercosur. Se argumenta que los tratados internacionales, los mecanismos de cooperación judicial y los regímenes institucionales regionales operan como espacios de articulación entre las normas de Derecho público internacional y las relaciones privadas transnacionales. En este contexto, el reposicionamiento del individuo en el orden jurídico internacional refuerza la interdependencia entre estas disciplinas, poniendo de manifiesto el papel del Derecho internacional privado en la construcción de una gobernanza jurídica transnacional en América Latina.

I. La interdependencia entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado

La creciente complejidad de las relaciones jurídicas transnacionales exige una relectura a partir de la existencia de una confluencia cada vez mayor entre las dos ramas del Derecho. Esta interdependencia se deriva tanto del fenómeno de la globalización como de la multiplicación de actores en las relaciones internacionales, especialmente de actores privados —principalmente las empresas multinacionales—, así como de la proliferación de fuentes normativas que traspasan las fronteras estatales.

Muir Watt destaca que la globalización ha dado lugar a una reconfiguración de la soberanía y la autoridad normativa, con el auge de los regímenes privados. Sin embargo, el Derecho internacional privado sigue atrapado en una lógica estatal-territorial, ignorando que “a medida que la autoridad soberana migra hacia nuevos espacios en la economía global informal, parece haber sucumbido a una especie de ‘trauma posnacional’, como si no fuera capaz de sobrevivir

² *Idem*.

al declive del modelo westfaliano”³. Esta desconexión impide que la disciplina aborde el pluralismo jurídico y las nuevas formas de producción normativa más allá del Estado.

En el contexto de la globalización, Mills destaca que la territorialidad no es un fundamento necesariamente estable del Derecho internacional público y privado, y que es ampliamente cuestionada en el contexto de la globalización. Las transformaciones tecnológicas y el debilitamiento relativo del Estado hacen que las conexiones territoriales sean menos relevantes, a veces contingentes o fortuitas. Según Mills, “la territorialidad es, y probablemente seguirá siendo, una norma central en el Derecho internacional privado, lo que refleja la influencia persistente de la idea de territorialidad en la ordenación horizontal internacional de la autoridad regulatoria entre los Estados”⁴. Además, Mills explica que la centralidad de la territorialidad en el Derecho internacional público se deriva de su función como principio organizador de la división del mundo en Estados. En este sentido, el autor afirma que “las normas de jurisdicción del Derecho internacional público no impiden el surgimiento de reivindicaciones superpuestas o conflictivas: muchos acontecimientos están conectados a más de un territorio, y hay más de una forma aceptada de establecer un vínculo territorial”⁵.

Así, en un mundo globalizado, el diálogo entre el Derecho internacional público y el privado se vuelve cada vez más estrecho, sobre todo en lo que respecta a la territorialidad, poniendo de manifiesto la existencia de fundamentos normativos comunes que orientan la definición, distribución y limitación de la autoridad regulatoria de los Estados. En este contexto, el Derecho internacional privado desempeña un papel primordial como instrumento de coordinación entre los ordenamientos jurídicos, contribuyendo a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de las relaciones privadas transnacionales. Tal inflexión paradigmática proyecta al Derecho internacional privado como eje estructurante de la gobernanza jurídica global contemporánea.

Muir Watt identifica un “cisma” estructural entre el Derecho internacional público y el privado, que ha moldeado históricamente las disciplinas. Según la autora, el Derecho internacional privado ha quedado relegado a una función técnica y accesorio, alejándose de la esfera política y de la gobernanza global. Ante esto, Muir Watt afirma que “ya es hora de sacar al Derecho internacional privado de su invisibilidad y explorar los medios por los que, por sí solo, puede influir en el equilibrio del poder informal en la economía global”⁶. Además, el Derecho internacional privado, al igual que el Derecho internacional público, ha demostrado carecer de un horizonte crítico, revelándose con frecuencia apologetico en relación con las estructuras

³ Muir Watt, Horatia, El Derecho internacional privado más allá del cisma, en: *Transnational Legal Theory*, 2011, Vol. 2(3), p. 351.

⁴ Mills, Alex, *La confluencia del Derecho internacional público y privado: justicia, pluralismo y subsidiariedad en el ordenamiento constitucional internacional del Derecho privado*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 246.

⁵ Mills, *La confluencia del derecho internacional público y privado...*, ob. cit., p. 236.

⁶ Muir Watt, *El Derecho internacional privado más allá del cisma...*, ob. cit., 236.

informales de poder y cómplice de las fallas en la gobernanza del poder económico privado, mediante negaciones, excepciones, permisos implícitos y construcciones míticas⁷, según la autora.

Sin embargo, esta lógica no es irreversible: el Derecho internacional privado puede y debe retomar su función política, superando la falsa neutralidad y actuando en la regulación de la autoridad privada en el plano transnacional. Al hacerlo, contribuye a una gobernanza global más equilibrada, basada en la responsabilidad y el pluralismo, y orientando sus instrumentos hacia la protección de los bienes comunes globales⁸.

Por su parte, Mackelt revisa la distinción clásica entre Derecho internacional público, orientado a las relaciones entre Estados, y Derecho internacional privado, aplicado a las relaciones privadas con elemento extranjero, pero “ante un mundo global, solo son posibles respuestas jurídicas globales, lo que hace desaparecer la separación rígida entre ambas disciplinas”⁹, a pesar de que el Derecho internacional privado, en su “concepción clásica neosavigniana”, mantenga más vínculos con lo que queda del Derecho privado que con el Derecho público.

Ante este escenario, se pone de manifiesto una creciente interdependencia e imbricación entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, especialmente en la medida en que las normas internacionales pasan a incidir directamente sobre las relaciones privadas. El argumento central reside en el reconocimiento de que la realidad jurídica contemporánea ya no admite compartimentaciones rígidas, revelando un progresivo debilitamiento del cisma estructural tradicional entre estas ramas. En efecto, los métodos clásicos resultan insuficientes para responder a la complejidad de las relaciones jurídicas transnacionales, exigiendo enfoques más integrados, dinámicos y sensibles a las transformaciones de la gobernanza jurídica global.

II. La renovación del diálogo entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado: el reposicionamiento del individuo en el Derecho internacional

Otro elemento central en la transformación del Derecho internacional contemporáneo es el reposicionamiento del individuo como sujeto de Derecho internacional y de un orden jurídico internacional orientado a la protección internacional de la persona humana. Tradicionalmente, el Derecho internacional se concibió como un sistema normativo orientado predominantemente a la regulación de las relaciones entre Estados. Sin embargo, las dinámicas

⁷ *Ibid.*, p. 427.

⁸ *Ibid.*, p. 428.

⁹ De Mackelt, Tatiana B., Relaciones entre el Derecho internacional privado y el derecho internacional público, en: D. Fernández y C. Lima (eds.), *Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario / Private international law and public international law: a necessary meeting / Le droit international privé et le droit international public: un rencontre nécessaire*, Montevideo, CEDEP, ASADIP, Brasilcon, 2011, p. 57.

derivadas de las transformaciones a partir de las dos Grandes Guerras Mundiales, de la globalización jurídica, de la intensificación de la cooperación internacional y de la consolidación de mecanismos de gobernanza transnacional contribuyeron a desplazar ese paradigma, ampliando significativamente el papel de los individuos y de los actores privados en el sistema jurídico internacional.

En este nuevo escenario, las relaciones privadas transnacionales pasan a estar directamente influenciadas por normas internacionales —ya sean procedentes de tratados, convenios multilaterales, regímenes institucionales o instrumentos de armonización—, de modo que temas como el arbitraje internacional, los contratos internacionales, el reconocimiento y la homologación de resoluciones judiciales extranjeras y la cooperación jurídica internacional pasan a entrelazarse con la protección de los derechos fundamentales. Como resultado, el Derecho internacional deja de ser progresivamente solo un Derecho “de los Estados” o diplomático, para pasar a estructurar también las relaciones privadas internacionales, en las que los individuos, las empresas y otros actores privados desempeñan un papel central.

En este contexto, el Derecho internacional privado surge como un espacio de articulación entre las normas públicas internacionales y las relaciones jurídicas privadas transnacionales, asumiendo una función que trasciende la técnica tradicional de resolución de conflictos de leyes. Operti destaca que:

El individuo ha pasado a ser titular de ciertos derechos connaturales a la persona humana y no dependen del reconocimiento del Estado “A”, del Estado “B” o del Estado “C”, sino de la comunidad internacional o, al menos, de una gran parte de ella, pues es sabido que la concepción de los Derechos Humanos aún no ha calado en ciertas poblaciones y Estados¹⁰.

El diálogo entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado no constituye solo una necesidad teórica, sino una exigencia práctica derivada de la complejidad de las relaciones jurídicas internacionales. Desde esta perspectiva, resulta indispensable repensar los fundamentos, el objeto y la función del Derecho internacional, a fin de construir un orden jurídico más coherente, integrado y capaz de responder a los desafíos de la sociedad internacional contemporánea.

Según Mills, “existe un reconocimiento cada vez mayor de la complejidad de la relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno, así como entre la soberanía estatal y la identidad individual”¹¹. Según el autor, esto “se refleja en el reconocimiento tanto de los derechos humanos individuales como de los derechos a una identidad colectiva como parte del Derecho internacional”. La creciente centralidad de los derechos humanos redefine la relación entre el Derecho internacional público y el privado, superando la dicotomía clásica entre

¹⁰ Operti Badán, *Derecho internacional público y derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 75.

¹¹ Mills, *La confluencia del derecho internacional público y privado...*, ob. cit., p. 233.

ambos. En este contexto, el Derecho internacional privado deja de ser neutral y técnico para incorporar valores normativos fundamentales, especialmente en la regulación de los actores privados transnacionales. En este escenario, la convergencia entre las dos ramas se vuelve indispensable para una gobernanza jurídica eficaz y orientada a la protección de la dignidad humana.

Así, el reposicionamiento del individuo y la incorporación de los derechos humanos en el Derecho internacional privado no solo impulsan el diálogo entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, sino que también evidencian la necesidad de una reconstrucción teórica de la disciplina. En un contexto marcado por el pluralismo jurídico, la interdependencia normativa y las desigualdades estructurales, el Derecho internacional privado está llamado a desempeñar una función crítica y transformadora, capaz de equilibrar libertad, autoridad y justicia en el sistema jurídico internacional contemporáneo.

Esta perspectiva indica que el Derecho internacional privado deja de ser una técnica neutra de coordinación normativa y pasa a incorporar valores materiales, sobre todo los derechos humanos, que se afirman como normas de orden público internacional. Como destaca Operti Badán, esta evolución condiciona la aplicación del Derecho extranjero, la definición de la jurisdicción y la actuación de las autoridades nacionales alineadas con los estándares internacionales de las normas de derechos humanos, como normas imperativas del Derecho internacional general (*jus cogens*) previstas en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

III. La formación histórica de la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina

La formación histórica de la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina está profundamente vinculada a una tradición consolidada y distintiva de codificación, que se remonta a los procesos de independencia y a la necesidad de organizar los nuevos ordenamientos jurídicos nacionales. Según Operti Badán,

No podría silenciar en este momento mi frontal oposición a la idea de reducir el Derecho Internacional Privado a su fuente interna, ya que se pretende desconocer de este modo la fuente del tratado o de la convención internacional y aun de la costumbre, como propias del Derecho Internacional en su totalidad, ya que ambas disciplinas utilizan como demostración incontestable de sus vínculos sustanciales¹².

Las codificaciones internacionales de Derecho internacional privado se refieren, por lo tanto, a proyectos políticos de afirmación de la soberanía y de cooperación entre Estados recién independizados, consolidando el Derecho internacional privado como instrumento central en la articulación de las relaciones privadas transnacionales en el continente.

¹² Operti Badán, Derecho internacional público y derecho internacional privado..., ob. cit., p. 61.

A. Antecedentes de los Tratados de Montevideo

La unificación del Derecho internacional privado en América Latina tiene sus orígenes en el contexto de las luchas de emancipación de las antiguas colonias españolas, especialmente a partir del Congreso Anfictiónico de Panamá de 1826, reflejando un proyecto político de integración regional. Este movimiento inicial condujo a la adopción de instrumentos como el Tratado de Comercio y Navegación de 1848 y el Tratado Continental de 1856¹³, que ya incorporaban principios fundamentales del Derecho procesal civil internacional, como la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, el acceso a la justicia y el reconocimiento extraterritorial de sentencias y pruebas. Estos esfuerzos pioneros evidencian la construcción progresiva de mecanismos de cooperación jurídica entre los Estados latinoamericanos, anticipando la posterior sistematización normativa en los Tratados de Montevideo y en los demás foros internacionales en las iniciativas interamericanas de codificación del Derecho internacional privado.

Cabe destacar, además, los debates desarrollados entre las décadas de 1850 y 1860, que culminaron en la formulación de la doctrina Calvo en 1868. Según Carlos Calvo, jurista y diplomático argentino, los extranjeros deben someterse a las leyes y a la jurisdicción de los tribunales del Estado anfitrión, sin recurrir a la protección diplomática de sus Estados de origen. Dicha Cláusula Calvo, frecuentemente incluida en contratos con inversionistas extranjeros, buscaba limitar la injerencia externa y reforzar la soberanía estatal, constituyendo un hito relevante de la tradición jurídico-política latinoamericana¹⁴.

Por último, el Congreso de Lima de 1878 representó un intento relevante, aunque incipiente, de codificación del Derecho internacional privado en América Latina, reuniendo los esfuerzos de países como Ecuador, Panamá y Perú para elaborar un proyecto integral que abordaba temas como las personas, los bienes, las sucesiones y la ejecución de sentencias¹⁵.

B. Los Tratados de Montevideo (1889 y 1940) y el regionalismo jurídico

Sudamérica fue pionera en la celebración del primer congreso jurídico internacional dedicado a la codificación del Derecho internacional privado y en la elaboración de uno de los primeros sistemas convencionales de esta disciplina en el mundo, anticipándose en unos pocos años a la institucionalización de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Este movimiento culminó con la adopción de los Tratados de Montevideo de 1889, que

¹³ Raizer, Valesca, El caleidoscopio de la armonización del Derecho internacional privado en materia de Derecho procesal civil internacional, en: C. Fresno y G. Lorenzo (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, FCU, 2019, pp. 460-461; Lopes, Inez, La moderada participación de Brasil en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en: C. Fresno y G. Lorenzo (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, FCU, 2019, p. 499.

¹⁴ Lopes, La moderada participación de Brasil..., ob. cit., p. 499.

¹⁵ Fresno de Aguirre, Cecilia, Los Tratados de Montevideo de 1889: del siglo XIX al XXI, C. Fresno y G. Lorenzo (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889: Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, FCU, 2019, p. 21.

conforman un conjunto de nueve instrumentos internacionales, entre los que destacan: el Tratado de Derecho Civil Internacional, el Tratado de Derecho Comercial Internacional, el Tratado de Derecho Penal Internacional, el Tratado de Derecho Procesal Civil Internacional, el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, el Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica, el Tratado sobre Patentes de Invención, el Tratado sobre Profesiones Liberales y el Protocolo Adicional¹⁶.

Aunque Brasil participó en el proceso de elaboración de estos tratados, la incompatibilidad de algunas de sus disposiciones con el ordenamiento jurídico interno impidió su ratificación, situación que también se verificó en relación con los instrumentos posteriores. Aun así, la doctrina brasileña, a pesar de su moderada participación, aportó contribuciones relevantes al desarrollo del Derecho internacional privado, destacando la figura de Augusto Teixeira de Freitas, cuya obra reveló una notable anticipación teórica al reconocer la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones contractuales internacionales, especialmente en lo que se refiere a la elección de la ley aplicable (*choice of law*)¹⁷.

En conmemoración de los 50 años de los Tratados de Montevideo de 1889, el gobierno de Uruguay convocó el Congreso de Jurisconsultos, con el objetivo de revisar y actualizar los instrumentos entonces vigentes. Este proceso culminó con la adopción de los Tratados de Montevideo de 1940, que promovieron la modernización y sistematización de las normas de Derecho internacional privado en la región, adaptándolas a las transformaciones económicas y jurídicas ocurridas en el período.

C. Las Conferencias Panamericanas y el Código Bustamante: los primeros intentos de uniformización continental

Las primeras iniciativas de cooperación política y jurídica en el continente americano se desarrollaron en el contexto del movimiento panamericano, materializado en las llamadas Conferencias Panamericanas o Conferencias Internacionales Americanas. Estas reuniones diplomáticas, celebradas entre 1889 y 1954, constituyeron importantes foros de articulación entre los Estados del hemisferio y representaron los antecedentes institucionales de la actual Organización de los Estados Americanos.

La armonización del Derecho internacional privado en América Latina representó, en gran medida, un imperativo político, en la medida en que se inscribió en el contexto de las iniciativas emancipadoras y de los procesos de consolidación de la independencia de los Estados de la región¹⁸. Los primeros congresos e iniciativas de cooperación jurídica entre los países latinoamericanos buscaban no solo establecer mecanismos comunes para la regulación de las

¹⁶ Lopes, La moderada participación de Brasil..., ob. cit.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Raizer, El caleidoscopio de la armonización del Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 458.

relaciones privadas internacionales, sino también afirmar la autonomía política y jurídica de las nuevas naciones frente a las potencias europeas¹⁹. En este sentido, los esfuerzos iniciales de armonización y codificación del Derecho internacional privado reflejan el intento de construir un espacio jurídico regional capaz de fortalecer la soberanía estatal y promover una mayor seguridad jurídica en las relaciones transnacionales. Los esfuerzos de codificación del Derecho internacional privado en América Latina se remontan a los primeros congresos de las jóvenes repúblicas americanas, que buscaban consolidar su independencia y estructurar un sistema jurídico propio en el plano internacional.

La Primera Conferencia Panamericana, celebrada en Washington entre 1889 y 1890, fue convocada por iniciativa de los Estados Unidos y tuvo como objetivo central fortalecer el comercio interamericano y promover mecanismos de cooperación política y económica entre los países del continente. En ese encuentro se creó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, que posteriormente evolucionó hacia la Unión Panamericana y se convertiría en el núcleo institucional del sistema interamericano.

Inicialmente, la Comisión tuvo como misión mediar en la elaboración de dos Códigos de Derecho Internacional, uno Público y otro Privado. Sin embargo, el estallido de la Primera Guerra Mundial frustró los intentos de codificación regional. Con el fin de la guerra se reanudaron las negociaciones y, en 1928, en la sexta Conferencia Internacional Americana, la Unión Panamericana adoptó el Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por el eminente jurista y diplomático Antonio Sánchez de Bustamante²⁰.

El Código de Bustamante, llamado así en honor a su autor, cuenta con 437 artículos que abarcan diversas materias, entre las que destacan: el estatuto personal (nacionalidad, capacidad y estado civil), el Derecho de familia (matrimonio, filiación, tutela), el Derecho sucesorio, los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles, las obligaciones y los contratos internacionales, así como normas de Derecho mercantil. Además, el Código regula aspectos relevantes del Derecho procesal civil internacional, incluyendo la competencia jurisdiccional, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, y la cooperación judicial, configurando un modelo integral de coordinación entre ordenamientos jurídicos en el espacio interamericano. El Código fue ratificado por quince países, entre ellos Brasil, y promulgado mediante el Decreto No. 18.871, de 13 de agosto de 1929²¹. Junto con los Tratados de Montevideo, el Código

¹⁹ Samtleben, Jürgen, La codificación interamericana del derecho internacional privado en Brasil, en: P. Casella y N. de Araújo (coords.), *Integración jurídica interamericana: Las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y el Derecho brasileño*, São Paulo, LTr, 1998, p. 25.

²⁰ Véase de Araújo, Nadia, *Derecho internacional privado: teoría y práctica brasileña*. Río de Janeiro, Revista dos Tribunais, 8ª ed., 2019, p. 73.

²¹ Brasil. Cámara de Diputados. Legislación informatizada - Decreto No. 18.871, 13 de agosto de 1929. Disponible en: <https://sl1nk.com/ke6qwu1>. Consultado el: 26 de marzo de 2020.

de Bustamante representó un segundo sistema de codificación del Derecho internacional privado en América Latina²².

Tras la Segunda Guerra Mundial, el punto culminante de este proceso institucional tuvo lugar en la Novena Conferencia Panamericana, celebrada en Bogotá en 1948. En ese encuentro se firmó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, instrumento constitutivo de la Organización de los Estados Americanos, que sustituyó a la Unión Panamericana y consolidó institucionalmente el sistema interamericano.

Posteriormente, la Décima Conferencia Panamericana, celebrada en Caracas en 1954, representó la última reunión de ese ciclo histórico de conferencias, ya que la cooperación interamericana pasó a desarrollarse institucionalmente en el marco de la propia OEA.

D. La Organización de los Estados Americanos (OEA) y las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

La Organización de los Estados Americanos constituye el principal organismo intergubernamental del continente americano, desempeñando un papel central en la promoción de la cooperación jurídica y en la construcción de una gobernanza regional en Derecho internacional privado. Creada por la Carta de Bogotá de 1948, la OEA surge de un proceso histórico de institucionalización de las relaciones interamericanas, sucediendo a iniciativas panamericanas y consolidándose como un espacio de articulación normativa y política entre los Estados de la región. En este contexto, su actuación en el Derecho internacional privado se inscribe en un movimiento más amplio de codificación y armonización jurídica orientado a la solución de conflictos transfronterizos y a la facilitación de las relaciones privadas internacionales²³.

La contribución de la OEA al desarrollo del Derecho internacional privado se materializa principalmente en la creación de mecanismos institucionales orientados a la producción normativa, con especial destaque para las CIDIPs. A través de estas iniciativas, la organización promovió la elaboración de instrumentos jurídicos destinados a la armonización de normas sobre jurisdicción, ley aplicable y cooperación jurídica internacional. Tal actuación refleja la función normativa de las organizaciones internacionales como agentes de gobernanza global y regional, aunque limitadas por las competencias establecidas en sus tratados constitutivos²⁴.

Más recientemente, la OEA ha atravesado un proceso de transformación metodológica, pasando de un modelo centrado en la codificación convencional a la adopción de instrumentos más flexibles, como guías, principios y leyes modelo. Esta transición, impulsada en gran

²² Raizer, Valesca e Inez Lopes, Los roles de la OEA y la ASADIP en la formación de una cultura “glocal” en Derecho internacional privado en América Latina, en: *Desafíos del Derecho internacional privado en la sociedad contemporánea*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2020, Vol. 1, pp. 319-349.

²³ *Idem*.

²⁴ Raizer y Lopes, Los roles de la OEA y la ASADIP..., ob. cit.

medida por el Comité Jurídico Interamericano, revela la adaptación de la organización a las dinámicas contemporáneas del Derecho internacional, marcadas por la pluralidad normativa y la necesidad de respuestas más ágiles a las demandas transnacionales. Aun así, la OEA sigue siendo un actor fundamental en la construcción de una cultura jurídica regional en materia de Derecho internacional privado, articulando instrumentos normativos y promoviendo la cooperación entre los Estados²⁵.

Las CIDIPs son reuniones intergubernamentales, destinadas a debatir temas técnicos específicos relacionados con la cooperación jurídica interamericana. Aunque no se limitan al Derecho internacional privado, han sido reconocidas internacionalmente como el principal foro regional para la codificación de esta disciplina en las Américas²⁶.

El proceso codificador de las CIDIPs se ha caracterizado por una metodología progresiva, basada en la elaboración de convenios multilaterales destinados a facilitar la cooperación jurídica y a reducir los conflictos normativos entre los sistemas jurídicos nacionales. Este modelo ha permitido la creación de un corpus significativo de instrumentos jurídicos regionales y ha contribuido al desarrollo de una identidad jurídica latinoamericana en el ámbito del Derecho internacional privado.

Las CIDIPs constituyen el principal mecanismo institucional de codificación del Derecho internacional privado en el ámbito de la OEA. Creadas en 1975, estas conferencias son reuniones intergubernamentales destinadas a la elaboración de instrumentos jurídicos orientados a la armonización normativa en las Américas, consolidándose como un verdadero centro de codificación regional. A pesar de su relevancia histórica, se observa que en las últimas décadas ha habido una reducción en la periodicidad de las conferencias y una transformación en la forma de producción normativa, con un mayor uso de instrumentos de *soft law* y mecanismos flexibles de armonización jurídica.

Las CIDIPs se han consolidado como el principal centro institucional de codificación del Derecho internacional privado en las Américas, en el marco de la OEA²⁷. Creadas como conferencias especializadas previstas en la Carta de la OEA, estas reuniones intergubernamentales pasaron a desempeñar un papel central en la elaboración de instrumentos destinados a la armonización de las normas aplicables a las relaciones privadas internacionales en el continente. Desde la celebración de la primera CIDIP, en Panamá en 1975, este foro se ha convertido en un espacio privilegiado de producción normativa regional. El legado de las CIDIPs revela un verdadero modelo codificador interamericano, marcado por la adopción de múltiples instrumentos jurídicos —hasta el momento, 26 instrumentos aprobados, entre convenios,

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Raizer, Valesca, Flora Gaspar da Silva e Isabela Tonon da Costa Dondone, A cooperação jurisdicional e as tecnologias de informação e comunicação (TICs) na pauta do Comitê Jurídico Interamericano (CJI), en: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, 2024, Vol. 10, No. 1, DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2526-0219/2024.v10i1.10614, pp. 57–78.

protocolos e instrumentos de *soft law*, como leyes modelo y documentos uniformes. Este conjunto normativo pone de manifiesto la relevancia de las CIDIPs como mecanismo para la construcción de un sistema regional de coordinación jurídica y de desarrollo progresivo del Derecho internacional privado en las Américas.

En este contexto, la CIDIP V se interpreta como parte de un proceso dinámico, caracterizado por impulsos de continuidad y renovación. Operti destaca que el análisis de esta conferencia debe realizarse “en perspectiva”²⁸, es decir, no solo como un evento aislado, sino como una etapa de un recorrido más amplio de consolidación del Derecho internacional privado interamericano. Tal perspectiva revela un sistema que, lejos de agotarse, presenta “renovados impulsos de continuidad y permanencia”, evidenciando la capacidad adaptativa del modelo interamericano ante las transformaciones de la sociedad internacional. La CIDIP V, por lo tanto, se inscribe en un movimiento de actualización metodológica y temática, reflejando la creciente complejidad de las relaciones privadas internacionales.

La evolución reciente de las CIDIPs, especialmente la CIDIP VI, revela una transformación significativa en el modelo de codificación interamericano, marcada por tendencias como la “comercialización”, la “privatización” y el uso creciente de instrumentos de *soft law*, en detrimento del modelo clásico de convenios internacionales. Como destaca Diego P. Fernández Arroyo, este proceso indica un verdadero “cambio de paradigma” en la codificación del Derecho internacional privado, en el que se observa una mayor aproximación a las demandas del comercio internacional, una mayor participación de actores privados y la adopción de técnicas normativas más flexibles y pragmáticas, lo que refleja las transformaciones de la gobernanza jurídica global y regional²⁹.

Silva, Dondone y Moschen afirman que

el protagonismo de las CIDIP se ve cuestionado por la actual gobernanza plural de los espacios de codificación del Derecho internacional privado, que se presenta a partir de una naturaleza multifacética, desterritorializada e impulsada por la participación cada vez mayor de actores fuera del eje estatal/intergubernamental³⁰.

Esto explica la creciente relevancia de instancias como el Comité Jurídico Interamericano en la conducción de procesos de armonización más flexibles y adaptados a las dinámicas digitales y transnacionales.

A pesar de su significativo legado, en las últimas décadas se observa una reducción en la frecuencia de las conferencias y un cambio metodológico hacia instrumentos más flexibles. Este escenario ha suscitado debates sobre el futuro de las CIDIPs y sobre la necesidad de

²⁸ Operti Badán, Didier, La CIDIP V: una visión en perspectiva, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1994, Vol. 1, pp. 15-43, en: <https://11nq.com/n0e5bzd>

²⁹ Fernández Arroyo, Diego, *La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado?*, 2002, en: <https://11nq.com/rvt6qus>

³⁰ Raizer, Gaspar da Silva y Tonon da Costa Dondone, A cooperação jurisdicional..., ob. cit., pp. 57-78.

reconfigurar el modelo codificador interamericano. Aun así, su importancia histórica y estructural sigue siendo innegable, en la medida en que establecieron las bases de un sistema regional de Derecho internacional privado y contribuyeron a la construcción de una cultura jurídica común en las Américas.

E. El Mercosur y la evolución de la cooperación jurídica regional

El Mercosur fue creado por el Tratado de Asunción de 1991, con el objetivo de El Mercosur, creado por el Tratado de Asunción de 1991, con el objetivo de establecer un mercado común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, superó rápidamente su dimensión económica inicial para desarrollar una relevante dimensión jurídica, especialmente en el ámbito del Derecho internacional privado. La cooperación jurídica internacional en el marco del bloque se fue institucionalizando progresivamente mediante la adopción de protocolos y acuerdos destinados a facilitar la circulación de resoluciones judiciales, promover la cooperación entre autoridades nacionales y abordar los conflictos jurídicos transnacionales. Como destaca Didier Operti Badán,

disponemos en el MERCOSUR de los Tratados constitutivos de la Zona de Libre Comercio (Asunción, 1991) y de la Unión Aduanera (Ouro Preto, 1994). No se ha alcanzado el Mercado Común, naturalmente, pero ya tenemos una creciente libre circulación de bienes, servicios y personas, con un arancel (tarifa) externo común³¹.

Scotti y Vieira afirman que el Derecho internacional privado desempeña un papel fundamental en los procesos de integración regional, ya que constituye un instrumento esencial para organizar jurídicamente las relaciones privadas que surgen en el espacio integrado, contribuyendo a la seguridad jurídica y a la efectividad de la integración económica y social³².

Entre los instrumentos más relevantes del Derecho internacional privado del Mercosur se destacan los protocolos orientados a la cooperación judicial internacional. El Protocolo de Las Leñas (1992) regula la cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, estableciendo normas sobre la transmisión de cartas rogatorias, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, la asistencia judicial internacional y la igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros. Se trata de un hito en la cooperación jurídica regional, al crear mecanismos que facilitan el acceso a la justicia y aumentan la previsibilidad de las relaciones jurídicas transnacionales. De manera complementaria, el Protocolo de Ouro Preto (1994) consolidó la estructura institucional del Mercosur y sentó las bases

³¹ Operti Badán, Didier, Derecho internacional: público y privado: A modo de reflexiones adicionales sobre sus relaciones, en: D. Fernández y C. Lima (eds.), *Derecho internacional privado y Derecho internacional público: un encuentro necesario / Private international law and public international law: a necessary meeting / Le droit international privé et le droit international public: un rencontre nécessaire*, Montevideo, CEDEP, ASADIP, Brasilcon, 2011, p. 441.

³² Scotti, Luciana y Luciane Klein Vieira, (eds.), *El Derecho internacional privado del MERCOSUR en la práctica de los tribunales internos de los Estados partes*, Asunción, Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, 2020.

para la producción normativa del bloque, reforzando la dimensión jurídica de la integración y la centralidad del Derecho internacional privado en la gobernanza regional.

Operti profundiza su análisis al afirmar que el Mercosur busca promover la armonización de las respuestas de los Derechos internos de los Estados Parte, especialmente en los ámbitos procesal y contractual, incorporando soluciones innovadoras como las previstas en el Protocolo de San Luis sobre responsabilidad civil por accidentes de tránsito³³, por ejemplo. Así, la cooperación jurídica internacional en el Mercosur se ha institucionalizado progresivamente mediante la adopción de protocolos y acuerdos destinados a facilitar la circulación de resoluciones judiciales, la cooperación entre autoridades nacionales y la resolución de conflictos jurídicos transnacionales.

Además, Operti destaca que el proceso de integración en el Mercosur también implica una profundización institucional y económica, como lo evidencian la consolidación de la unión aduanera y la adopción de medidas orientadas a la financiación de la infraestructura regional. Sin embargo, reconoce que persisten desafíos estructurales, como las asimetrías entre los Estados y las dificultades para la plena implementación de instrumentos como la tarifa externa común.

De este modo, como destaca Didier Operti Badán,

el MERCOSUR ha ingresado con decisión en el terreno del Derecho internacional privado, en algunos casos reproduciendo soluciones de la CIDIP, en otros regulando situaciones no contempladas por esta y en las cuales las aspiraciones del organismo subregional notoriamente se sitúan de forma más próxima a la realidad del comercio y de las propias necesidades de la administración de justicia de los Estados Parte, como lo muestran los convenios celebrados en este ámbito.

Por lo tanto, el MERCOSUR debe entenderse no solo como un proyecto económico, sino como un espacio jurídico en construcción, en el que el Derecho internacional privado desempeña un papel fundamental al estructurar la cooperación, la circulación de decisiones y la armonización normativa, contribuyendo a la efectividad de las relaciones jurídicas transnacionales en la región.

IV. El papel de la sociedad civil en las Américas: la ASADIP

La Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) representa la principal iniciativa de la sociedad civil dedicada al desarrollo del Derecho internacional privado en las Américas, constituyendo una red transnacional de profesores, investigadores y especialistas comprometidos con la promoción de la enseñanza, la investigación y la cooperación jurídica internacional. Su creación está directamente vinculada al contexto de las CIDIPs, lo que

³³ Operti Badán, *Derecho internacional: público y privado...*, ob. cit., p. 442.

refleja la necesidad de ampliar la participación de actores no estatales en el proceso de construcción normativa regional. En este escenario, la ASADIP surge como un espacio calificado de diálogo académico e institucional, contribuyendo a la consolidación de una cultura jurídica regional basada en la circulación de ideas, la comparación de sistemas jurídicos y la búsqueda de soluciones comunes a problemas transnacionales³⁴.

La labor de la ASADIP es particularmente relevante en la construcción de una cultura jurídica “glocal”, al articular las dimensiones locales y globales del Derecho internacional privado. Mediante la organización de conferencias académicas, la elaboración de estudios y la difusión de información sobre legislación y jurisprudencia, la asociación fortalece la cooperación jurídica internacional y promueve el acceso a la justicia en contextos transfronterizos³⁵. En este ámbito, destacan los Principios ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS)³⁶, elaborados por juristas como Diego P. Fernández Arroyo, Alejandro M. Garro, Eduardo Vescovi, Claudia Madrid Martínez y Javier Ochoa Muñoz, que representan un hito en la armonización del Derecho internacional privado regional, especialmente a través de instrumentos de *soft law* orientados a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Además, la ASADIP desempeña una función estratégica como puente entre la sociedad civil y organismos intergubernamentales, como la Organización de los Estados Americanos y la Conferencia de La Haya, contribuyendo a la formulación de respuestas jurídicas a los desafíos transnacionales contemporáneos. En este proceso, destaca la contribución de Didier Operti Badán, cuya labor ha sido reconocida institucionalmente mediante su mantenimiento en la Presidencia de Honor de la asociación. Dicho reconocimiento pone de manifiesto no solo la continuidad de su liderazgo académico, sino también la importancia central de su contribución al desarrollo del acceso transnacional a la justicia y al fortalecimiento de un sistema de Derecho internacional privado más inclusivo, dinámico y plural en las Américas.

Conclusión

El análisis de la arquitectura jurídica del Derecho internacional privado en América Latina revela un panorama de profunda transformación, en el que la tradicional separación entre Derecho internacional público y privado resulta cada vez más insuficiente para explicar la complejidad de las relaciones jurídicas contemporáneas. A partir de las reflexiones del profesor Didier Operti Badán, se pone de manifiesto que el desafío no reside en la coexistencia de ambas ramas, sino en la forma en que se estructuran, se comprenden y se ponen en práctica en el plano teórico e institucional.

³⁴ Ver Raizer y Lopes, Los roles de la OEA y de la ASADIP..., ob. cit.

³⁵ Raizer y Lopes, Los roles de la OEA y de la ASADIP..., ob. cit.

³⁶ ASADIP. Principios de la ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (TRANSJUS), 2016. Disponible en: <https://sl1nk.com/axb1g1r>. Consultado el 26 de marzo de 2020.

En este contexto, la creciente interdependencia entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado, derivada de fenómenos como la globalización, la intensificación de la cooperación jurídica internacional y la multiplicación de actores no estatales, exige un enfoque más integrado y dinámico de ambas disciplinas. El reposicionamiento del individuo como sujeto central del Derecho internacional, aliado a la centralidad de los derechos humanos, refuerza esta convergencia, atribuyendo al DIPr una función que trasciende su dimensión técnica tradicional, para asumir un papel relevante en la promoción de la justicia y en la regulación de las relaciones transnacionales.

La trayectoria histórica latinoamericana, marcada por iniciativas pioneras de codificación y armonización normativa—como los Tratados de Montevideo, el Código de Bustamante y las CIDIPs— demuestra la construcción de una identidad jurídica regional comprometida con la cooperación y la seguridad jurídica. Más recientemente, la actuación de organismos como el Mercosur y la ASADIP pone de manifiesto la adaptación de este modelo a un escenario de pluralismo normativo, con un uso creciente de instrumentos flexibles y la participación de actores de la sociedad civil.

Se concluye, por lo tanto, que el Derecho internacional privado asume una posición estratégica en la gobernanza jurídica contemporánea, actuando como espacio de articulación entre normas públicas y relaciones privadas transnacionales. Su evolución apunta a la necesidad de una reconstrucción teórica y metodológica de la disciplina, orientada por valores como la dignidad humana, el acceso a la justicia y la efectividad de las relaciones jurídicas en el contexto regional y global. En este recorrido, la contribución de Didier Operti Badán resulta fundamental, al proponer una lectura integradora y funcional del Derecho internacional, en la que la distinción entre sus ramas no constituye un obstáculo, sino un punto de partida para una comprensión más coherente, cooperativa y orientada a la realización concreta de la justicia en las relaciones transnacionales.

Nuevos derechos para una nueva era

Ruben B. Santos Belandro*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 289-306.

Resumen

Este artículo examina los desafíos jurídicos que plantea la colonización espacial como fenómeno inminente, proyectando sobre ese escenario inédito la experiencia acumulada por el Derecho en la Tierra. El autor parte del *corpus iuris spacialis* vigente, integrado por instrumentos de *soft law* y *hard law* adoptados desde 1963, para mostrar que ese conjunto normativo, adecuado para una fase puramente exploratoria, resultará insuficiente cuando la presencia humana en el espacio adquiera carácter permanente. Con ese horizonte, el trabajo examina dos experiencias históricas de colonización, la griega y la española, extrayendo lecciones aplicables al futuro emprendimiento cósmico: de la primera, el modelo de comunidad autónoma sin dominación imperialista; de la segunda, la advertencia sobre los riesgos del extractivismo y la brecha entre norma y realidad. Sobre esa base, el autor propone una arquitectura jurídica de cuatro niveles: un Derecho público cósmico y un Derecho privado cósmico para la vida interna de cada colonia; un Derecho privado intragaláctico para regular las relaciones entre colonias; y un Derecho privado intergaláctico para el eventual contacto con seres racionales no humanos. A lo largo del recorrido se subraya el aporte que el Derecho internacional privado puede ofrecer al diseño de ese nuevo ordenamiento jurídico sideral.

Abstract

This article examines the legal challenges posed by space colonization as an imminent phenomenon, projecting onto this unprecedented scenario the experience accumulated by law on Earth. The author begins with the existing corpus iuris spacialis, comprising soft law and hard law instruments adopted since 1963, to show that this normative framework, adequate for a purely exploratory phase, will prove insufficient once permanent human presence in outer space becomes a reality. Against this backdrop, the article examines two historical colonization experiences, the Greek and the Spanish, drawing lessons applicable to the future cosmic enterprise: from the former, a model of autonomous community free from imperialist domination; from the latter, a warning against the risks of extractivism and the gap between legal norms and their effective application. On this basis, the author proposes a four-level legal architecture: a cosmic Public Law and a cosmic Private Law to govern the internal life of each colony; an intragalactic Private Law to regulate relations between colonies; and an intergalactic Private Law for the eventual contact with non-human rational beings. Throughout, the article highlights the contribution that Private International Law, with eight centuries of experience managing cross-border private situations, can make to the design of this new sidereal legal order.

Palabras clave

Derecho espacial. Colonización espacial. Derecho privado cósmico. Derecho privado intergaláctico.

Keywords

Space Law. Space colonization. Cosmic Private Law. Intergalactic Private Law.

Sumario

I. Antecedentes. II. Desarrollo de la colonización espacial. Algunas referencias históricas previas. III. La colonización griega. IV. El sistema colonial español. V. Balance de estas dos experiencias históricas ante los nuevos emprendimientos. A. Varios Derechos públicos cósmicos. B. Varios

* Ex Profesor de Derecho Internacional Privado en Régimen de Dedicación Total y ex Profesor de Derecho Extranjero y Comparado. Miembro *ad honorem* del Instituto de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho. Universidad de la República. Montevideo. Uruguay.

Derechos privados cósmicos. C. Uno o varios Derechos privados intragalácticos. D. Uno o varios Derechos privados intergalácticos.

I. Antecedentes

Habitualmente se suele citar la fecha 4 de octubre de 1957 como el comienzo de la carrera espacial, debido al lanzamiento por la URSS del primer satélite artificial: el Sputnik 1. Si bien puede pensarse que a dicho momento se *oficializó* la carrera espacial, esta carrera hacia ya mucho tiempo que se estaba desarrollando en los laboratorios y en los centros de lanzamiento de cohetes. Las dos grandes potencias del momento: los EUA y la URSS tuvieron la política de captar —luego de finalizada la segunda guerra mundial— a científicos alemanes, para apoyar sus esfuerzos en investigación espacial: los EUA al científico Wernher von Braun, y la URSS, entre otros, a Helmut Grottrup. Sin el aporte científico alemán, esta carrera hubiera demorado mucho tiempo más en desarrollarse.

¿Significó el comienzo de un Derecho dedicado al espacio como el ámbito de su actuación? Claramente no, pero desde ese momento, ante una posibilidad de la presencia futura del hombre en el espacio (que ocurriría poco tiempo después), urgió emprender la tarea de crear aquellas normas esenciales para regir la conducta humana en el espacio ultraterrestre. Como hemos mencionado en otras oportunidades, ello se produjo mediante la confección de normas lábiles, fluidas, blandas, lo que hoy se denomina *soft law*; y un grupo de normas de *hard law*, representada por Tratados y Acuerdos internacionales. Todo lo cual fue conformando un verdadero Código del Espacio con características muy peculiares, de las cuales la más importante, es la aceptación por todos los Estados integrantes de la ONU, de que estaríamos ante un espacio sin soberanía.

Ante estos acontecimientos tan relevantes, la Humanidad dejará de ser exclusivamente terrestre, para transformarse en una especie multiplanetaria. Cocca expresa que “conviene volver la mirada al panorama que se ofrece ante la expresión “cuarta dimensión jurídica”, la cual reducida a términos simples y llevada al campo de las realizaciones prácticas, considera que es una “dimensión Humanidad”. En tal sentido,

el Derecho trasciende su carácter nacional e internacional cuando es proyectado hacia el espacio, para advenir una categoría superior, comprensiva de toda la Humanidad, incluso por encima de las organizaciones internacionales. Resulta ser una versión más moderna del Derecho natural que parte, no de la existencia del hombre individual, sino del reconocimiento de facultades inalienables a la Humanidad misma, que tiene su más alta expresión en la función planetaria¹.

¹ Cocca, Aldo Armando, Tres cuestiones en Derecho espacial: cosmonautas, vehículos y cuerpos celestes, en: *Revista Aequitas*, 1965, Vol. 6. No. 6. p. 354-393.

Cocca plantea el corolario de esta afirmación: ¿se le reconoce a la Humanidad la facultad de dictar normas jurídicas que deban regir más allá de nuestro planeta? El especialista argentino responde que, esa facultad de dictar normas jurídicas es plena en el “espacio territorial”, o sea, el comprendido entre la superficie de la Tierra y la órbita de la Luna, y se extiende a los cuerpos celestes que no estuvieren habitados u ocupados (en tal caso, habrá que esperar a estar frente a qué clase de seres inteligentes entraremos en contacto). Finalmente, considera que “las facultades de la Humanidad deben ser ejercitadas por un órgano creado especialmente, con participación de todos los pueblos de la Tierra, donde no prevalezcan los intereses políticos particulares de Estado alguno”².

Entonces, una vez iniciada la carrera espacial fue necesario crear nuevas soluciones, para asegurar un lugar al hombre en el espacio, porque cuando éste se encamina a explorarlo, el Derecho debe evolucionar junto con él³. Por tanto, y cerrando estas reflexiones, ha sido necesaria la creación de un nuevo Derecho, al que denominaremos Derecho espacial o Derecho del espacio ultraterrestre que, por el momento, claramente es un Derecho terrestre o terrícola (los términos no siempre pueden encajar adecuadamente ante una nueva realidad), en cuanto su fuente está en las legislaciones nacionales y en las normas convencionales que los Estados han dictado o convenido al respecto.

Se ha dicho que “el hombre ha sido sobrepasado por la técnica: por lo general, el Derecho internacional cósmico debería estudiarse con una mentalidad nueva, crear instituciones que respondan a las necesidades del tiempo actual”. Seara considera que

es necesario construir una teoría general del Derecho del espacio y de los cuerpos celestes, estudiando los temas cuya aparición puede prever. (...) El hombre, excedido por la técnica, tiene una mentalidad de por lo menos 300 años de retraso respecto de la realidad presente y ha tenido por efecto, que las instituciones se hayan vuelto caducas. En tanto no haya una adaptación de los órdenes moral y jurídico a las nuevas circunstancias, una amenaza terrible pesará sobre la Humanidad⁴.

Las denominaciones del nuevo fenómeno jurídico que han pretendido prevalecer, han sido extremadamente numerosas: Derecho astronáutico, Derecho del espacio, Derecho cosmo-

² “Para concluir, las Resoluciones adoptadas hasta el presente por la ONU pecan de no pocas imperfecciones, como se ha destacado repetidas veces, sobre todo la invocación a la carta de la ONU que, como se sabe, es un instrumento jurídico muy imperfecto, además de ser un documento fijo, que no puede ser llevado al espacio sin una modificación muy importante, por lo que importaría la confección de otro instrumento internacional”. Cocca, Tres cuestiones..., ob. cit., p. 392.

³ Seara Vázquez, Modesto, *Introducción al Derecho internacional cósmico*, México, UNAM, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, 1961. Velázquez Elizarrarás, Juan Carlos, El Derecho del espacio ultraterrestre en tiempos decisivos: ¿gestaltalidad, monopolización o universalidad?, en: *Anuario Mexicano de Derecho internacional*, 2013, Vol. XIII. pp. 583 ss., especialmente p. 591.

⁴ Seara Vázquez, *Introducción al Derecho internacional cósmico*..., ob. cit.

náutico, Derecho cósmico, Derecho eternáutico, Derecho sideral, intersideral o interastral, Derecho satelitario, Derecho extraterrestre, Derecho ultraterrestre, Derecho interplanetario, Derecho internacional del espacio, Derecho espacial y Derecho universal⁵.

Hay diferencias en cuanto a las características que debe tener el Derecho espacial, así Nadia Rodríguez considera que

las características del Derecho espacial son: internacionalidad, dinamismo, integralidad, universalidad y autonomía. Y esto porque, *primero*, la internacionalidad emana del hecho de que las actividades espaciales se despliegan fuera del espacio territorial de los Estados en particular. *Segundo*, es dinámico, porque el Derecho espacial se encuentra en constante cambio, por lo que requiere que sus normas estén en constante adaptación. *Tercero*, es integral debido a que se alimenta de las demás ramas del Derecho y de otras disciplinas científicas, con las cuales guarda relación. *Cuarto*, es autónomo, aun en forma relativa, porque es particular su ámbito de aplicación, pero siempre manteniendo, como se dijo, relaciones con otras ramas. Y, *por último*, es universal, porque la exploración científica y sus avances han brindado una uniformidad en el campo internacional que ha favorecido el impulso de un régimen jurídico internacional, movido por la ONU⁶ (cursivas en el original).

Una de las definiciones de lo que entendemos por Derecho espacial, puede ser la aportada por Velázquez Elizarrarás, quien lo considera como

un conjunto de principios y de reglas que ordenan las condiciones en que debe desenvolverse la exploración, uso y explotación del espacio y de los cuerpos celestes, los vehículos que por ellos circulan o se estacionan, el personal responsable de su tripulación y las relaciones jurídicas que surjan como consecuencia de tales actividades⁷.

Por lo explicado, por el momento el Derecho espacial es un Derecho específico, aún no autónomo. Esto último acontecerá cuando la vida en el espacio sea algo natural. “Y —agrega— no puede aplicarse a aquellos cuerpos celestes que presenten signos de vida racional”⁸.

Al día de hoy, la producción normativa puede considerarse abundante, seguramente ello se debió al vacío jurídico que era necesario colmar y a no quedar demasiado desfasado ante las grandes innovaciones tecnológicas. Veamos los instrumentos de *soft law* y de *hard law* que han ido apareciendo desde el año 1963 en adelante:

- (1963) Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados, en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre.
- (1967) Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes.
- (1968) Acuerdo sobre el salvamento y la devolución de astronautas y la restitución de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.

⁵ Por el significado de cada una de las denominaciones puede acudir a: Álvarez Hernández, José Luis, *Derecho espacial*, México, Porrúa, 2006.

⁶ Rodríguez, Nadia Vanessa, *Diagnóstico del Derecho espacial y sus implicaciones jurídico-comerciales: el mercado espacial*, San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. 2011, p. 64.

⁷ Velázquez Elizarrarás, El Derecho del espacio..., ob. cit., p. 590.

⁸ Cocca, Tres cuestiones en Derecho espacial..., ob. cit., p. 379. Rodríguez, *Diagnóstico del Derecho espacial*..., ob. cit., p. 64.

- (1992) Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales.
- (1975) Convenio sobre el registro de objetos lanzados al espacio ultraterrestre.
- (1979) Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.
- (1982) Principios que han de regir la utilización por los Estados, de satélites artificiales de la Tierra, para las transmisiones internacionales directas por televisión.
- (1986) Principios relativos a la teleobservación de la Tierra desde el espacio.
- (1992) Principios pertinentes a la utilización de fuentes de energía nuclear en el espacio ultraterrestre.
- (1996) Declaración sobre la cooperación internacional en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, en beneficio e interés de todos los Estados, teniendo especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.
- (1998) Acuerdo entre el gobierno de Canadá, los gobiernos de los Estados miembros de la Agencia espacial europea, el gobierno de Japón, el gobierno de la Federación Rusa y el gobierno de los Estados Unidos de América relativo a la cooperación sobre la Estación Espacial Civil Internacional (IGA).

Lo expuesto conformaría un verdadero *corpus iuris spacialis* con varios objetivos. El *primero* y esencial, consiste en imposibilitar una conquista desenfrenada del espacio ultraterrestre, que pudiera ocasionar la primacía del gobierno de la fuerza del Estado que sabe más, del que tiene mayor poder económico, con una incidencia directa sobre la Tierra, puesto que se vería muy frágil ante puestos militares aposentados en el espacio, vigilándola y controlándola. Por el momento, esta amenaza se ha conjurado, al declarar los Estados, de común acuerdo, que el espacio extraterrestre es un espacio sin soberanía y que le “pertenece” a la Humanidad toda, a todos los humanos más allá de cualquier otra distinción que pueda realizarse respecto de estos últimos. El *segundo* objetivo consiste en acantonar las actividades realizadas en dicho ámbito al puramente científico y de investigación. Y el *tercero*, que los beneficios económicos que puedan obtenerse en dicho espacio deberían ser distribuidos entre todos los Estados, privilegiándose a los países en desarrollo, por lo que sería, por tanto, un espacio socializado.

II. Desarrollo de la colonización espacial. Algunas referencias históricas previas

La colonización del espacio será, sin duda, uno de los retos más portentosos que enfrentará la Humanidad, por todo lo que ello significa desde el punto de vista sociológico, económico, político, jurídico y de la propia evolución de la civilización humana y hasta de la misma especie. Podríamos citar como un símil, las dificultades padecidas por el hombre de la prehistoria, quien tuvo que refugiarse en cavernas, como forma de protegerse ante el ataque de los grandes y feroces animales contemporáneos y del clima que lo castigaba. ¿Qué tenía en ese

momento? Muy poca cosa, fundamentalmente el uso del fuego como arma defensiva y como aprendizaje para elaborar elementos cocidos, lo que aumentó su inteligencia, y algunas herramientas de sílex y poco más. En sus momentos de tranquilidad, tuvo tiempo para el arte y la invocación de fuerzas sobrenaturales para que lo ayudaran, pintando en la roca los animales con los que vivía cotidianamente y afirmando su identidad imprimiendo sus manos en su superficie. En ese momento, la desproporción entre las fuerzas humanas y el entorno que lo rodeaba era abismal.

Al día de hoy, nos encontramos ante la misma situación: la navegación por el espacio cósmico permite aproximarlos a la cueva prehistórica: el humano se encuentra encerrado en una cápsula muy reducida y fuertemente presurizada. Es cierto que es inmedible la diferencia de la inteligencia del *homo sapiens* actual con el anterior, ya que al día de hoy cuenta con una evolución mental y con el desarrollo de la denominada inteligencia artificial; pero, si comparamos la relación de fuerzas con el espacio extraterrestre, ésta es tan desproporcionada, como la del hombre prehistórico que solo tenía algunas herramientas de sílex.

Ello nos convoca a reflexionar acerca de cómo será esa colonización espacial. Y muchas de estas enseñanzas podemos extraerlas de las muy numerosas colonizaciones pasadas que existieron en todo el mundo, aunque por razones de espacio, nos limitaremos a dos ejemplos occidentales: la colonización griega y la colonización española, tan diferentes entre sí, pero que permiten visualizar los aciertos y los yerros en el emprendimiento cósmico que se han cometido en el pasado, para no volverlos a cometer en el futuro. Vayamos, entonces, a un muy breve análisis de los fenómenos sociales antes citados.

III. La colonización griega

Hacia el s. VIII AC las diferentes poleis griegas ya estaban constituidas, con sus espacios demarcados y sus instituciones en funcionamiento. Pero comenzaron a experimentar dos graves problemas: por un lado, la superpoblación que no permitía satisfacer las necesidades de sus habitantes y, por el otro, un aumento de la pobreza de una parte importante de la población debido, quizás, a que existía una élite de terratenientes que acaparaban las mejores tierras. Se temió, entonces, un estallido social. En las diferentes poleis fue prevaleciendo la idea de que, para mantener el equilibrio socio-económico había que reducir el número de habitantes de cada polis. Se pensó que, mediante la creación de nuevas poleis, la población sobrante pudiera poseer tierras y prosperar. Además de estos dos elementos que afectaban a las poleis, es también bien conocida la presencia de facciones que luchaban entre sí por el gobierno de ciudad, y una forma de eliminar las confrontaciones era liberarlas mediante el establecimiento de nuevos enclaves humanos organizadas por los disidentes. La aventura a emprender no era tan complicada, pues el mar para los griegos era la vía natural de comunicación y los comerciantes ya conocían el Mediterráneo casi a la perfección.

Es importante destacar el hecho de que la colonización no se realizó con una finalidad imperialista, ya que el único elemento que unía a la polis con la metrópolis fue la práctica común de ciertos cultos religiosos. Cabe citar a Tucídides (1.34) cuando los habitantes de Corcira les dicen a los corintios: “que se enteren de que toda colonia, cuando es bien tratada honra a su metrópolis, y cuando es ultrajada cambia de conducta, pues los colonos son enviados no para ser esclavos de los que se quedan, sino sus iguales”. Se trataba, además, de una partida sin retorno, en varias ocasiones ante las dificultades y el miedo a las acechanzas, los emigrantes decidían volver a su metrópolis, pero fueron apedreados para que no desembarcaran y no regresaran nunca más. Con la partida, entonces, se producía una ruptura social.

Es interesante relatar el proceso de la colonización griega: cuando la metrópolis decidía la fundación de una nueva polis, se nombraba (por las autoridades, por los propios colonos o por la misma persona) a un *oikistés*, quien tendría el mando de la expedición, aun cuando podría haber varios *oikistés* si la expedición contaba con habitantes de varias poleis. Siempre se partía con el respaldo de un oráculo. Los integrantes de la expedición eran reclutados mediante un porcentaje previamente fijado de la población, o la entrega forzada de un hijo adolescente por sorteo, bajo pena de muerte en caso de desobedecer, pero también se complementaba con reclutas voluntarios que querían experimentar nuevos horizontes.

La expedición se componía fundamentalmente de hombres, con raras excepciones de mujeres, generalmente la esposa del *oikistés* y alguna sacerdotisa; un elemento importante a destacar, ya que la necesidad de pareja de los colonos condujo a una integración con las poblaciones locales cercanas a la nueva polis, que les suministraban las mujeres necesarias. Al llegar al sitio seleccionado, por lo general acordaban pactos con las poblaciones locales vecinas, con la finalidad de mantener una relación pacífica y un intercambio fructífero, así, por ejemplo, la nueva polis suministraba a las poblaciones vecinas: vino, objetos de metal como armas o herramientas y vajilla cerámica y recibía a cambio materias primas⁹.

El cargo de *oikistés* era importante, ante todo, porque generalmente conocía el terreno donde iban a asentarse para fundar la ciudad, pero, además, al morir era considerado un héroe que recibía culto, venerado por las generaciones subsiguientes; y su tumba era colocada en un lugar importante como un elemento de identidad. Una vez asentados se comenzaba a dividir las parcelas de tierra, a crear las nuevas instituciones y a dictar las primeras leyes, generalmente muy similares a la de la Madre Patria. No fue infrecuente, empero, que los habitantes de las nuevas poleis comenzaran a adolecer del mismo problema de la metrópolis que los expulsó, frente a lo cual, repitieron la conducta de fundar nuevas poleis para los habitantes excedentes o

⁹ Se dio, incluso, el caso de ciudades dobles, cuando al fundar la polis, los pobladores vecinos decidían vivir juntos con los nuevos habitantes en la misma polis, dividida por un muro, por temor ante algunos enemigos. Ese muro con el tiempo fue eliminado, fortaleciéndose la integración humana.

disidentes¹⁰. En síntesis, este fue el medio empleado por la Grecia de los s. VIII AC y siguientes, que fortaleció el proceso expansivo del mundo griego,

que se basó durante una buena parte de su historia, no en un modelo de tipo imperialista y con fines imperialistas, sino que se asentó en las necesidades de las gentes que vivían en la polis, de buscar nuevas formas de vida, debido a los problemas de base que el propio sistema de la polis tendía a generar¹¹.

IV. El sistema colonial español

Como es conocido, la economía colonial española se caracterizó por actividades productivas de tipo extractivo de los recursos naturales y su envío a la metrópolis, contribuyendo así al desarrollo industrial de esta última. Existía un monopolio del comercio con las colonias, ya que éstas solo podían comerciar con la metrópolis y no con terceros e, incluso, estaba prohibido hacerlo entre sí. Era una economía pensada para beneficiar a la metrópolis y no a las colonias. ¿Cuál fue la causa de la colonización? La respuesta parece clara: para España, la búsqueda de nuevos territorios para obtener nuevos recursos, ante una feroz competencia con las otras potencias del momento: la inglesa, la francesa y la holandesa. La colonización consistió en la ocupación militar y el control político, social y económico de los territorios colonizados, con una fuerte influencia de la religión. Con este sistema, España experimentó un rápido e inmenso enriquecimiento, constituyéndose en uno de los imperios más vastos del mundo, con una superficie total en el s. XVIII, de 20 millones de kilómetros cuadrados.

En vista de lo dicho, el colonialismo adquirió un nuevo contenido conceptual, ya que a ese momento

se entiende por colonialismo, la forma de relación de dominación política, social y económica, que existe entre una potencia extranjera (la metrópolis) y otros países considerados periféricos, los cuales son explotados por la potencia y pasan a llamarse “colonias” (...) Esa dominación es impuesta directamente y a la fuerza, generalmente mediante ocupación militar (conquista) e imposición de autoridades provenientes de la metrópolis. Mediante el colonialismo, las potencias militarse se adueñan de las tierras y los recursos econó-

¹⁰ Puede consultarse más ampliamente, el trabajo anónimo: *La colonización griega*. Histórico Digital. “Aunque el resultado sea la creación de una ciudad independiente de la metrópolis, donde se rompen los vínculos políticos con la comunidad, seguirán existiendo algunos vínculos con la metrópolis. Es esperable que, si una colonia tenía problemas, la metrópolis acudiera en su ayuda. Son aliados naturales, pero como ciudades soberanas e independientes que son. (...) Cuando se llevan a cabo estas relaciones, hay que entenderlo desde el punto de vista de una relación de parentesco entre ambas, lo cual establecería ese surgimiento de alianzas. Es decir, son entidades independientes, pero que tienen una relación de sangre. Por tanto, la relación entre colonias y metrópolis viene dada por una relación de lealtad que tiene su base en la historia común entre ambas. (...) Podemos encontrar el caso de Siracusa, la cual, a pesar de ser una colonia independiente, acude a esta última como madre suya, para pedir ayuda e intercesión ante Esparta. (...) Dentro de esta concepción, de si estamos ante colonias o no, para hablar de estos asentamientos, (...) si no queremos usar la palabra colonia, tenemos que hablar de asentamientos permanentes, por ejemplo”. Castillo Pérez, Francisco Manuel, *Los griegos en el Mediterráneo antiguo: comercio y colonización*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid.

¹¹ Iglesias Ponce de León, Ma. Josefá, Rogelio Valencia Rivera y Andrés Ciudad Ruiz, Nuevas ciudades, nuevas patrias. Fundación y relocación de ciudades en Mesoamérica y el Mediterráneo antiguo, en: *Sociedad Española de Estudios Mayas*, 2008, No. 8, p. 328.

micos de los territorios colonizados. Al mismo tiempo, (se someten) a sus habitantes originarios a una condición de subalternidad, o sea, de discriminación y sometimiento cultural, social y político. (...) Esencialmente, se trata de potencias en crecimiento, con un notorio poderío militar o tecnológico, que requieren de mayores insumos y nuevos materiales para poder continuar su crecimiento. Por tanto, deciden arrebatárselos de manera sostenida a otras naciones más débiles¹².

Mucho se ha hablado del avasallamiento cultural y humano que trajo aparejada la conquista española; sin embargo, algunos analistas han mostrado el lado humano de esta conquista, en cuanto “los indios fueron considerados para el Derecho indiano, personas con derechos, en condiciones de igualdad con los españoles de la península. En ese sentido, las Leyes de Indias, bien pueden considerarse como un primer y valioso antecedente jurídico de los derechos humanos”. Entre los siglos XVI y XVIII se dictaron alrededor de un millón de leyes, decretos, pragmáticas sanciones, resoluciones, reales cédulas, etc.¹³.

En el Derecho indiano se aprecia un casuismo acentuado; una tendencia asimiladora y uniformadora, en la que la legislación a dictarse debía asemejarse lo más posible a la de Castilla. Pero, debido a la enorme distancia entre colonias y metrópolis, la legislación fue paulatinamente cambiando y diferenciándose. Adolecía de una gran minuciosidad reglamentaria, donde los monarcas españoles trataron de conservar todas las riendas de un mundo tan grande, amplio y lejano, dotando a la legislación dictada, de un profundo sentido ético y religioso. Grenni comenta que la legislación tuvo su origen en tres ámbitos distintos: en el Derecho indígena propiamente dicho, (con el deber de los españoles de respetar su vigencia en tanto no se opusiera a la religión católica) y a las nuevas reglas imperantes; un Derecho especial para las Indias, basado fundamentalmente en la ley y la costumbre; y el Derecho de Castilla que adquiere vigencia en América con carácter subsidiario. Agrega que, “el contacto de la tradición jurídica española con la realidad americana, producirá un reajuste de las instituciones peninsulares al nuevo ambiente creado”¹⁴.

En comparación, la legislación española tuvo aspectos más humanos que la de otras potencias de la época. Las Instrucciones de Granada de 1501, expresaban que

primeramente, procuraréis con mucha diligencia, las cosas al servicio de Dios. Porque Nos deseamos que los indios se conviertan a nuestra Santa Fe católica y sus almas se salven. Tendréis mucho cuidado de procurar, sin hacerles fuerza alguna, cómo los religiosos que allá están, los informen y amonesten para ello, con mucho amor. Otro sí: procuraréis como los indios sean bien tratados y puedan andar seguramente por toda la tierra y ninguno les haga fuerza, ni los roben, ni hagan otro mal, ni daño. Si los caciques conocen algún abuso, que os lo hagan saber, porque vos los castigaréis.

¹² Ver coderhouse.com.uy

¹³ Grenni, Héctor, *Las “Leyes de Indias”: un nuevo intento por considerar a los indígenas como personas con derechos*, El Salvador, REDICCES, 2013.

¹⁴ Grenni, *Las “Leyes de Indias”* ..., ob. cit.

Como puede apreciarse, desde la monarquía hay un intento de velar por los derechos de los aborígenes mirándolos como personas.

Estas recomendaciones, sin embargo, a diez mil kilómetros de distancia de la metrópolis (si bien) pudo remediar algunos de los abusos de la primera hora, no provocó un cambio sustancial en la situación de los aborígenes en las colonias. La catástrofe demográfica de La Española —en la primera mitad del siglo XVI— que provocó que de los 100 mil a 200 mil indígenas, o quizás un millón, solo quedaran unos 10 mil en 1517, probablemente prueba que los malos tratos continuaron.

En 1542 se suprimieron las encomiendas, el mayor de los males del sistema, pero la medida se haría efectiva, a partir del fallecimiento de los encomenderos¹⁵.

Grenni concluye afirmando que

aunque el intento fue una cosa y la realidad otra y, se cometieron abusos que trascendieron lo imaginable hasta el punto que podría decirse que, en muchas oportunidades, el Derecho indiano fue letra muerta, esta legislación contiene ya, en germen, muchos elementos que pueden citarse como antecedente de los derechos humanos y de las personas¹⁶.

V. Balance de estas dos experiencias históricas ante los nuevos emprendimientos

Ciertamente, no es correcto realizar una interpretación sincrónica de fenómenos que son diacrónicos. Pero, del examen de cada uno de los dos examinados con anterioridad, pueden extraerse algunas enseñanzas para no cometer errores en la colonización del espacio. Los avances realizados hasta ahora proclaman con énfasis que estamos ante actividades de carácter científico, dedicadas principalmente a conocer el espacio extraterrestre. Pero no podrá ser siempre así, no se trata de conocer por conocer, sino de conocer para trasladar parte de la Humanidad a vivir al espacio cósmico, lo cual significa que las actividades actuales son un simple, pero indispensable escalón, para llegar a una civilización humana multiplanetaria; o, si la finalidad será puramente extractiva, para traer a la Tierra minerales y agua. Mucho me temo que detrás de posturas humanistas y altruista se oculta en el fondo, un feroz y frío extractivismo que aguarda el momento para actuar, a semejanza de la colonización española. Por tanto, sea en un lapso de 20 años, de 50 o de 100, poco importa, antes de tal concreción debemos saber cómo se organizará esa exploración y conquista del espacio, cómo serán las relaciones con la Tierra Patria, con

¹⁵ “La segunda cuestión que se planteaba era mucho más profunda, de tinte jurídico, y se sitúa en el ámbito del Derecho natural. Si los aborígenes eran ‘personas’, que tenían alma, tenían los mismos derechos que los habitantes españoles de la península y no solo no podían ser esclavizados, sino que podían participar en las decisiones, de la misma manera que los otros súbditos de la Corona. Por tanto, podían poseer tierras, tributar, decidir en cuestiones comunales, conquistar, ejercer cargos públicos, etc. Esto replanteaba hasta la misma razón de ser de la conquista. Pero, además, situaba la discusión en un ámbito más alto: el de los derechos humanos y la igualdad de las personas de todo el mundo. Si los aborígenes americanos eran persona, Europa dejaba de ser el centro del mundo, porque la historia podía escribirse también desde allí. (...) Con posterioridad a la Recopilación de 1680 los tratadistas indios establecieron las siguientes reglas básicas de aplicación del Derecho de Indias: a) el Derecho natural prima sobre el positivo; b) la costumbre con ciertos requisitos prima sobre la ley; c) la ley posterior corrige a la anterior; la ley dictada para un caso se extiende a los análogos; y e) la ley especial prima sobre la general”. Grenni, *Las “Leyes de Indias”*..., ob. cit.

¹⁶ Grenni, *Las “Leyes de Indias”*..., ob. cit.

las relaciones entre las diferentes colonias y, si fuere necesario, con los seres racionales con los que los *homos sapiens* puedan enfrentarse, y también con los menos racionales.

No desdeñamos las particularidades del éxodo humano que hará de producirse hacia el cosmos y las particularidades muy especiales de las que estará dotado, pero nuestra civilización puede evitar, si lo desea, aquellos yerros en los que han caído civilizaciones anteriores en nuestro planeta.

De la expansión migratoria y con ello de la cultura griega podemos rescatar algunos datos importantes. Uno de ellos, puede ser la presión demográfica interna que padecía cada ciudad griega, en cuanto adherida al concepto de “ciudad-Estado”, limitada geográficamente, no era favorable a un crecimiento indefinido. Otro, es que si bien se mantenían ciertos vínculos entre la metrópolis y la polis, principalmente de culto, esta última se creaba como independiente y soberana, aun cuando hubiera recibido de la ciudad natal, como así ocurrió, la financiación para la expedición. Otro más fue, que consistió en una emigración masculina. Finalmente, se elegían zonas que, si bien eran aptas para el desarrollo agrícola, eran zonas pobladas, pero sin un deseo imperialista, sino más bien, de cooperación y de la necesaria integración, ante la ausencia del género femenino en la expedición.

De la creación del imperio español puede extraerse algunos datos interesantes. Como todos sabemos, se partió de una confusión: ante el deseo de encontrar Las Especierías, se creyó que se había llegado a la remota Catay, cuando en realidad se comprobó mucho después, que se trataba de un nuevo continente el cual, además, estaba poblado por más de 40 millones de habitantes, con una sólida y muy desarrollada cultura. Lamentablemente entre la normativa y la realidad hubo un abismo: los miles de reglas aprobadas partían de la metrópolis, ésta canalizaba el comercio de forma unilateral con sus reinos o provincias (como generalmente se los denominaba), ejerciendo un monopolio que hoy no es compartible. Hubo un choque de civilizaciones y de religiones, y los derechos humanos que el Rey español determinaba que debían reconocérseles a los indígenas, no fueron respetados por los encomenderos, los que llevó a poderosos reclamos de los frailes dominicos Antonio de Montesinos y Bartolomé de las Casas, éste último obispo de Chiapas, sin éxito en la realidad. La distancia marcó una impotencia real por propiciar un régimen más justo, sobre un plano de igualdad entre indígenas y españoles. En los hechos y en líneas generales, la actitud española fue de dominio y de aculturación, al obligar a los indígenas a practicar la religión católica.

En primer lugar, estas reflexiones pueden ser aprovechables para una colonización espacial. Además, habría que distinguir si ella se desarrolla en la superficie de algún planeta o de un modo subterráneo o, si estamos en presencia de una colonia “suspendida” en el espacio. La forma de regulación de cada una de estas tres situaciones debe ser bien distinta, ante la diferente configuración y limitaciones que puedan acontecer en cada caso. Es posible que, si el aposen-

tamiento se realiza sobre un planeta pueda implantarse algún tipo de régimen parcelario, semejante a la configuración de un territorio en la Tierra, algo bastante difícil si la colonia se encuentra “suspendida” en el espacio.

En segundo lugar, no debemos dejar pasar por alto que, dados los costos billonarios de estas instalaciones, las expediciones deberían estar compuestas —por bastante tiempo aún— con el apoyo de muchos Estados, lo cual significa que los colonos serían de diferentes nacionalidades, culturas, lenguas y creencias. Nada impediría que un Estado actúe solo, pero su avance, indudablemente, será más lento que si actúa cooperativamente con otros Estados. En tal sentido, la rica experiencia que ha suministrado la Estación Espacial Internacional puede ser de provecho en el futuro. Como en el caso de los *oikistés* será necesario la presencia de un comandante (durante la expedición) o de varios que se turnarán en el ejercicio del mando o que se dividirán las funciones, para luego convertirse posiblemente ellos mismos en gobernadores, con un poder pretoriano en sus inicios, pero respetando los derechos humanos como algo definitivamente adquirido, aún en el espacio extraterrestre (asegurando la dignidad, la alteridad, la pluralidad, el trato igualitario, el debate contradictorio ante los conflictos emergentes, etc.). Es posible que, en los inicios de los asentamientos, el capitán de la expedición sea a la vez, capitán, jurisconsulto y juez, encargado de decidir sobre el Derecho y de aplicarlo.

La influencia de las legislaciones terrestres sobre las actividades del espacio extraterrestre no disminuirá drásticamente de un momento a otro, su declinación será paulatina, conservando su influencia como telón de fondo, ante las insuficiencias y vacíos de las normativas que se vayan dictando en las colonias. Es posible que el desbalance que existe en la Tierra entre derechos humanos y deberes humanos, se vea corregido en el espacio sideral ante la magnitud de la empresa, que requiere absolutamente, de la participación y del esfuerzo de todos. Deberíamos enfocarnos en un sistema formal que comparta su campo de actuación con la aplicación de un Derecho sustancialmente justo. ¿Estamos realmente situando al hombre en su escala personal y universal? ¿Cuánto tiempo durará una solución obstaculizadora de una sociedad civil cósmica orgánica?

En tercer lugar, habrá que tener una idea bastante programada sobre qué pasará una vez que los colonos espaciales hayan encontrado el planeta y el lugar específico en el mismo, para instalarse definitivamente. Al día de hoy, los conocimientos tecnológicos que provean el o los Estados colonizadores será de vital importancia, a diferencia del *oikistés*, donde el éxito radicaba en su personalidad y en sus conocimientos del área a seleccionar. Los terribles retos que plantea el espacio ultraterrestre necesitan de un apalancamiento estatal para realizar el viaje, para instalarse y para comenzar a vivir espacialmente durante mucho tiempo. Con otra diferencia respecto de los griegos y españoles, de que la misma instalación de una colonia, la distancia no implica una ruptura total con las metrópolis, dada la posibilidad de la comunicación telemática y hasta de la teleportación, que posibilita la creación de imágenes en tiempo real producidas

en la Tierra y presentadas dentro del habitáculo en que se esté, por lo que no habrá esa sensación de separación irrevocable, de quiebre, como ha acontecido invariablemente en el pasado.

En cuarto lugar, habrá que encarar la cuestión normativa. No parece prudente afirmar que para todas las situaciones colonizadoras deba aplicarse una legislación estatal. Una aventura que, de acuerdo a lo dicho, será colectiva sobre el plano estatal, en tanto exigirá Acuerdos y Protocolos previos, implementados desde el inicio *en la Tierra*, para evitar cualquier tipo de contratiempo futuro. Se parte, entonces, ya con un programa previo y con una legislación preformada, pero con disposiciones muy amplias, generales y adaptativas, en cuanto un legislador terrestre no puede legislar sobre un entorno que desconoce totalmente

Por tanto, todo no puede quedar en manos de las legislaciones estatales; el desenvolvimiento de un mundo desconocido obligará, quierase o no, a aceptar la presencia de normas de *soft law*, de usos, que luego se transformarán en costumbres locales y, mucho pero mucho más adelante, en una costumbre espacial. Tarde o temprano habrá que habilitar algún tipo de forma de gobierno con una estructura institucional propia y de algún tipo de posesión. Las colonias espaciales, a medida que se vayan estructurando políticamente, deberán contar con un Derecho que regule la actuación de las autoridades, lo que originará la presencia de un Derecho público local. Sin perjuicio de ello, el ideal sería que hubiera también una Autoridad Espacial global, encargada de administrar las riquezas planetarias, para luego distribuirlas en la Tierra y en la propia colonia, si se persiste en la idea de que el Cosmos es un espacio sin soberanía. Por el momento y dada la experiencia de la regulación de los fondos marinos, esa propuesta ha sido un fracaso.

A. Varios Derechos públicos cósmicos

Prácticamente la inmensa mayoría de los investigadores ven al Derecho espacial desde la perspectiva del Derecho Internacional, como una rama del mismo, alentada por la ONU, para refrenar los apetitos extraterritoriales de los Estados nacionales y establecer una especie de *res communis omnium humanitatis*. Seara comenta que

puede considerarse al Derecho interplanetario como el Derecho que regula las relaciones de los Estados respecto al espacio interplanetario. Así, sus diferencias con el Derecho internacional serían mínimas y nosotros podemos concebirlo, bien como una rama del Derecho internacional, o bien como una disciplina independiente del Derecho inspirada, sin embargo, en el Derecho internacional. (...) Hoy los problemas del Derecho interplanetario están a escala de relaciones entre Estados, es decir, que todas las cuestiones se refieren a relaciones entre Estados soberanos en el espacio cósmico.

Pero matiza dicha afirmación, señalando que “a pesar de eso, pueden concebirse fácilmente, hechos cuyas consecuencias jurídicas sean causa de relaciones jurídicas diferentes de las relaciones entre Estados”¹⁷.

¹⁷ Seara Velázquez, *Introducción al Derecho internacional cósmico...*, ob. cit.

Estamos convencidos de que la situación de hoy, de considerar al Derecho espacial como una rama del Derecho internacional no será siempre así, en la medida que —como vimos— las colonias espaciales pueden nacer, crecer y desarrollarse cada vez con más autonomía de las instituciones afincadas en la Tierra. De producirse tal evento, surgirá un nuevo Derecho, que no será “rama” o producto de ninguno existente en la Tierra, sino que será un Derecho auténticamente sideral, espacial, ultraterrestre, o como se lo quiera denominar; cuyas relaciones con los Derechos de la Tierra quedarán a examinar. Todo indica que deberán permitirse oscilaciones entre un Derecho vertical y uno horizontal, para mejor adecuarse a cada caso concreto¹⁸.

B. Varios Derechos privados cósmicos

Podemos decir que la creación de Derechos privados cósmicos se halla en estado germinal, pero con posibilidad de un potencial increíble. Se ha afirmado que al Derecho espacial le pertenece la celebración de contratos vinculados a la actividad espacial. Pero, esos contratos son convenidos *en nuestro planeta*, para ser ejecutados en el espacio extraterrestre. Baste solo pensar en la infinidad de contratos necesarios para lanzar las naves al espacio como, asimismo, los contratos de turismo espacial, tan en boga al día de hoy. No obstante, luego que la convivencia en la colonia se afirme, será necesario desarrollar un Derecho privado cósmico, con sus propias fuentes jurídicas, pues el *homo cosmicus* contratará, se casará, tendrá hijos, cometerá infracciones de diversa índole, que solo pueden ser reguladas con suficiencia, mediante un Derecho de fuente propia.

Si el hombre se afinsa en el espacio requerirá, tarde o temprano, de instituciones, de órganos creadores de normas jurídicas para atender las situaciones que se presenten habitualmente, de órganos jurisdiccionales para resolver los conflictos entre las personas y de órganos encargados de ejecutar las decisiones institucionales. Y a lo interno de dichas colonias será necesaria regular la vida privada, o sea, habrá que crear un Derecho privado ajustado a las circunstancias, acompañado de un Derecho penal.

Se ha idealizado mucho la figura del cosmonauta (por ahora, es la definición que adoptaremos para todo aquel que habite en el espacio ultraterrestre o circule en él) como un “enviado de la Humanidad” (una función dada por los Estados integrantes de la ONU), en apariencia dotado de los mejores atributos de los integrantes de nuestra especie¹⁹. El cosmonauta es un

¹⁸ Seara considera que “si los cuerpos celestes fueran aptos para la vida y los hombres pudiesen establecerse definitivamente en ellos, habría bastantes razones para que ellos pudiesen declararse independientes. La distancia, que hace difíciles las relaciones y el control desde la Tierra, las condiciones de vida que tendrían influencia sobre las costumbres, las necesidades sentidas, todo eso, en suma, tendría como consecuencia una serie de elementos de unión entre los residentes en los cuerpos celestes. (...) Las posibilidades serían: establecimiento temporal, establecimiento definitivo sobre un cuerpo celeste y la existencia de una inmigración de hombre, provenientes de la Tierra, cierta autonomía, pero dependencia respecto de la entidad de la Tierra que detenta la soberanía, o constitución del cuerpo celeste en un país o grupo de países independientes”.

¹⁹ “En el contexto internacional, el término ‘enviado’ reenvía al vocabulario diplomático. Por tanto, como lo señala Laferranderie, esta noción no significa que el astronauta se beneficie de una suerte de inmunidad diplomática, conferida por una autoridad superior.

explorador civil en el espacio y se le ha conferido el rol de ser un representante de la Humanidad. Esa

representación es exclusiva, es la única persona que puede ejercer un mandato en nombre de la Humanidad, obrando dentro de las funciones y de los límites determinados por el propio Tratado (del Espacio). Es un representante *imperium legis* y detenta un mandato expreso contenido en un instrumento internacional, que adquirió plena vigencia el 10 de octubre de 1967 mediante el Tratado del Espacio, que ha sido firmado por más de 100 Estados. ¿Ante quién representa el cosmonauta en el espacio? En el estado actual, lo que se ha querido decir es de quién es representante y dónde. El cosmonauta es una representante de todos los pueblos de la Tierra, pueblos más que Estados.

Y como agrega Cocca: “la comunidad internacional crea el nuevo sujeto para la relación cósmica”²⁰. En el mensaje subyace, aparentemente, la idea de una pluralidad de mundos habitados.

Volvemos a insistir, ¿de qué modo vivirá nuestra especie en el espacio? ¿Simplemente investigando y explorando? Resulta difícil admitir tal limitación, y seguramente aparecerá como indispensable admitir algún tipo de posesión y de explotación sobre los minerales existentes en cada lugar. Por ejemplo, la Luna, el único cuerpo celeste visitado hasta ahora por el hombre, existe agua y el isótopo helio-3, que es utilizado en aplicaciones médicas y nucleares.

(...) El astronauta es simplemente, el nacional de su Estado. Está conectado tradicionalmente a un empleador, ya sea una agencia intergubernamental o a una organización internacional o a una empresa privada. Aún representante de la humanidad, no pierde su nacionalidad. Igualmente, no adquiere una pretendida nacionalidad cósmica”. Achilleas, Philippe, *Le droit de l'espace*, in P. Achilleas y S. Hobe (dir.), *Fifty Years of Space Law – 50 ans de droit de l'espace*, Brill et Nijhoff, 2020, pp. 3 ss., especialmente p. 17. Para Aldo Armando Cocca “llegamos a la conclusión que debería hablarse de cosmonauta, porque la astronáutica implica navegación entre astros y tiene de la partícula ‘aster’ que, a su vez, tiene su origen en otra voz más simple ‘ster’ que es claridad. Sería la navegación en la claridad de los astros. En realidad, el cosmonauta no navega entre los astros, no podría acercarse a una estrella porque desaparecería, puesto que sería quemado. Navega en la obscuridad no en la claridad. Y, desde otro punto de vista, etimológicamente la palabra cosmonauta procede de ‘cosmos’ y, a su vez, es la expresión del orden y de la armonía en el espacio desde Pitágoras, por oposición a la palabra ‘caos’. Por consiguiente, si el cosmonauta se desplaza en la oscuridad y no en la luz, si su navegación tiene por escenario el espacio y los cuerpos celestes que permitan su descenso y, sobre todo, que se desplaza en un medio donde las leyes de la naturaleza rigen con tal exactitud que nos es permitido desde la Tierra, determinar con precisión el lugar exacto en que un ingenio humano debe ubicarse en la Luna y cumplir así su tarea, es más propio que pensemos en la voz cosmonauta y no astronauta”. Cocca, *Tres cuestiones en Derecho espacial...*, ob. cit., p. 240.

²⁰ Cocca, *Tres cuestiones en Derecho espacial...*, ob. cit., pp. 245, 246 y 248. “La palabra pueblo es mucho más comprensiva que ha venido a sustituir, poco a poco, aquellas expresiones tan usadas en los textos internacionales de ‘grandes potencias’, ‘Altas Partes Contratantes’. El Tratado del espacio, cuando adjudica un derecho habla de pueblos o de países y, cuando impone una obligación habla de Estados, lo cual es correcto, porque el Estado es el internacionalmente responsable. El Tratado hace una distinción sutil: otorga derechos a la Humanidad, otorga derechos a todos los pueblos, a todos los grupos humanos, a todos los países, emplea esos términos muy genéricamente, pero cuando fija una obligación no solo determina a un sujeto responsable, sino que, además, trata de garantizar el cumplimiento de esa obligación. Por consiguiente, el cosmonauta es un representante de todos los pueblos de la Tierra, esto es, de la Humanidad por entero en el espacio ultraterrestre, la Luna y otros cuerpos celestes. Alcanza esas regiones para ejercer los derechos de exploración y de utilización en y de nuevos dominios, no a título personal, ni para el Estado que lo lanzó, que lo ha puesto en ese ambiente, ni para un grupo de Estados. Tampoco para la comunidad internacional, solo actúa para la Humanidad que es la expresión más amplia. De acuerdo al Tratado del Espacio, el cosmonauta no puede ejercer derecho alguno a nombre del Estado de su nacionalidad o del que lo lanzó al espacio o de un grupo de Estados, ni siquiera a nombre de la ONU, porque también la ONU ha renunciado en el seno de su órgano deliberativo por excelencia que es la Asamblea General, a reclamar derecho alguno en el espacio o en los cuerpos celestes, puesto que ha propiciado la titularidad de la Humanidad en estos nuevos e imponderables beneficios”.

Yendo un poco más lejos, los asteroides también pueden ser explotados, allí encontraremos oro, plata, platino, paladio, rodio germanio, osmio, rutenio y tierras raras.

No necesariamente habrá una explotación directa por los humanos, sino que, con la ayuda de los robots (su importancia será vital para el éxito de los asentamientos), los costos operativos de extracción y de traslado se verán disminuidos sensiblemente. Una alternativa para concebir una explotación de los minerales ubicados en el espacio cósmico sería considerarlos como *res communis omnium*, colocando a la Humanidad como propietaria de los mismos, lo cual requeriría (como se intentó hacer con los fondos marinos y su subsuelo) de una Autoridad Internacional, que reciba los beneficios y los distribuya en forma igualitaria entre todos los países, tomando especialmente en consideración a los países en desarrollo. Los intereses económicos de las grandes potencias pujarán para que sus empresas trasnacionales tengan algún tipo de propiedad y de beneficio, pretendiendo introducir en dicho ámbito, las leyes del mercado y de la libre competencia. No está de más recordar, que el Tratado sobre la Luna no ha sido ratificado por ninguna de las potencias espaciales, lo cual abre un gran signo de interrogación sobre la implantación de un régimen solidario, socializado y distributivo.

De todos modos, todo indica que tendrán características diferentes a las de la Tierra: las divisiones territoriales, las fronteras, no pueden aplicarse al espacio. El criterio de la territorialidad, tan importante en el Derecho internacional privado clásico, como una Tierra medida, geometrizada, con la finalidad de localizar la relación jurídica bajo un ámbito estatal determinado, no siempre será aplicable en el espacio, porque si bien las colonias espaciales pueden instalarse efectivamente en un planeta, igualmente algunas de esas colonias pueden “flotar” en el espacio, ante lo cual habría que pensar en alguna solución distinta a la estrictamente territorial²¹. De todos modos, y hasta el momento, el lugar donde habiten no podrá considerarse como “territorio” de ningún país.

C. Uno o varios Derechos privados intragalácticos

Aun cuando puedan quedar numerosas situaciones a examinar, en la medida que exista un racimo de colonias, con diferentes orígenes y ubicadas en diversos entornos y, por tanto, con diversas regulaciones, será necesario llegar a la ideación de un Derecho privado intragaláctico, que permita una conexión mutua entre las referidas colonias. El Derecho internacional privado podría aportar su experiencia de 8 siglos en la Tierra para el desarrollo de ese Derecho privado intragaláctico (o sea, aplicable en nuestra galaxia, ya que nuestro sistema solar no ha mostrado otro signo de vida racional que en la Tierra).

²¹ El territorio político perdería, en este ámbito, su virtud reguladora, tomando en consideración que en la actualidad se vive un cambio de época, donde la percepción del espacio y del tiempo se encuentran en tren de modificarse. Por el momento, puede percibirse una disociación entre el espacio sensible y el espacio jurídico o normativo. Por el momento, el Derecho internacional puede percibirse como un Derecho de los espacios. Todavía no se ha sacado suficiente provecho de la reducida dependencia al territorio, en el Derecho cósmico.

En la medida que nuestra especie habite el espacio ultraterrestre, cada colonia irá creando su propio Derecho público y privado cósmico. ¿Será posible pensar además en un Derecho privado intragaláctico? Es muy posible que su desarrollo se produzca como una consecuencia natural de la evolución de esas sociedades espaciales que, a la par de tener un Derecho cósmico interno (público y privado), tendrá que pensar en la interrelación *entre* tales sociedades cósmicas que se fueren creando y en cómo canalizarlas. A nuestro modo de ver, la pluralidad está asegurada, pues los Estados pioneros en la aventura espacial poseen culturas, ideas religiosas y valores diferentes. Baste citar a. los EUA, a la Federación Rusa, a la República Popular China, a Japón, a los Emiratos Árabes Unidos, etc., culturas, ideas religiosas y valores que serán trasladadas al espacio²².

D. Uno o varios Derechos privados intergalácticos

Una última necesidad a contemplar sería aquella que vincule jurídicamente a todos los seres racionales que puedan existir en el espacio cósmico y no solo al *homo sapiens*, lo que conducirá a la creación de un Derecho privado intergaláctico, partiendo de la base de que existen millones y millones de galaxias y que, en algunas de ellas se ha repetido la creación de seres racionales. Para ello, queda por saber con qué seres vivos se encontrará el hombre a medida que abandone la galaxia en la que ha nacido, cuál será su grado de racionalidad, y qué sentimientos hacia el otro puedan llegar a tener. Opinar sobre la solución jurídica en este caso sería una osadía, pero si es para bien y se actúa de buena fe, con pactos y acuerdos sobre un nivel igualdad y de respeto mutuo, esa sería la tónica a tomar en consideración. Si se participa de la idea de que existen otros mundos habitados por otros seres racionales, en tal caso ya no solo habría un Derecho privado intragaláctico que relacione a las colonias de *homo sapiens*, sino que será necesario crear un Derecho, que permita un contacto fluido y beneficioso entre todos los seres racionales, humanos o no. La talla de los retos con que los hombres deberán enfrentarse, permite aceptar un deslizamiento de la soberanía hacia la solidaridad. El principio de no injerencia, de respeto de las culturas con las que nos encontremos parece ser indispensable, constituiría una regla inderogable y definitiva, de modo de evitar lo acontecido en tantas colonizaciones modernas.

Conviene recordar además que, en realidad, no sabemos si el cosmos entero constituye una *res nullius*, porque no tenemos conocimiento que otros seres no humanos lo haya reclamado. Debe dejarse un espacio para la posibilidad de que existan seres racionales no-humanos. Debe dejarse esa silla vacía. Su vista constante será una advertencia para mantener el sentimiento de prudencia. No debemos olvidar que, si se comprueba y es posible contactarse con

²² “En suma, las estaciones orbitales pueden concebirse como verdaderos motores del Derecho del espacio ultraterrestre, básicamente en dos sentidos concretos: 1) por su carácter de objetos inéditos de regulación específica; y 2) por su naturaleza material, su operación y funcionamiento, que están generando nuevas figuras jurídicas y demandando sistemas de reglas y directrices”.

otros seres racionales distintos del *homo sapiens*, será necesario un Derecho especial, cuyas características no podemos prever desde ya. Seara recuerda al ius internacional privatista brasileño Haroldo Texeira de Valladão, quien ante tal hipótesis consideraba que debería hablarse de un “Derecho intergentes planetario”, por lo que, indudablemente ya no sería más Derecho internacional y debería precisarse qué sería. En el fondo de la mayoría de las apreciaciones, se trata de evitar, bajo una u otra forma, territorios nacionales en el espacio.

Estamos visualizando entonces, un Derecho público cósmico, un Derecho privado cósmico, un Derecho privado intragaláctico y un Derecho privado intergaláctico (o pluralidad de cada uno de los citados).

III. Estudiantes de Derecho

Bloqueo Naval – Venezuela (1902-1903)*

*Adam J. Morales***

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 309-322.

Resumen

El bloqueo naval de 1902-1903, liderado por Alemania, Gran Bretaña e Italia, contra el gobierno de Cipriano Castro, fue provocado por la deuda externa que ascendía a más de 165 millones de bolívares y la negativa de Castro a aceptar reclamaciones sin un juicio nacional previo. La Doctrina Drago y el Corolario Roosevelt generaron que Venezuela recurriera a Herbert Bowen como medidor para llegar a un acuerdo con los países europeos mediante los Protocolos de Washington y ante un tribunal arbitral en La Haya.

Abstracts: The naval blockade of 1902-1903, led by Germany, Great Britain, and Italy against the government of Cipriano Castro, was provoked by the external debt, which amounted to more than 165 million bolívares, and Castro's refusal to accept claims without a prior national trial. The Drago Doctrine and the Roosevelt Corollary led Venezuela to turn to Herbert Bowen as a mediator to reach an agreement with the European countries through the Washington Protocols and before an arbitration tribunal in The Hague.

Palabras Claves

Bloqueo Naval. Cipriano Castro. Doctrina Drago. Corolario Roosevelt.

Keywords

Naval Blockade. Cipriano Castro. Drago Doctrine. Roosevelt Corollary.

Sumario

Introducción. I. Contexto y Antecedentes. II. Actores y Causas. III. Las comunicaciones diplomáticas previas y el estallido del conflicto en diciembre de 1902. IV. Objetivos geopolíticos. V. Frente diplomático y legal. VI. Resolución. Reflexión final.

Introducción

El presente trabajo aborda el bloqueo naval que sufrió Venezuela en 1902-1903, a causa de la deuda externa que ascendía alrededor de 165 millones de bolívares. Los principales actores que propiciaron el bloqueo naval fueron Alemania, Gran Bretaña e Italia. Estos países buscaban saldar la deuda que Venezuela tenía con sus nacionales. Sin embargo, el presidente Cipriano Castro se negaba a aceptar las deudas extranjeras sin que pasaran por un juicio nacional previo, lo que ocasionó que las potencias europeas movilizaran su flota naval y atacaran a Venezuela para obligar el pago de la deuda a través de la fuerza.

*El presente trabajo toma inspiración en una breve mención al bloqueo naval de 1902-1903 que hace el profesor Víctor Hugo Guerra en el Libro "Arbitraje Comercial Interno e Internacional. Reflexiones Teóricas y Experiencias Prácticas".

** Estudiante de Derecho en la Universidad Central de Venezuela; Estudios avanzados en arbitraje comercial internacional (ARBANZA, Escuela de Arbitraje); Asistente Legal en Rodner, Martínez & Asociados, Firma de Abogados, Caracas, Venezuela. Socio del Club Español e Iberoamericano del Arbitraje. jahymorales5@gmail.com

El bloqueo naval no solo buscaba el cobro de deuda, también perseguía intereses geopolíticos. Estados Unidos —a pesar de que no fue parte del bloqueo contra Venezuela— buscaba consolidar su hegemonía naval en el Caribe para proteger los accesos al futuro Canal de Panamá y utilizó la crisis para establecer una base de operaciones en la isla de Culebra. Alemania, intentó adquirir estaciones de carbón en Venezuela y se sospechaba que querían tomar la Isla de Margarita para crear una base naval permanente en la región. Gran Bretaña buscaba reafirmar su prestigio naval e intereses territoriales en la Isla de Patos, mientras que Italia se enfocaba en el potencial logístico del puerto de Guanta de cara a la apertura del Canal de Panamá.

En virtud del asedio que vivía Venezuela para ese entonces, surgieron actores que ayudaron —en parte— a mediar con las potencias europeas, entre ellos están Theodore Roosevelt, Luis María Drago y Herbert Bowen.

Finalmente, el bloqueo naval no terminó hasta que se llegaron a acuerdos comerciales por cobro de deuda. Las condiciones de pago de las reclamaciones que pondrían fin al bloqueo se formalizaron en los denominados Protocolos de Washington, suscritos en esa ciudad el 13 febrero de 1903.

I. Contexto y Antecedentes

A. La situación política interna: El gobierno de Cipriano Castro y la inestabilidad tras la Revolución Restauradora

El ascenso de Cipriano Castro al poder marcó una ruptura con los regímenes anteriores, pero no garantizó la paz inmediata del país. Castro llegó al poder el 23 de octubre de 1899 tras liderar la Revolución Liberal Restauradora, bajo el lema “Nuevos hombres, nuevos ideales, nuevos procedimientos”. Su gobierno puso fin a la hegemonía del Liberalismo Amarillo, prometiéndole reformas profundas que, en la práctica mantuvieron el sistema de prebendas¹.

El periodo se caracterizó por una “perenne lucha de los caudillos regionales por detentar el poder”. La inestabilidad culminó con la Revolución Libertadora (1901-1903), liderada por el banquero Manuel Antonio Matos, quien buscó derrocar a Castro². La inestabilidad interna

¹ “...El 23 de octubre de 1899 finalizó una de las revoluciones desatadas en Venezuela durante el siglo XIX: la Revolución Liberal Restauradora. Con la victoria del General Cipriano Castro se debilitó el sistema político que había funcionado por cuarenta años y arribó al poder un nuevo grupo de hombres proveniente de la región de los Andes. El nuevo presidente Castro anunció su programa de gobierno, el cual supuestamente estaría conformado por ‘nuevos hombres, nuevas ideas y nuevos procedimientos’. No obstante, se trató de una simple alternancia de facciones en el poder, sustentada en los mismos problemas estructurales del país”. En tal sentido, véase: Gómez, Elisa, *La política exterior de Theodore Roosevelt hacia América Latina: el inicio de la política del Gran Garrote*, 2007, pp. 1 ss., especialmente p. 2. Disponible en: <http://bit.ly/42bTID7>

² “...Si bien hubo algunos progresos en favor de la construcción real del Estado, la incipiente nación sólo experimentó una perenne lucha de los caudillos regionales por detentar el poder y volver de la Presidencia de Venezuela, un centro de mando seguro para concretar intereses personales”. En tal sentido, véase: Salazar Domínguez, Andrés Eloy y Ramón Antonio Abancin Ospina, El

fue agravada por intereses extranjeros. Empresas transnacionales como la *New York & Bermudez Company* y la *Orinoco Steamship Company* financiaron y suministraron armas a la Revolución Libertadora para proteger sus intereses corporativos³.

B. La crisis económica: La deuda externa acumulada y los daños a propiedades extranjeras

La Declaración de Independencia de 1811 vino acompañada de inestabilidad económica y política. Esto obligó a la élite a endeudarse para sostener la economía posguerra. Tras la disolución de la Gran Colombia, Venezuela intentó reorganizar su hacienda pública, pero la República se consolidó sobre una base social, institucional y económica muy débil⁴.

Al asumir Cipriano Castro el poder, la deuda consolidada de Venezuela alcanzaba una cifra aproximada de 200 millones de bolívars⁵. La cantidad se dividía en una deuda externa de 123.804.859 bolívars y una deuda interna que sumaba 74.177.555 bolívars. Este volumen de endeudamiento resultaba especialmente alarmante, considerando la marcada disminución en las rentas nacionales anuales, las cuales experimentaron una contracción desde los 48 millones de bolívars registrados en 1896 hasta apenas 27 millones en 1899⁶.

A esto se le incluyen los créditos posteriores, como el crédito de 1896 con el *Disconto Gesellschaft* de Berlín por 50 millones de bolívars⁷. Para el momento del bloqueo, la deuda

bloqueo de las costas de Venezuela: un breve desencuentro con el imperialismo europeo, en: *Revista Científica*, 2024, Vol. 9, No. 31, pp. 68 ss., especialmente pp. 71. Doi: <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2024.9.31.3.68-86>

³ "...La Revolución Libertadora, una coalición de caudillos antiandinos liderada por el banquero Manuel Antonio Matos y apoyada por intereses imperialistas y potencias extranjeras, se propuso derrocar a Castro a partir de finales de 1901. Matos también recibió financiación de la *New York and Bermudez Company* para adquirir un barco. A principios de 1902, se compró por 140 mil dólares en Londres el vapor *Ban Righ*, capitaneado por Willis Mallory. Evadiendo a la Armada Venezolana, el *Ban Righ* distribuyó material bélico en los puertos de Valencia, Cojedes, Coro, Barquisimeto, Maturín, Barcelona, Cumaná y Guayana, aprovisionando así a los insurgentes". En tal sentido, véase: Galindo, Carlos y Ibáñez, Pedro, *Cipriano Castro Antiimperialista*, Caracas, Fundación Editorial El Perro y la Rana, 2019, pp. 5-7.

⁴ "...Las acciones sobrevenidas a la Declaración de Independencia de 1811, tendientes a consolidar la República y separarla de las ataduras coloniales, sumieron a la nación en una inestabilidad económica y política que, con la posteridad, obligó a la élite gobernante a acudir en reiteradas ocasiones a préstamos, para mantener a flote una economía gravemente deteriorada por la postguerra. En 1830, con la muerte de Simón Bolívar y la disolución de la Gran Colombia, Venezuela inició un proceso de reorganización de la hacienda pública para alcanzar la estabilidad económica. Sin embargo, en la práctica, se evidenció la debilidad social, institucional y económica con la que se intentó construir la República de Venezuela tras su separación definitiva de Colombia". En tal sentido, véase: Salazar Domínguez y Abancin Ospina, *El bloqueo de las costas de Venezuela...*, ob. cit., pp. 72-73.

⁵ El aproximado de esta cantidad para la fecha de 1903 en dólares americanos es de 38-39 millones de dólares.

⁶ "...La deuda pública se había incrementado de 113 a 208 millones de bolívars. Este fue uno de los legados que asumió el caudillo andino al conquistar el poder, en un país que durante todo el siglo sólo había disfrutado de pocos años de paz. El amanecer del siglo XX no traía mejores auspicios". En tal sentido, véase: Consalvi, Simón Alberto, Luis M. Drago, 1902. Una doctrina que hizo historia, en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, 2002, pp. 69 ss., especialmente p. 70.

⁷ "...Los efectos de la crisis económica habían estimulado manifestaciones y protestas callejeras que constituían las primeras manifestaciones de una nueva forma de lucha y la aparición de líderes sin antecedentes en Venezuela. La crisis financiera obligó al Gobierno a contratar el tristemente célebre préstamo al Disconto de Gesellschaft por 50 millones de bolívars para cancelar los intereses leoninos acordados con las empresas de ferrocarriles". En tal sentido véase: Carrero, Manuel Edgar, Cipriano Castro: soberanía nacional e imperialismo, en: *Colección Bicentenario Carabobo*, 2010, pp. 16 ss., especialmente p. 70. Disponible en: <https://bit.ly/3R55o89>

pública y los intereses acumulados ascendían a más de 165 millones de bolívares.

El país estaba en bancarrota. Los precios internacionales de los principales productos venezolanos de la época que eran café y cacao habían bajado considerablemente su precio⁸. La entrada de dinero, principalmente por impuestos aduaneros, no era suficiente para cubrir los gastos. Algunos gobiernos tuvieron que endeudarse con países extranjeros para financiar proyectos de infraestructura y avanzar en la construcción del país⁹.

Además de la deuda soberana, las guerras civiles causaron graves perjuicios a los residentes extranjeros, quienes reclamaban indemnizaciones por daños y perjuicios. Ellos alegaban “destrucción de propiedades y préstamos forzosos impagos”. Italia, por ejemplo, presentó reclamaciones por más de 2,8 millones de bolívares por daños sufridos por sus ciudadanos y se presentaron casos como el de la empresa *Martini & Co.* que exigieron indemnizaciones millonarias por lucro cesante y daños durante la guerra¹⁰.

La agricultura se estancó debido a la falta de inversión y la infraestructura era insuficiente, lo que entorpeció las perspectivas económicas y aumentó la dependencia de fondos externos¹¹.

C. El “Casticismo”: La postura nacionalista y la negativa a reclamaciones sin juicio previo

El fundamento central del “Casticismo” no fue un mero capricho, sino una defensa que estipulaba que, la condición de extranjero no podía traducirse en inmunidad ante las crisis nacionales. La visión de Castro sostenía que aceptar las reclamaciones diplomáticas sin un juicio previo implicaba otorgar un estatus superior a los inmigrantes europeos sobre los ciudadanos venezolanos, quienes sufrían los mismos daños de la guerra civil sin recibir

⁸ “...La crisis de 1890, que estallo en París con el escándalo de Panamá y del ring del cobre, llevó a la quiebra parcial a la Casa Baring Brothers, removió al mercado financiero francés, inglés, italiano y estadounidense, y se extendió hasta 1896, cuando se presentó una severa crisis mundial de la sobreproducción de café, particularmente por la intensa competencia del café brasileño. En Venezuela, estas crisis provocaron una drástica reducción de los precios de exportación del café, que duró hasta 1908”. En tal sentido, véase: Cartay, Rafael, Las crisis económicas y sus repercusiones en la economía venezolana, en: *Economía*, 1996, Vol. XXI, No. 11, pp. 45 ss., especialmente pp. 47-48. Disponible en: <https://bit.ly/48KNVbb>

⁹ Idem.

¹⁰ “...Italia presentó su petición el 19 de abril, pidiendo el reembolso más consistente, 2.810.255 Bs. para 123 reclamaciones. Las instancias de los reclamantes fueron evaluadas y aprobadas por la embajada de Caracas, pero no por el ministerio de Roma”. En tal sentido, véase: Fonzo, Erminio, Italia y el Bloqueo de Venezuela, en: *Cultura Latinoamericana*, 2015, Vol. 21, No. 1, pp. 35 ss., especialmente p. 40, Disponible en: <https://bit.ly/4tcKzVX>

¹¹ “...Durante el mandato castrista la economía y la agricultura –este último como sector en particular–, se develan en una primera mirada como una suerte de prolongación de la centuria decimonónica en el mantenimiento de lo agrícola como el eje de la economía”. En tal sentido, véase: Pacheco Troconis, Germán, Economía y agricultura en Venezuela durante los años del general Cipriano Castro, 1899-1908, en: *Agroalimentaria*, 2016, Vol. 22, No. 42, 2016, pp. 81 ss., especialmente p. 85, DOI: <https://doi.org/10.53766/Agroalim>

compensación alguna, violando así la integridad constitucional de la República¹².

Para gestionar las reclamaciones sin poner en riesgo la soberanía, el gobierno instauró un mecanismo institucional estricto, decretando que las demandas serían evaluadas solo por tribunales venezolanos o por una junta calificadora nacional¹³.

Castro transformó un asunto financiero internacional en uno de jurisdicción estatal, negándose a dar por válidas deudas que no pasaran por la jurisdicción ordinaria o por la junta calificadora. Los países extranjeros interpretaron esta actuación como una dilación inaceptable, generando así el conflicto armado al considerar que los tribunales locales carecían de total independencia para dirimir correctamente la controversia.

Más allá del argumento legal, Castro generó la fragmentación del caudillismo debido al sentimiento patriótico con su célebre proclama: “La planta insolente del extranjero ha profanado el suelo sagrado de la patria”, frase que se convirtió en el eje de su campaña de resistencia¹⁴.

Esta estrategia permitió que, el bloqueo fortaleciera al régimen en lugar de debilitarlo. Permitiéndole realizar reformas constitucionales en 1904 para intentar quedarse en el poder y extender su mandato¹⁵.

II. Actores y Causas. Las Potencias Extranjeras: Intereses de Gran Bretaña, Alemania y el Reino de Italia

Alemania formó una coalición porque buscaba garantizar la protección de los intereses comerciales y financieros alemanes en Venezuela, lo que constituyó el primer eje estratégico.

¹² “...En su negativa a pagar indemnizaciones inmediatas, Cipriano Castro estableció una postura legal férrea citada en los textos: es imposible establecer diferencia equivalente a privilegios entre los que nacen en la República y los que vienen a radicarse en su territorio”. En tal sentido, véase: Fonzo, Italia y el Bloqueo de Venezuela... ob. cit., p. 40.

¹³ “...La doctrina Calvo sostiene dos conceptos bien diferenciados: I) los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; II) los extranjeros gozan de los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de recurrir ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen”. En tal sentido, véase: Lorences, Martín, Las doctrinas Calvo y Drago: Un verdadero aporte a la política y el Derecho internacional latinoamericano, en: *El Derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*, No. 13.750, pp. 1 ss., especialmente pp. 2, Disponible en: <https://sl1nk.com/eur5530>

¹⁴ “...La agresión contra Venezuela levantó una ola de indignación y de protesta en todo el país y se produjeron manifestaciones populares de repudio a los agresores extranjeros y de apoyo al gobierno... Castro enfrentó el conflicto con energía y lanzó una de las proclamas que más profundamente han calado en la emoción de los venezolanos: proclamas que más profundamente han calado en la emoción de los venezolanos: La planta insolente del extranjero ha profanado el suelo sagrado de la Patria”. En tal sentido, véase: López Maya, Margarita, Das Bild Europas in venezolanischen Schulgeschichtsbüchern, en: *Internationale Schulbuchforschung*, 1991, Vol. 13, No. 4, pp. 369 ss., especialmente pp. 379. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/43055870?seq=6>

¹⁵ “...El nacionalismo incitado por Cipriano Castro no contaba con una base material que le diera sustento. Fue más bien un mecanismo para consolidar el poder del caudillo venezolanos”. En tal sentido, véase: Gómez, La política exterior..., ob. cit., p. 13.

La diplomacia alemana tenía como objetivo principal el fomento de las relaciones comerciales y navales alemanas y el cuidado de los legítimos intereses de miembros del Imperio¹⁶.

El origen del conflicto de 1902 se debió al agravamiento de la situación por el incumplimiento de la deuda externa venezolana y a la resistencia del gobierno de Castro frente a las reclamaciones extranjeras, especialmente las de Alemania, interesada en la defensa de sus intereses comerciales. Esto llevó a una serie de incidentes y enfrentamientos diplomáticos que culminaron en el bloqueo¹⁷.

El otro gran actor fue Gran Bretaña, quien en principio no fue arrastrada por Alemania. De hecho, la Oficina de Asuntos Exteriores británica, “*Foreign Office*”, jugó un rol activo para evitar que Alemania actuara sola, pues ellos creían que, si los alemanes defendían a sus nacionales, Gran Bretaña también debía hacerlo¹⁸. Sin embargo, Gran Bretaña cometió un error al subestimar la reacción pública estadounidense, creyendo que Washington había dado su consentimiento para perpetrar el bloqueo naval^{19 20}.

Aunque Gran Bretaña era aliada de Alemania en el bloqueo, Gran Bretaña maniobró para evitar que Berlín aumentara su poder naval. Cuando surgieron rumores de que Alemania quería comprar dos acorazados que Chile había puesto a la venta, el gobierno británico presionó para que fuera Estados Unidos quien los adquiriera, prefiriendo fortalecer a la marina estadounidense antes que ver esos buques en manos de un rival naval peligroso como Alemania²¹.

¹⁶ “... En las instrucciones políticas del 8 de abril de 1875 dirigidas a Stammann, el Ministerio de Asuntos Exteriores fijó los objetivos principales de las relaciones entre Venezuela y Alemania: el ‘fomento de las relaciones comerciales y navales alemanas’ y el ‘cuidado de los legítimos intereses de miembros del Imperio’”. En tal sentido, véase: Zeuske, Michael, *Trasfondos del conflicto de 1902: política, consules y comerciantes alemanes en las Venezuelas del siglo XIX*, en: *Dinero y negocios en la historia de América Latina*, Madrid, Frankfurt, Biblioteca Hispanoamericana, Vervuert, 2000, pp. 413 ss., especialmente pp. 421. Disponible en: <https://sl1nk.com/sfs5u7s>

¹⁷ “... En cambio, el tiempo de la acción y reacción de los distintos incidentes en costas venezolanas, era rápido, aunque en ocasiones efectista, acumulativo de resquemores y rencillas; retahílas y choques afrentosos que desembocaron diacrónicamente en un aparatoso bloqueo en costas venezolanas para 1902 y que debe asumirse como un hecho coyuntural y resultante de una diplomacia cruzada entre Venezuela y Alemania. Al principio, la actitud del Estado venezolano será de sujeta anuencia a la llegada de las flotas navales del recién Imperio”. Acuña, Juan Alexis, *Denuncias y reclamos interpuestos por el Imperio Alemán ante Venezuela por aparentes ilícitos cometidos contra sus naves de guerra a finales del siglo XIX*, en: *Tiempo y Espacio*, 2013, Vol. 23, No. 60, pp. 20 ss., especialmente p. 35. Disponible en: <https://11nq.com/0yaz0ay>

¹⁸ “... In late 1901, Britain was concerned that Germany would embarrass it in Venezuela. It would look bad if Germany defended its citizens' rights while Whitehall idled. Thus, the British Foreign Office began to toy with various approaches to Venezuela. In early January 1902, while the kaiser was sitting on Bülow's proposal, the British undersecretary of state in charge of the American Department, Francis Villiers, was sounding out the German chargé in London about the possibility of ‘common action’”. En tal sentido, véase: Mitchell, Nancy, *The Height of the German Challenge: The Venezuela Blockade, 1902–3*, en: *Diplomatic History*, 1996, Vol. 20, No. 2, pp. 185 ss., especialmente p. 189. Disponible en: <https://11nq.com/anlpwz6>

¹⁹ *Ibid.* p. 192. El autor señala: “... And in November, when England officially notified the United States of its imminent action in Venezuela, Hay's response was predictably low-key: ‘The United States government viewed [it] with regret but they could not object provided [it]... did not contemplate any territorial acquisition’”.

²⁰ *Ibid.* p. 193. El autor señala “... What is striking in reading the British records of the Venezuela affair how utterly marginal the United States was in the Foreign Office's conception of the operation... And this is exactly what they did: The British did not inform the Americans until 11 November, and they included not a hint of the fact that they would be joined by Germany”.

²¹ “... Informed the department that agents of the builders were eager to sell the ships to Germany but that the British government favored their acquisition by the United States in order to keep them out of the hands of a dangerous naval rival”. En tal sentido,

La participación italiana fue una maniobra diplomática británica. Alemania bloqueó e ignoró a Italia durante meses. Gran Bretaña solo permitió la entrada de Roma en la alianza a cambio de apoyo italiano para sus propios intereses en Somalia²². Por otra parte, A diferencia de sus aliados, Italia tenía una comunidad de inmigrantes superior en Venezuela. Sus reclamaciones eran más altas que las alemanas o inglesas en volumen, y se centraban en daños personales a familias y pequeños empresarios, no solo en grandes bonos de deuda²³. Italia necesitaba participar para proyectarse como una “Gran Potencia” y borrar la humillación de la derrota de Adua ante Etiopía unos años antes²⁴.

III. Las comunicaciones diplomáticas previas y el estallido del conflicto en diciembre de 1902

El conflicto escaló debido a la negativa de Castro a satisfacer las reclamaciones o aceptar el arbitraje internacional en 1901. Vegas Rolando explica que las arcas del tesoro público venezolano estaban “convertidas en la pesebrería a la que toda suerte de caudillos recurría”, lo que hacía imposible el pago²⁵.

El 11 de noviembre de 1902, Gran Bretaña emitió la primera advertencia formal. Posteriormente, Berlín y Londres establecieron una alianza flexible, comprometiéndose a evitar la resolución unilateral del conflicto²⁶. Finalmente, el 7 de diciembre de 1902, se

véase: Livermore, Seward W., Theodore Roosevelt, the American Navy, and the Venezuelan Crisis of 1902-1903, en: *The American Historical Review*, 1946, Vol. 51, No. 3, pp. 452 ss., especialmente p. 470. Disponible en: <https://sl1nk.com/vgyduun>

²² Mitchell, The Height of the German Challenge ..., ob. cit., p. 195 comenta lo siguiente: “...London. The acceptance of Italian participation in the blockade was British policy, not German. Throughout 1901 and 1902, when the Italians suspected that something was being planned, the Wilhelmstrasse was tight lipped. Stonewalled by their ally, the Italians turned to the British, who agreed to include them only after Rome had shrewdly pointed out that it could repay the favor in Somalia”.

²³ Fonzo, Italia y el Bloqueo de Venezuela..., ob. cit., pp. 40-41. En tal sentido, véase: “...Las peticiones de los italianos eran diferentes, en parte, de las inglesas y alemanas, porque se referían más a daños sufridos por personas o familias que por grandes compañías industriales (con la excepción de la empresa Martini). Italia, en efecto, tenía una comunidad suya —aunque pequeña— en el país caribeño, mientras Reino Unido y Alemania tenían sobre todo intereses industriales, sin ningún flujo migratorio”.

²⁴ *Ibid.*, p. 43. “...Los intereses en Venezuela, además, eran bastantes fuertes para justificar una intervención y el gobierno corría peligro de exponerse a pesadas críticas si no hubiera tomado parte en la iniciativa contra Castro: las reclamaciones de Italia eran más sobresalientes que las inglesas y alemanas en total y, si la operación hubiera sido conducida sin su contribución, el país habría demostrado ser una potencia de escasa calidad —tégase en consideración también que pocos años antes Italia había sufrido la humillante derrota de Adua por parte de Etiopía”.

²⁵ “...Las arcas del tesoro público seguían convenidas en la pesebrería a la que toda suerte de caudillos recurría para satisfacer sus apetencias de riquezas abrogándose el derecho de ser los rectores de la sociedad venezolana. Las condiciones políticas no podían ser ajenas al reparto del poder entre grupos en pugna con el consiguiente descuido de las relaciones internas e internacionales de la nación. Esta situación patrocinó graves conflictos y pérdidas internas. Se estima que entre 1892 y 1902 ‘...el país presenció seis rebeliones de importancia y sufrió 437 encuentros militares, con un costo estimado de 680.000.000 de bolívares’”. En tal sentido, véase: Vegas Rolando, Nicolás, El Cobro Compulsivo de la Deuda por Inglaterra, Alemania e Italia y el Bloqueo de las Costas Venezolanas (1902-1903), en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia Venezuela*, 2002, Vol. 85. No. 338, pp. 274 ss., especialmente p. 275. Disponible en: <https://sl1nk.com/twlzad0>

²⁶ “...In November 1902, London and Berlin notified Washington that their patience was nearly exhausted and they would soon take forceful measures unless Castro made arrangements to start payments. Secretary of State John Hay replied that the American government ‘understood that European powers were bound to claim the right to defend their interests in South America’. Nevertheless, it ‘greatly deplored the intervention of a European power in the affairs of a South American republic’”. En tal sentido, véase:

entregaron los ultimátum definitivos. Los representantes diplomáticos los presentaron al ministro de Relaciones Exteriores de Venezuela, R. López Baralt, y se retiraron inmediatamente al puerto de La Guaira²⁷.

Tras el rechazo del ultimátum, las potencias extranjeras respondieron de inmediato bombardeando las fortificaciones de Puerto Cabello. Para el 15 de diciembre, el poder naval venezolano estaba diezmado con diez barcos de guerra capturados, inutilizados o hundidos. La situación se agravó el 12 de diciembre, cuando las fuerzas británicas tomaron posiciones clave como el Castillo Libertador y el Fortín Solano, mientras que los alemanes hundieron los cañoneros Totumo y General Crespo, remolcándolos mar adentro. Al no conseguir la rendición inmediata de Castro, las potencias optaron por establecer y coordinar un bloqueo naval a lo largo de la costa venezolana²⁸.

IV. Objetivos geopolíticos

La crisis de 1902-1903 fue un teatro para una competencia geopolítica mucho más profunda que un simple cobro de créditos. Para Washington, la crisis no era sobre bancos, sino sobre seguridad nacional y hegemonía naval. La administración Roosevelt temía que una base europea en Venezuela amenazara los accesos al futuro Canal de Panamá. La Junta General de la Armada había determinado que la defensa del hemisferio requería el control naval absoluto del Caribe, definiendo una zona de control que no podía extenderse más allá del Amazonas, pero que debía ser impenetrable dentro del radio del Canal²⁹.

La crisis que se desarrolló en Venezuela actuó como un factor decisivo, transformando la isla de Culebra en una base naval de operaciones avanzada³⁰.

La movilización de la flota del Almirante Dewey demostró la capacidad de EE. UU. para proyectar poder desde Culebra e interceptar flotas europeas en el Caribe. El escuadrón del

Parsons, Edward B., The German-American Crisis of 1902-1903, en: *The Historian*, 1971, Vol. 33, No. 3, pp. 436. Disponible en: <https://sl1nk.com/uqlciz>

²⁷ "...By this time the intervening governments were ready to act. On December 7, 1902, a Sunday, the German and British Ministers at Caracas peremptorily demanded the immediate settlement of the claims that they had presented. The next day, without awaiting a reply, they left the city". En tal sentido, véase: Munro, Dana G., *Intervention and Dollar Diplomacy in the Caribbean, 1900-1921*, Princeton, Princeton University Press, 1964, p. 436.

²⁸ Rolando Vegas, El cobro compulsivo de la deuda..., ob. cit., p. 289, El autor menciona "...El bloqueo fue distribuido en dos sectores. El de los puertos de Oriente de la República, desde La Guaira, incluyendo Carenero, Guanta, Cumaná, Carúpano y el Delta del Orinoco, lo hicieron los ingleses con sus cruceros, un destructor y un cañonero. Por su parte, los alemanes se encargaron de bloquear a Puerto Cabello y Maracaibo, con seis cruceros y un cañonero".

²⁹ Livermore, Theodore Roosevelt..., ob. cit., p. 457, el autor menciona: "...Beyond these limits the defense of the South American continent could not be guaranteed with the naval forces then in the possession of the United States. 'Whether the principle of the Monroe Doctrine', the report continued, so far as it is the policy of the Government, covers all South America, including Patagonia and the Argentine, is not for the consideration of the General Board; but only the fact that the principles of strategy and the defects of our geographical position make it impracticable successfully to maintain naval control by armed force beyond the Amazon unless present conditions are radically changed".

³⁰ *Idem*.

caribe estaba conformado por cuatro cruceros y dos cañoneras y atracó en la isla el 5 de noviembre, uniéndose dieciséis días después los cuatro acorazados del Atlántico Norte. También se desembarcó un batallón de seiscientos infantes de marina para ocupar defensas y actuar como fuerza expedicionaria en puntos estratégicos del Caribe³¹.

Aunque Berlín negaba ambiciones territoriales, sus movimientos indicaban una búsqueda de posiciones estratégicas permanentes. Alemania buscaba activamente romper su dependencia logística. El crucero *Vineta* había estado negociando directamente con Castro la adquisición de estaciones de carbono en la costa venezolana³². Roosevelt y la inteligencia naval sospechaban que Alemania intentaba apoderarse de la Isla de Margarita³³ para convertirla en una base naval fortificada, un “Kiau Chau”³⁴ en el Caribe³⁵.

Fonzo Erminio comenta que Londres se unió al bloqueo en parte por imperialismo de prestigio, pues necesitaban demostrar a Estados Unidos y al mundo que todavía tenía el poder naval para intervenir en América Latina³⁶. Más allá de la deuda, Gran Bretaña aprovechó el conflicto para presionar su reclamo sobre la pequeña Isla de Patos, ubicada entre Venezuela y Trinidad y reafirmando su control sobre las rutas locales³⁷.

La participación italiana —a menudo ignorada— tenía un componente geopolítico vinculado al comercio mundial futuro. Figuras políticas como el diputado Enrico De Marinis presionaron por la intervención para proteger la concesión de la empresa *Martini & Co.* en el

³¹ *Ibid.* p. 461, comenta el autor: “...The maneuvers themselves are of considerable significance in relation to the crisis which developed in the Venezuelan affair. The Caribbean squadron, consisting of four cruisers and two gunboats, arrived at Culebra on November 5; sixteen days later the four battleships of the North Atlantic squadron dropped anchor off the island. A battalion of six hundred marines was put ashore to man the mobile defenses of the operating base and to act as an expeditionary force against any other point in the Caribbean which it might become necessary to occupy”.

³² *Idem*, el autor menciona “...In February the State Department was requested to obtain from its consuls and diplomatic agents in Venezuela information about the principal roads and landing places along the coast of that republic. Further evidence of German designs on Venezuela became apparent that spring when the flagship of the German squadron in South American waters, the 6,000-ton armored cruiser *Vineta*, put into Newport News for a complete overhauling after two years spent in tropical waters. The Office of Naval Intelligence discovered that the officers of the cruiser had been in touch with Castro in regard to coaling station sites in Venezuela and that the *Vineta* intended to resume operations against the dictator once repairs had been completed and a fresh complement of men had been received from Germany”.

³³ Fonzo, Italia y el Bloqueo de Venezuela..., ob. cit., p. 42. “...También los alemanes, además, tenían intereses imperialistas y el presidente de Estados Unidos, Theodor Roosevelt, sospechaba que quisieran ocupar la isla Margarita (estado de Nueva Esparta), para convertirla en una base militar”.

³⁴ El término se refiere a una concesión colonial alemana que existió en 1898-1914 en China.

³⁵ Parsons, The German-American Crisis of 1902-1903..., ob. cit., p. 438. “...He had offered no objections to Castro being punished as long as no ‘more or less permanent occupation’ of any site ‘threatened or partially controlled the approach to the projected Isthmian Canal’. But he had speedily become convinced that the Germans ‘intended to seize some Venezuelan harbor and turn it into a... model of Kiauchau... with its non-permanent 99 years lease’”.

³⁶ Fonzo, Italia y el Bloqueo de Venezuela..., ob. cit., p. 42. “...Los ingleses, en particular, pidieron pocos reembolsos y fueron empujados sobre todo por razones imperialistas: querían mostrar a todos, y sobre todo a EE.UU., que tenían el poder de intervenir también en América Latina”.

³⁷ *Idem*.

puerto de Guanta³⁸. Su visión era que, con la apertura del Canal de Panamá, Guanta se convertiría en un puerto logístico vital para el tráfico marítimo global, y controlar ese puerto aseguraría a Italia una posición ventajosa en las nuevas rutas comerciales³⁹.

V. Frente diplomático y legal

A. Doctrina Drago: La respuesta de Argentina contra el uso de la fuerza para el cobro de deudas públicas.

La Doctrina Drago surgió como una respuesta diplomática y jurídica de Argentina ante la crisis internacional que se estaba presentando en las costas venezolanas. Así, generando un precedente fundamental en el Derecho Internacional Público respecto a la soberanía y las deudas estatales e internacionales.

El elemento principal que dio origen a la doctrina es la ya abordada situación de Venezuela, que se vio inmersa en una grave crisis tras recibir ultimátum de Alemania e Inglaterra, a las que se unió posteriormente Italia, exigiendo el pago inmediato de deudas contractuales y reclamaciones pecuniarias.

El 29 de diciembre de 1902, el Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina, Luis María Drago, envió una nota histórica al representante argentino en Washington, Martín García Mérou⁴⁰. En este documento, Drago expuso la tesis central de su doctrina⁴¹:

...El principio que quisiera ver reconocido, es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.

La respuesta de Argentina no fue un simple acto de solidaridad, sino una construcción jurídica razonada basada en varios pilares:

³⁸ "...También Italia se sumó a la iniciativa, sobre todo gracias a las presiones de la Martini que, utilizando a algunos diputados, como Enrico De Marinis, pidió repetidas veces al Gobierno de Roma una intervención". En tal sentido véase: Fonzo, Erminio, Imperialismo italiano en América Latina: la empresa Martini y el carbón de Venezuela, en: *Cultura Latinoamericana*, 2016, Vol. 24, No. 2, 2016, pp. 40 ss., especialmente pp. 50. Disponible en: <https://sl1nk.com/dfb3h3f>

³⁹ *Ibid.*, p. 55, continua el autor mencionando: "...La propiedad de las minas, en vista de la apertura del canal de Panamá, se hacía cada vez más importante".

⁴⁰ "...Drago, alarmado por las derivaciones de una intervención europea en el continente, dirigió una nota con fecha 29 de diciembre al ministro argentino en los Estados Unidos, Martín García Mérou —quien debía comunicarla al gobierno estadounidense— en donde hizo un detallado relato de la posición argentina frente a los hechos". En tal sentido, véase: Witker, Iván, Doctrina Drago, en: *Problemáticas internacionales y mundiales desde el pensamiento latinoamericano. Teorías, escuelas, conceptos, doctrinas, figuras*, Santiago de Chile, Ariadna, 2020, pp. 215 ss., especialmente p. 216.

⁴¹ "...Lo único que la República Argentina sostiene, y lo que vería con gran satisfacción consagrado con motivo de los sucesos de Venezuela, por una nación que, como los Estados Unidos, goza de tan grande autoridad y poderío, es el principio ya aceptado de que no puede haber expansión territorial europea en América, ni opresión de los pueblos de este Continente, porque una desgraciada situación financiera pudiese llevar a alguno de ellos a diferir el cumplimiento de sus compromisos. En una palabra, el principio que quisiera ver reconocido, es el de que "la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea". En tal sentido véase: Molina Herrera, Evaristo, La Doctrina Drago, en: *Anales de la Universidad de Chile*, 1917, pp. 1486 ss., especialmente pp. 1489. Disponible en: <https://sl1nk.com/dvuf6qvk>

(i) Drago argumentó que el reconocimiento de la deuda y su liquidación deben ser hechos por la nación sin menoscabo de sus derechos primordiales como entidad soberana. El cobro compulsivo inmediato mediante la fuerza provocaría la ruina de las naciones débiles y la supresión de sus gobiernos locales⁴².

(ii) Drago distinguió entre contratos privados y empréstitos públicos. Estos últimos son actos de soberanía y no contratos ordinarios sujetos a ejecución forzosa. El prestamista debe asumir el riesgo inherente a la soberanía del deudor y sus fluctuaciones financieras⁴³.

(iii) Se sostuvo que los acreedores extranjeros no pueden reclamar privilegios que eliminen el factor de riesgo. Los acreedores no deberían perder de vista la eventualidad de la bancarrota, y no deben echar la culpa sino a sí mismos si llegan a perder el dinero. Convertir una deuda privada en una cuestión de estado implicaría que los gobiernos extranjeros actúan como agentes de cobro de sus banqueros⁴⁴.

La doctrina transformó la política exterior argentina, sacándola de su aislamiento para asumir un rol muy relevante ante los acontecimientos que vivía Venezuela⁴⁵. Aunque Estados Unidos intentó diluirla con la “Convención Drago-Porter” en la Conferencia de La Haya de 1907, que permitía la fuerza si se rechazaba el arbitraje. La tesis de Drago recibió el respaldo de importantes juristas europeos y americanos⁴⁶. Además, la doctrina fue confirmada por expertos internacionales como Carlos Calvo y Franz Despagnet, quienes coincidieron en que,

⁴² “...Tal documento constituye la base de la que ha dado en llamarse Doctrina Drago. Sintéticamente, el canciller argentino declaraba que el uso de la fuerza militar no podía aplicarse a las relaciones entre deudores y acreedores, sobre todo tratándose de Estados”. En tal sentido véase: Maiz, Claudio, *A cien años de la Doctrina Drago*, en: <https://11nq.com/h9z1g2i>, pp. 1 ss., especialmente p. 1.

⁴³ “...La opinión de Edward Laboulaye, del Instituto de Francia, sobre las deudas contraídas con los extranjeros en empréstitos públicos, fue la siguiente: “En mi opinión no hay ningún medio coercitivo: un empréstito de Estado no es un contrato ordinario. Es un hecho de soberanía, es un contrato particular regido por el Derecho Político de cada Estado. Es a la opinión a la que es preciso dirigirse. La sanción, es la de excluir del mercado francés todo empréstito del Gobierno de que se trata, es la única que conocen los ingleses, pero es la buena”. En tal sentido véase: Fabela, Isidro, *Las doctrinas Monroe y Drago*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1957, p. 528.

⁴⁴ “...En su derecho están también para exigir las garantías que juzguen satisfactorias para asegurar el pago de su dinero, de manera que, si a pesar de estas precauciones, la operación resulta mala, la culpa es de los mismos prestamistas, y por consiguiente no es justo que los gobiernos confíen a sus acorazados el encargo de enmendar los errores cometidos por sus respectivos súbditos. Esto equivaldría a que la nación entera se encargara de sanear las operaciones financieras de unos pocos particulares”. En tal sentido véase: Holguín, Jorge, *La doctrina Drago*, en: *Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario*, 1907, Vol. 3, No. 8, pp. 504 ss., especialmente pp. 506.

⁴⁵ Maiz, A cien años de la Doctrina Drago..., ob. cit., p. 1. El autor menciona “...La posición argentina de 1902 ponía fin, así, a más de tres décadas de una actitud aislacionista en relación con América Latina”.

⁴⁶ Molina Herrera, *La Doctrina Drago*..., ob. cit., p. 1491 “...Los Estados Unidos mismos, que habían tenido intenciones de presentarla como propia. El Segundo delegado norte-americano, General Horacio Porter, la que se conoce bajo el nombre de Proposición Porter, y que dice así: Con el fin de evitar entre las naciones los conflictos armados de origen puramente pecuniario, provenientes de deudas contractuales, reclamadas al Gobierno de un país por el Gobierno de otro país como debidas a sus súbditos o ciudadanos, y a fin de garantizar que todas las deudas contractuales de esa naturaleza que no hayan sido arregladas amigablemente por la vía diplomática sean sometidas al arbitraje, se conviene en que ningún recurso a medidas coercitivas que implique el empleo de fuerzas militares o navales para el cobro de tales deudas contractuales podrá tener lugar hasta que no se haya hecho una oferta de arbitraje por el reclamante, que haya sido rechazada o dejada sin respuesta por el Estado deudor, o hasta que el arbitraje no haya tenido lugar y el Estado deudor haya dejado de conformarse a la sentencia pronunciada”.

subordinar la existencia de un Estado a sus recursos financieros es un ataque a la independencia nacional.

B. La Doctrina Monroe y el Corolario Roosevelt

La Doctrina Monroe, proclamada en 1823, surgió como una respuesta a la inseguridad de un país en expansión —Estados Unidos—, frente a las potencias europeas⁴⁷. La Doctrina fue presentada bajo el lema “América para los americanos”, esta doctrina tenía como propósito desvincular al nuevo mundo de la influencia del viejo mundo, sentando las bases para que, al madurar las condiciones, quedara bajo la tutela estadounidense, manteniendo a otras potencias alejadas de lo que aún se considera su área de influencia⁴⁸.

Inicialmente, se consideró una regla defensiva diseñada para evitar la colonización futura por parte de potencias europeas⁴⁹.

En diciembre de 1904, Theodore Roosevelt modificó drásticamente la política hemisférica al proclamar su célebre Corolario, considerado el componente más agresivo de la diplomacia norteamericana. Esta nueva postura justificaba la intervención unilateral de Estados Unidos, si una nación americana incurría en mala conducta o mostraba impotencia de manera flagrante, Estados Unidos asumía la obligación de ejercer un poder de policía internacional. Así, pasó de una doctrina que simplemente prohibía la intervención de potencias europeas a una que legitimaba la propia intervención estadounidense⁵⁰.

⁴⁷ “...Según el autor, el mensaje de Monroe evidenciaba una inseguridad por parte del gobierno de Estados Unidos al británico, ya que imaginaba una alianza anglo-norteamericana debido a la intención de la Santa Alianza de interferir en el hemisferio occidental, especialmente, por parte de Rusia”, En tal sentido, véase: Serrano N., Yapsia K., Evolución de la Doctrina Monroe, en: *Cátedra: Revista Especializada en estudios culturales y Humanísticos*, 2023, No. 20, pp. 81 ss., especialmente p. 84.

⁴⁸ “...A principios del siglo XIX, conscientes de su debilidad ante las potencias europeas, los dirigentes de la —en ese entonces—, joven nación, intentaron sentar las bases de su predominio en las Américas. Fruto de tales ideas surge la célebre Doctrina Monroe, de cuyo contenido fueron muy cuidadosos en hacer conocer principalmente la famosa frase de “América para los americanos”, pero que en esencia trataba de deslindar, hasta donde fuera posible, al llamado Nuevo Mundo de la influencia europea, para que cuando las condiciones lo permitieran cayera en sus manos”. En tal sentido véase: Martínez Díaz, Enrique R., El Corolario Roosevelt, componente más agresivo de la Doctrina Monroe, en: *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 2020 No. 137, pp. 91 ss., especialmente p. 96. Disponible en: <https://sl1nk.com/u48zt2v>

⁴⁹ “...An initially defensive dictum had been turned into an aggressive policy. Strictly speaking, it was a ‘perversion’ of Monroe’s original intent, though not exactly ‘a cover for imperial designs on Latin America’”. En tal sentido, véase: Ricard, Serge, The Roosevelt Corollary, en: *Presidential Studies Quarterly*, 2006, Vol. 36, No 1, pp. 17 ss., especialmente p. 18. Disponible en: <https://11nq.com/5er3vo5>

⁵⁰ “...Since 1823 the United States under the Monroe Doctrine had been attempting to regulate the activities of European governments in Latin America. In his annual message of 1904, President Theodore Roosevelt expressed the intention of regulating also the conduct of Latin Americans and Latin-American governments with reference to Europeans. Describing his policy in the language of the common man, he declared at Chautauqua, New York, in August, 1905: ‘It is out of the question to claim a right and yet shirk the responsibility for exercising that right.... We do not intend to permit... [the Monroe Doctrine] to be used by any of these republics as shield to protect that republic from the consequences of its own misdeeds against foreign nations’”. En tal sentido, véase: Rippey, J. Fred, Antecedents of the Roosevelt Corollary of the Monroe Doctrine en: *Pacific Historical Review*, 1940, Vol. 9, No. 3, pp. 267 ss., especialmente p. 267. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/3632907>.

C. Herbert Bowen

Finalmente, la cancillería venezolana pidió la mediación del embajador estadounidense, Herbert Bowen, para resolver el conflicto. Esto llevó a que Estados Unidos promoviera un arbitraje internacional con el objetivo de levantar el bloqueo naval y las potencias agresoras aceptaron esta propuesta⁵¹.

El 9 de diciembre de 1902, tras la incautación de buques venezolanos por parte de Gran Bretaña y Alemania, el presidente Castro solicitó formalmente a Bowen que representara a Venezuela. Ese mismo día, Bowen notificó al Secretario de Estado de Estados Unidos, John Hay, que Venezuela deseaba resolver las diferencias mediante arbitraje⁵².

El 7 de enero de 1903, el gobierno venezolano le otorgó oficialmente la capacidad para negociar en Washington y con todas las naciones que tuvieran reclamos contra Venezuela. Bowen no solo negoció con la alianza que propició el bloque naval —Gran Bretaña, Alemania e Italia—, sino también con Francia, Bélgica, España, los Países Bajos, Noruega, Suecia, México y los propios Estados Unidos⁵³.

VI. Resolución: Protocolo de Washington y un Tribunal en La Haya

El bloqueo naval no terminó hasta que se llegaron a acuerdos comerciales por cobro de deuda. Las condiciones de pago de las reclamaciones que pondrían fin al bloqueo se formalizaron en los denominados Protocolos de Washington, suscritos en esa ciudad el 13 febrero de 1903⁵⁴.

El Protocolo de Washington de 1903, estableció un compromiso financiero, el 30% de los ingresos aduaneros de La Guaira y Puerto Cabello se destinaría al pago de la deuda. Además, se estipuló una cláusula relevante que indicaba que, en caso de incumplimiento por

⁵¹ "...En este sentido, el 17 de diciembre de 1902 la cancillería venezolana solicitó al embajador estadounidense, Herbert Bowen, su intervención como árbitro en el conflicto. Finalmente, Estados Unidos promovió un arbitraje internacional para terminar con el bloqueo naval. Las potencias agresoras aceptaron esta medida". En tal sentido véase: Gómez, *La política exterior de Theodore Roosevelt*..., ob. cit., p. 15.

⁵² "...President Castro, on December 9, 1902, when Great Britain and Germany seized his warships and began the blockade of his ports, requested me to represent Venezuela, and I cabled that same day to Mr. Hay, stating that Venezuela would like to have her differences with Great Britain and Germany settled by arbitration. On December 11, I cabled again to Mr. Hay, asking him whether he would forward the suggestion regarding arbitration to Great Britain and Germany". En tal sentido, véase: Bowen, Herbert W., Roosevelt and Venezuela, en: *The North American Review*, 1919, Vol. 210, No. 766, pp. 267 ss., especialmente p. 414.

⁵³ *Ibid.*, 415, En tal sentido, véase "...The Venezuelan Government grants full powers to Mr. Herbert W. Bowen to effect at Washington, with the diplomatic representatives of the nations that have claims against Venezuela, the immediate settlement of them or the preliminaries for the submission to arbitration of such of them as cannot be settled immediately. These nations included Great Britain, Germany, Italy, France, Belgium, Spain, The Netherlands, Norway and Sweden, Mexico and the United States".

⁵⁴ "...Los atrasos de la deuda exterior financiera no formaron parte de los acuerdos denominados Protocolos de Washington, suscritos en esa ciudad en febrero de 1903 con el objeto de formalizar las condiciones de pago de las reclamaciones que pondrían fin al bloqueo". En tal sentido, véase: Hernández Delfino, Carlos, Discurso de incorporación a la Academia Nacional de la Historia. Reflexiones sobre el método cuantitativo en la historia económica, en: *Boletín de la Academia Nacional de la Historia*, No. 427, 2024. pp. 9 ss., especialmente p. 27.

parte del Gobierno, la administración de las Aduanas pasaría a manos de funcionarios belgas hasta que las obligaciones económicas quedaran totalmente saldadas⁵⁵.

El 13 de febrero de 1903 se firmaron los Protocolos de Washington y los reclamos importantes remitidos a la Corte Internacional de La Haya y los restantes sometidos a comisiones mixtas en Caracas⁵⁶. En respuesta a la solicitud específica de Alemania, Gran Bretaña e Italia, se firmaron tres protocolos adicionales en Washington el 7 de mayo de 1903. Estos protocolos remitieron a la Corte Permanente de Arbitraje la decisión definitiva sobre si esos países tenían derecho a un trato preferente o separado en el pago de sus reclamaciones contra Venezuela⁵⁷. El 22 de febrero de 1904, el Tribunal emitió su veredicto, otorgando a Alemania, Gran Bretaña e Italia el trato preferencial que habían solicitado.

En el fallo de La Haya del 27 de febrero sobre fondos venezolanos se priorizó a quienes usaron la violencia sobre los reclamantes pacíficos, a pesar de que el Tribunal reconoció la justicia de todas las peticiones⁵⁸.

Reflexión final

El mundo está en una creciente globalización, las sociedades contemporáneas deben entender las lecciones del pasado para evitar repetir los errores históricos en el futuro. Por eso la historia es tan importante para el Derecho. Toda norma, convención, protocolo no fueron creadas del vacío, sino que, deviene de una experiencia o de un problema histórico que llevó a legislar la norma jurídica.

⁵⁵ "...Por ejemplo, en el Protocolo de Washington de 1903, celebrado a raíz del bloqueo por armadas europeas a los puertos venezolanos ese año, se comprometió para su cumplimiento el 30 por ciento de las entradas aduaneras de los puertos de La Guaira y Puerto Cabello, llegándose a estipular que si el Gobierno dejaba de cumplir dicha obligación, la Administración de las Aduanas se pondría a cargo de 'funcionarios belgas' hasta que las deudas quedaran satisfechas". En tal sentido, véase: Brewer Carías, Allan R., *Sobre Los Orígenes del Derecho Administrativo en Venezuela*, en: *Ensayos de derecho administrativo. Libro Homenaje a Jorge Fernández Ruiz*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 273 ss., especialmente pp. 281.

⁵⁶ "...El 13 de febrero de 1903 se firmaron los Protocolos de Washington, siendo los reclamos importantes remitidos a la Corte Internacional de La Haya y los restantes sometidos a comisiones mixtas en Caracas". En tal sentido véase: Palmar, Paz, *El puerto de Maracaibo durante el bloqueo anglo-germano de 1902-1903*, en: *Omnía*, 2014, Vol. 20, No. 1. Disponible en: <https://sl1nk.com/1ob14jq>

⁵⁷ "...Atendiendo la petición específica de Alemania, Gran Bretaña e Italia, 3 protocolos adicionales fueron firmados en Washington el 7 de mayo de 1903, remitiendo la cuestión de si estos países tenían o no derecho a tratamiento preferente o separado en el pago de sus reclamaciones contra Venezuela" En tal sentido véase: Harwich Vallenilla, Nikita, *Protocolos de Washington*, en: *Diccionario de Historia de Venezuela. Fundación Empresas Polar*, 1903.

⁵⁸ "...Según el fallo del Tribunal de La Haya, dictado el 27 de febrero último, en el repartimiento de los dineros de Venezuela, habrán de tener preferencia sobre los reclamantes pacíficos los que reclamaron con la violencia. Desde el momento en que se estatuye que a todos se les ha de pagar, se reconoce por el Tribunal la justicia de las reclamaciones de todos; y la preferencia se funda en la violación, por parte de aquellos a quienes se les concede, del mismísimo principio de arbitramento (es decir, de análisis o investigación imparcial), representado por ese Tribunal". En tal sentido véase: Pérez Triana, S., *Apuntes internacionales: El fracaso del tribunal de La Haya*, en: *Alma Española*, 23 de abril de 1904, Año II, No. 22, p. 8. Disponible en: <https://sl1nk.com/6d3d1ok>

IV. Profesores de la Maestría

Nuevos rumbos de la autonomía de la voluntad contractual en el Derecho Internacional Privado uruguayo

Cecilia Fresnedo de Aguirre*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 325-360.

Resumen

Este trabajo pretende responder al interrogante de si los nuevos rumbos en materia de autonomía de la voluntad conflictual en el DIPr uruguayo son real y absolutamente nuevos. Para ello se analiza la evolución del tema desde el siglo XIX al XXI, tanto en los instrumentos convencionales y autónomos vigentes en el país como los instrumentos de *soft law* de fuente universal y regional. Se analizan tanto los instrumentos generales como los específicos. Se releva el tratamiento que estos dan a los contratos comerciales internacionales de libre discusión y a los contratos comerciales internacionales de adhesión, con cláusulas estándar, con condiciones generales unilaterales y preimpresas, formularios y demás modalidades de contratos no negociados.

Abstract

This paper aims to answer the question of whether the new directions in matters of party autonomy in conflict of laws under Uruguayan private international law are truly and entirely new. To this end, the evolution of the subject from the nineteenth to the twenty-first century is analyzed, both in the conventional and autonomous instruments in force in the country and in soft law instruments of universal and regional origin. Both general and specific instruments are examined. The paper surveys the treatment these instruments give to freely negotiated international commercial contracts and to international commercial contracts of adhesion, including standard clause contracts, unilaterally pre-printed general conditions, forms, and other modalities of non-negotiated contracts.

Palabras clave

Autonomía de la voluntad. Evolución. Novedad relativa. Hard law. Soft law. Soluciones generales y especiales.

Keywords

Party autonomy. Evolution. Relative novelty. Hard law. Soft law. General and special solutions.

Sumario

I. ¿Rumbos absolutamente nuevos? A. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. 1. Solución general: ley del lugar de cumplimiento y juez del lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado. 2. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889. a. Fletamento bajo póliza de fletamento y transporte bajo conocimiento de embarque. 3. El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940. 4. Protocolos Adicionales. B. El Apéndice del Código Civil de 1941. C. El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual, CMC/Dec. No. 1/94 de 1994. D. La Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020. 1. Modificaciones con respecto al Apéndice del Código Civil. 2. La autonomía de la voluntad como principio general y sus límites. a. La ley aplicable. b. La jurisdicción internacionalmente competente: autonomía de la voluntad como regla general. c. Jurisdicciones concurrentes en ausencia de elección válida. 3. Las soluciones subsidiarias, idénticas a las que antes eran la regla general. a. El acápite del artículo 48. b. Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento. c. Criterios subsidiarios.

* Ex catedrática de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Universidad Católica del Uruguay. Ha dictado clase en diversas universidades extranjeras, en el Comité Jurídico Interamericano de la OEA y en la Academia de La Haya de Derecho Internacional (2015). Es autora de múltiples libros y artículos. En la actualidad es Directora de la Escuela de Posgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, es asimismo Académica de Número Fundadora de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

4. Posibilidad de elegir derecho no estatal. 5. Prohibición del reenvío en materia contractual. 6. Condiciones de validez de la elección de la ley por las partes. 7. Aspecto temporal de la elección. 8. Alcance del acuerdo de elección. 9. Contratos excluidos del régimen autonomista. 10. La aplicación de usos y principios. II. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil. A. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos comerciales Internacionales. B. La Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas. C. El Informe y recomendaciones de buenas prácticas del Comité Jurídico Interamericano. 1. Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual. 2. En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal. 3. La realidad práctica. 4. Recomendaciones y posibles buenas prácticas. Conclusiones.

I. ¿Rumbos absolutamente nuevos?

¿Podemos afirmar que nos enfrentamos a rumbos absolutamente nuevos en cuanto a la autonomía de la voluntad conflictual en materia contractual en el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr) uruguayo vigente hoy? Para responder a dicho interrogante procederemos al análisis de la evolución del tema desde el siglo XIX hasta la Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920 del 17 de noviembre de 2020 (en adelante, LGDIPr).

A. Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940

Los contratos están regulados en términos generales en la categoría actos jurídicos del Tratado de Derecho Civil Internacional (TDCI) de 1889 y del de 1940. El Tratado de Derecho Comercial Internacional (TDCoMI) de 1889 regula algunas figuras contractuales en particular, como por ejemplo el fletamento y los seguros. El Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional (TDCoMTI) regula el transporte terrestre y el multimodal, que el Tratado llama “mixto”, los seguros, la prenda comercial, a través de normas de derecho comercial específicas. Por su parte, el Tratado de Navegación Comercial Internacional (TNCT) de 1940 regula el contrato de fletamento y el de transporte de mercaderías y pasajeros, los seguros, hipotecas, el préstamo a la gruesa.

La autonomía de la voluntad conflictual no es admitida, en principio, en ninguna de dichas fuentes, las cuales contienen soluciones preceptivas tanto en materia de ley aplicable como de jurisdicción competente.

1. Solución general: ley del lugar de cumplimiento y juez del lugar de cumplimiento o del domicilio del demandado

El TDCIM de 1889 se afilia a la solución legal preceptiva, estableciendo que los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, punto de conexión que debe interpretarse conforme a las normas de interpretación preceptiva contenidas en el propio Tratado (arts. 33 y ss).

El art. 33 del TDCIM de 1889 establece que la ley donde los contratos deben cumplirse rige su existencia, naturaleza, validez, efectos, consecuencias, “en suma, todo cuando concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”.

El art. 34 del mismo Tratado comienza diciendo: “En consecuencia...”, es decir, dado que los contratos se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento, y establece una serie de reglas de interpretación preceptivas del punto de conexión “lugar de cumplimiento”: “(...) los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados. Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración. Los que versen sobre prestación de servicios: a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración. b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producirse sus efectos. c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato”.

Se trata de ficciones jurídicas¹ que permiten que “todo contrato tenga jurídicamente un solo lugar de cumplimiento”, “determinado en el momento de la celebración” (yo diría, incluso desde antes, porque estas reglas son abstractas y apriorísticas), y una vez determinado no puede, jurídicamente, cambiar². Ello responde a la naturaleza savigniana de las normas del Tratado; Savigny pretendía localizar las relaciones jurídicas en el territorio de un único Estado, y así identificar al derecho de ese Estado como el derecho único y adecuado para regular la relación en cuestión³.

El TDCIM de 1940 mantiene la regla general del TDCIM de 1889 en idénticos términos en sus arts. 37 y 38, pero generaliza, en su art. 40, la que en el art. 35 del Tratado de 1889 era una solución específica para el contrato de permuta. Establece el art. 40 del Tratado de 1940: “Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento”.

En cuanto a la jurisdicción, los incisos primero y segundo de los arts. 56 de ambos TDCIM contienen las mismas soluciones, las cuales coinciden básicamente con los literales A y C del art. 57 de la LGDIPr.

En el primer inciso se consagra el criterio Asser, en igual forma que en el art. 57.C). En el segundo inciso de los arts. 56 se establece que las acciones en cuestión podrán igualmente

¹ Ver desarrollo de este tema en Fresno de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III Parte especial, Derecho Internacional Privado Civil y Comercial*, Montevideo, FCU, 2022, pp. 290-293.

² Alfonsín, Quintín, *Régimen Internacional de los Contratos*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones de Facultad de Derecho, UR, 1950, p. 79.

³ Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del Derecho Romano Actual*, Madrid, 1879, T. VI, p. 140, § 348; p. 142, § 349.

entablarse ante los jueces del domicilio del demandado (al igual que el art. 57.A), aunque sin hacer referencia al domicilio contractual, como sí lo hace el art. 57.A.

El art. 56.2 no lo dice a texto expreso, pero se desprende indubitadamente que la opción corresponde al actor.

En el Tratado de 1940 se agrega un tercer inciso que permite la prórroga territorial de la jurisdicción, siempre que se den ciertas condiciones: que sea *post litem*, que después de promovida la acción el demandado la admita voluntariamente —en forma positiva y no ficta— y que se trate de acciones personales patrimoniales.

2. El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889

a. Fletamento bajo póliza de fletamento y transporte bajo conocimiento de embarque

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889 (arts. 14 y 15) prevé como categoría autónoma el fletamento, incluyendo en esta figura tanto el fletamento de buques como al contrato de transporte de mercaderías y pasajeros⁴.

La solución que establece implica un cambio radical en cuanto a la ley aplicable al transporte marítimo, ya que el art. 14 expresa que: “El contrato de fletamento se rige y juzga por las leyes y tribunales del país en que está domiciliada la agencia marítima con la cual ha contratado el fletador”. Dicho punto de conexión nos lleva a la ley y tribunales del lugar de celebración. En teoría puede haber alguna variación entre lugar de celebración del contrato y domicilio de la agencia marítima, pero en la práctica ello no sucede casi nunca.

Este punto de conexión tiene, no obstante, una variación importante en los artículos que regulan las averías. Conforme el art. 22 “Las averías particulares se rigen por la ley aplicable al contrato de fletamento de las mercancías que las sufren”, lo cual confirma que el tratado utiliza fletamento como sinónimo de transporte y que rige la ley del lugar de celebración.

El art. 24 agrega: “Los juicios por averías particulares se radicarán ante los tribunales del país en que se entregue la carga”. Dado que la gran mayoría de los juicios por incumplimiento de contrato de transporte son “juicios por averías particulares” debe concluirse que, en relación al

⁴ La referencia a la agencia marítima nos indica que el término “fletamento” es utilizado con el mismo sentido omnicompreensivo que tiene en todos nuestros códigos del siglo XIX: incluye el fletamento y el transporte. Fletamento en el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, como en el art. 1270 del Código de Comercio, refiere por igual al fletamento bajo póliza de fletamento como al transporte bajo conocimiento de embarque. Es más, los conocimientos de embarque son habitualmente emitidos por el agente marítimo del puerto de partida, cosa que puede no ser cierta para las pólizas de fletamento.

tribunal competente, volvemos a la regla de que la jurisdicción competente es la del lugar de cumplimiento del contrato⁵.

3. El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940

El Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940 regula expresamente en su art. 25 “los contratos de fletamento y transporte de mercaderías y personas”.

El art. 26 dispone sobre el fletamento y el transporte, que “cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de celebración y la nacionalidad del buque”. Se opta por la ley del lugar de cumplimiento en forma absoluta, y para evitar las dudas que planteaban algunas imprecisiones de los Tratados de 1889, agrega: “Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”.

El art. 27 repite la regla tradicional de dar opción al actor para demandar ante los tribunales del Estado cuya ley es aplicable o del domicilio del demandado.

La regla final del art. 27 (“...siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario”) implica el carácter de orden público de las normas sobre ley aplicable y jurisdicción competente. Tal proscripción de la autonomía en el derecho marítimo y en el derecho de los transportes en general, responde a una tradición unánime en la región. En el transporte marítimo no existe autonomía de la voluntad en el consentimiento de las estipulaciones de los conocimientos de embarque, por lo que no cabe invocarla para validar dichas cláusulas.

Estas normas han sido pacífica y uniformemente aplicadas por nuestra jurisprudencia. Así por ejemplo en el caso del buque Río Negro⁶, tratándose de un transporte fluvial con lugar de carga en Montevideo y lugar de destino en Asunción, la Sede entendió que correspondía aplicar el Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940, cuyo art. 26 establece que el derecho aplicable es el del lugar de descarga, o sea el vigente en Paraguay, “con las modificaciones que la Convención Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos (Convención de Bruselas de 1924) introdujo al Código de Comercio de dicho país”.

⁵ Un ejemplo de esto se pudo ver en los juicios generados en torno al siniestro del buque Río Los Sauces: “*Nessembern Assurantien B.V. c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-11, Sent. 343 del 30/12/87” (consentida). *Revista de Transporte y Seguros* 4, caso 44, p. 9.; “*Royal Insurance c/ ELMA*”, buque Río Los Sauces, JLC-10, Sent. 255 de 25/7/86; TAC-3, Sent. 396 de 14/12/87. *Revista de Transporte y Seguros* 1, caso 1, p. 9.

⁶ Caso “*Royal Insurance (Int.) Ltd. c/ Flota Mercante del Estado*” (buque Río Negro) Sentencia No. 21 del 26/2/1992 (consentida) del Jdo. Ldo. Civil 14.º Turno, Dra. Nilsa SALVO, publicada en *Revista de Transporte y Seguros* No. 11 caso No. 192, p. 51.

4. Protocolos Adicionales

Los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no admiten la autonomía de la voluntad, ni en materia de ley ni de jurisdicción: “la silencia el primero y la repudia el segundo (Protocolo Adicional de 1940, art. 5)”⁷. En realidad, el referido art. 5 del Protocolo Adicional de 1940 la admite sólo cuando la ley aplicable (la del lugar de cumplimiento del contrato) así lo autoriza⁸.

El Protocolo Adicional a los Tratados de 1889 no contiene norma equivalente al art. 5 del Protocolo de 1940, lo cual no modifica lo afirmado supra de que el Tratado no admite la autonomía conflictual en materia de contratos, sino que establece preceptivamente cual es la ley aplicable a éste⁹.

B. El Apéndice del Código Civil de 1941

El codificador nacional de 1941, Álvaro Vargas Guillemette, siguiendo la posición tradicional de la doctrina y la jurisprudencia uruguayas, optó por la solución legal preceptiva en cuanto a la ley reguladora del contrato. Ello como principio general, en los arts. 2399, 2401 y 2403 de la ley No. 10.084, incorporada al Código Civil como Apéndice, hoy derogado¹⁰. ¿Significa ello que el Apéndice del CC impedía siempre que las partes pudieran elegir la ley aplicable y/o el juez competente en sus contratos? Consideramos que la solución del Apéndice no era totalmente rígida¹¹.

⁷ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 5a. ed., 1985, p. 392, No. 314 y Fresno de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, en: *Curso de Derecho Internacional*, XXXI, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, 2004, pp. 323-390, en especial pp. 328-330; Fresno de Aguirre, Cecilia y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto. Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920*, Montevideo, FCU, 2021, pp. 188-192.

⁸ Ver desarrollo de este tema en Fresno de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p.287-288.

⁹ Esta interpretación, mayoritaria en la doctrina uruguaya, ha sido contestada por un sector de la doctrina argentina.

Ver al respecto: Fresno de Aguirre, Cecilia, *La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional* (tesis), Montevideo, FCU, 1991, p. 51-55.

¹⁰ Enmendado por ley 16.603 de 1994, y derogada luego por la Ley General de Derecho Internacional Privado No. 19.920 de 2020.

¹¹ Nos hemos referido anteriormente a este punto en: Fresno de Aguirre, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, Operti Badán, Didier y Cecilia Fresno de Aguirre, *Contratos Comerciales Internacionales. Últimos desarrollos teórico-positivos en el ámbito internacional*, FCU, 1997, Fresno de Aguirre, Cecilia, La Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958: Análisis de la Jurisprudencia Uruguaya, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 1999, No. 3, pp. 141-157; Id., Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Privado respecto a los Títulos Valores, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 2001, Año IV, No. 4, pp. 135-142; Id., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR* (co-autora; obra colectiva coordinada por Diego P. Fernández Arroyo), Buenos Aires, Zavalia, 2003, Ep. 5.IV: Dimensión autónoma de los sistemas de jurisdicción internacional en los Estados del MERCOSUR. Uruguay; pp. 249-254, Cap. 24 (en coautoría con Diego P. Fernández Arroyo); Obligaciones contractuales: aspectos generales, pp. 949-977, Ep. 25.V4: Reglamentación general de los contratos internacionales en los Estados mercosureños. Dimensión autónoma, Uruguay, pp. 1018-1024; Fresno de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional (2004)... , ob. cit., pp. 323-390, Fresno de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., pp. 286 ss., entre otras obras.

El art. 2403 del CC establecía, como principio general, y salvo norma especial en contrario¹², la prohibición expresa de la autonomía de la voluntad, tanto en relación a la ley aplicable como a la jurisdicción competente, en los mismos términos que el art. 5 del Protocolo Adicional de 1940.

En la exposición de motivos de la ley 10.084, Vargas Guillemette¹³ sostuvo que:

Las partes no pueden variar a su arbitrio las reglas de competencia legislativa y judicial, ya que para determinarlas, se han tenido fundamentalmente en cuenta el interés de afectación del Estado a cuyo orden social o económico se vincula por su naturaleza la relación jurídica de que se trata.

Y en el mismo sentido, agregaba el Informe de la Comisión de Códigos de la Cámara de Representantes¹⁴ que “la competencia internacional se determina por razones superiores a la voluntad de las partes comprometidas en la relación jurídica de que se trata”¹⁵.

C. El Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en materia contractual, CMC/Dec. No. 1/94 de 1994

Este Protocolo tiene un ámbito de aplicación limitado: sólo comprende a los contratos internacionales, civiles o comerciales, celebrados entre particulares, personas físicas o jurídicas, cuyas partes contratantes tengan domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; o aquellos contratos en que

por lo menos una de las partes “tenga su domicilio en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo (art. 1).

Quedan excluidos del ámbito de aplicación del Protocolo: los contratos laborales y los administrativos, ya que el Protocolo se limita a los civiles y comerciales. Para que no quepan dudas, el Protocolo los incluye, además, en la lista de exclusiones expresas del art. 2; los contratos nacionales o domésticos, ya que el Protocolo se limita a los internacionales; los contratos en que una parte se domicilia o tiene su sede en un Estado Parte del MERCOSUR y la otra no, y no se pactó la jurisdicción de un Estado Parte del MERCOSUR. También quedan fuera del ámbito de aplicación del Protocolo los contratos civiles y comerciales excluidos a texto expreso por el art. 2: los

¹² Ver, como ejemplo de norma especial en contrario a la regla general: art. 121 de la ley No. 18.627, 1/12/2009 y Protocolo sobre jurisdicción en materia contractual (Buenos Aires, 1994).

¹³ Vargas Guillemette, Álvaro, *Codificación Nacional del Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1943, p. 13.

¹⁴ Vargas Guillemette, *Codificación Nacional...*, ob. cit., p. 22.

¹⁵ La jurisprudencia aplicó esta norma, de carácter imperativo, en forma unívoca. Así por ejemplo, la sentencia No. 2258, de 5/12/1996, del JLC de 11.º T, Zulma Casanova, establece que “es improcedente el argumento esgrimido por la excepcionante en cuanto serían competentes los tribunales ingleses, por la cláusula pactada por las partes, pues como lo reconoce la jurisprudencia y doctrina, dicha elección es contraria a las normas vigentes en materia de competencia judicial, las que no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes (art. 2403 C.Civil), debiendo tenérsela por no puesta”.

negocios jurídicos entre fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; los contratos de seguridad social; los contratos administrativos y los laborales; los contratos de venta al consumidor; los contratos de transporte; los contratos de seguros; los derechos reales.

El Protocolo admite la autonomía de la voluntad de las partes como regla general, estableciendo en el art. 4 que las partes pueden elegir el juez competente para entender en los conflictos que surjan a raíz de su contrato, siempre, obviamente, que este esté incluido en el ámbito de aplicación del Protocolo (arts. 1 y 2).

La voluntad de las partes contratantes está enmarcada por las disposiciones del propio Protocolo, que establece las condiciones y requisitos conforme a los cuales ella podrá actuar: sólo pueden elegir los tribunales de uno de los Estados Parte del Protocolo (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay); el acuerdo debe consignarse por escrito, por lo que no sería válido, conforme al Protocolo, un acuerdo verbal. Además, y aunque el Protocolo no lo dice expresamente, el consentimiento de las partes con relación a lo escrito deberá manifestarse mediante su firma, ya sea ésta de puño y letra o digital. Y ello es lógico, porque “los escritos por sí solos a nadie obligan”¹⁶.

Si el acuerdo hubiera sido obtenido “en forma abusiva”, será nulo. Esto es de principio, pero resulta conveniente que se haya establecido a texto expreso. El acuerdo no podrá ser contrario al orden público internacional del Estado donde se pretenda hacer valer.

La validez y los efectos del acuerdo de elección de foro se rigen por el derecho de los Estados Partes que tuvieran jurisdicción de conformidad al Protocolo (art. 5.2). Esta solución se aparta, acertadamente en mi opinión, de la solución tradicional en cuanto al acuerdo de elección de ley¹⁷. En todo caso, agrega la norma, “se aplicará el derecho más favorable a la validez del acuerdo”.

El art. 6 admite la prórroga de jurisdicción en los mismos términos del art. 56.3 del TMDCI de 1940, es decir, exigiendo que el demandado la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta. Además, sólo se permite a favor de los tribunales de otro Estado Parte.

A falta de elección válida por las partes, los arts. 7 a 12 establecen los criterios subsidiarios para determinar la jurisdicción, siguiendo las soluciones de los TDCIM.

¹⁶ Almirati, en sentencia No. 147, 24/5/1988, en *Revista de Transporte y Seguros*, 1989, No. 2, caso No. 19, p. 47.

¹⁷ Tanto en la Convención de Roma sobre Obligaciones de 1980 y Protocolos de Interpretación, como en la Convención sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994) la validez y efectos del respectivo acuerdo se rigen por la ley elegida, y no por la que resultaría aplicable en ausencia de elección válida. Si una parte cuestiona la validez del acuerdo en sí —sostiene que no consintió libremente, que el acuerdo le fue impuesto abusivamente, etc.—, es absurdo que la cuestión se dilucide conforme a la ley cuya aplicabilidad se discute.

D. La Ley General de Derecho Internacional Privado de 2020

1. Modificaciones con respecto al Apéndice del Código Civil

La LGDIPr No. 19.920 de 2020 deroga el Apéndice y admite la autonomía de la voluntad conflictual en materia de ley aplicable (art. 45) y de jurisdicción competente (art. 60), con el objetivo de armonizar las soluciones uruguayas autónomas o nacionales en materia de regulación de los contratos internacionales con las tendencias mundiales, como se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley.

Esta ley supone un cambio importante respecto a la normativa anterior (arts. 2399, 2401 y 2403 CC), ya que invierte los términos en materia de autonomía de la voluntad: en el Apéndice del Código Civil, el principio general era que la ley aplicable a los contratos y la jurisdicción competente la establecía el legislador en forma preceptiva, y sólo admitía que las partes eligieran la ley reguladora de sus contratos y la jurisdicción cuando la ley competente así lo admitía, ya fuera ésta la de un Estado extranjero o una norma especial del Derecho Uruguayo¹⁸.

2. La autonomía de la voluntad como principio general y sus límites

a. La ley aplicable

La LGDIPr establece como principio general que la ley reguladora de los contratos es la que elijan las partes (art. 45 inc. 1.º), sin perjuicio de las soluciones especiales y demás disposiciones previstas en la ley, dentro de cuyo marco regulador podrá actuar la voluntad de las partes. Además, establece soluciones subsidiarias (art. 48) para el caso en que las partes no elijan la ley o que dicha elección no sea válida o eficaz¹⁹.

En la LGDIPr, la autonomía de la voluntad opera dentro de un marco regulador que establece ciertos límites: los generales del orden público internacional (art. 5) y de las normas de aplicación inmediata o necesaria (art. 6), y los específicos que impone el propio art. 45, en su inc. 4: “El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. El inciso 4.º, que tiene su fuente en el art. 7.º de la Convención de México, busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes²⁰.

Lo que resulta esencial en el marco de la ley es que debe existir consentimiento de las partes contractuales. Este consentimiento no puede estar viciado ni puede ser presunto o supuesto, esto

¹⁸ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 296.

¹⁹ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 297.

²⁰ Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 283.

es, en términos de la Real Academia, no puede ser “Considerado real o verdadero sin la seguridad de que lo sea”²¹.

A dichos efectos, en especial con respecto a los contratos con cláusulas estándar, cabe recurrir a los arts. 2.19 a 2.22 de los Principios de Unidroit, conforme a la referencia a los Principios establecida con alcance general en el art. 13 y con alcance especial para los contratos en el art. 51 de la LGDIPr²², así como al informe sobre “la Autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas”, aprobado por el Comité Jurídico Interamericano de la OEA en 2023²³, los que se analizarán más adelante.

Nótese que la autonomía conflictual funciona dentro de determinado orden jurídico, a partir de una autorización del legislador nacional o internacional, que nunca es irrestricta²⁴. Se enmarca dentro de un sistema, con reglas generales y particulares, que constituyen límites y condiciones a la autonomía²⁵.

En consecuencia, las condiciones y el alcance de la autonomía conflictual varían de un sistema jurídico a otro. La admisión o no de la autonomía conflictual, y en caso afirmativo, sus condiciones y alcance, dependerá del foro en que se presente la cuestión, por lo que las partes sólo podrán ejercer su autonomía conflictual dentro de los límites que el DIPr del juez establezca, y éste siempre supone, expresa o tácitamente, que las partes se encuentran en situación de igualdad²⁶. Cada Estado establece restricciones y controles, en base a consideraciones teleológicas²⁷, de políticas económicas, etc. Estas limitaciones operan por una doble vía, legislativa y jurisprudencial, y

²¹ Diccionario de la Real Academia española, 2021, extraído el 9 de marzo de 2021 de <https://dle.rae.es/supuesto#RQhQYKD>

²² Fresno de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit., p. 283.

²³ La relatora fue la suscrita, Cecilia Fresno de Aguirre, y el documento completo se encuentra publicado en <https://bit.ly/4cK3p1x>

²⁴ Como bien afirma Santos Belandro, Ruben, *Ley general de Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay 19920, de 17 de noviembre de 2020. El texto y su contexto americano. Curso general*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2021, p. 594: “El problema de esta libertad irrestricta es que puede atacarse la equidad y castigar a la parte débil del contrato (...)”. En el mismo sentido, Madrid Martínez, Claudia, Los contratos no bilateralmente negociados: más allá del consumidor, en: D.P. Fernández Arroyo y J.A. Moreno Rodríguez (Dir.), *Contratos Internacionales*, Buenos Aires, Biblioteca de Derecho de la Globalización, ASADIP-OEA, 2016, pp.437-455, p. 438, afirma: “De esta manera, se afirma la tendencia a establecer una ecuación, no siempre exacta, entre la idea de limitación a la libertad contractual y la corrección del desequilibrio que, como una injusta desigualdad entre las partes contratantes, provoca el reconocimiento de una libertad contractual sin límites”. Y agrega más adelante (p. 439): “...el contrato representa un equilibrio entre libertad, seguridad y justicia”.

²⁵ Ver por ejemplo, en materia de ley aplicable, el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDIP-V, México, 1994) y el art. 45.4 de la LGDIPr; y en materia de jurisdicción competente, los arts. 4 y 5 del Protocolo sobre jurisdicción internacional en materia contractual (Buenos Aires, 1994).

²⁶ Goldschmidt, Werner, *El S.O.S. del Derecho Internacional Privado y otros ensayos*, Buenos Aires, Ed. De Belgrano, 1979, p. 66. Así también lo reconoce, de cierta forma, Boggiano, cuando afirma que “en una cuestión tan importante como la elección por las partes de la ley aplicable, el debido proceso de elección por ambas partes debería ser garantizado”.

²⁷ Juenger, Friedrich K., General Course on Private International Law, en: *Recueil des Cours*, 1985 IV, Tome 193, 1986, p. 308.

responden a “los principios superiores a los intereses individuales. . . , porque si bien el contrato es el reino de la libertad, lo es también del equilibrio y éste se logra limitando los posibles excesos”²⁸.

b. La jurisdicción internacionalmente competente: autonomía de la voluntad como regla general

En cuanto a la jurisdicción, el art. 60 de la LGDIPr establece:

En materia de obligaciones contractuales son competentes en la esfera internacional los tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes han acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto. No se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el artículo 50 de la presente ley. El acuerdo sobre la elección de jurisdicción puede otorgarse en el momento de celebración del negocio jurídico correspondiente, durante su vigencia, o una vez surgido el litigio. En ausencia de acuerdo, serán de aplicación las demás soluciones generales establecidas en el presente Capítulo.

A primera vista, esta norma parecería ser una novedad total, pero en la práctica no es así, ya que antes de la vigencia de la LGDIPr y bajo la vigencia del Apéndice del Código Civil, si el actor planteaba su pretensión ante los tribunales elegidos por las partes en el contrato y dicha elección era válida conforme al derecho del Estado donde se planteaba la pretensión, el juez de dicho Estado asumiría competencia y la sentencia que dictara el referido juez elegido por las partes, en la eventual etapa de reconocimiento y ejecución en Uruguay, cumpliría con el requisito de la jurisdicción indirecta conforme al art. 539.1.4 CGP.

El art. 60.1 sigue en forma casi textual la formulación del art. 4.1 del Protocolo de Buenos Aires, aunque agrega el vocablo “claramente”, para evitar la obtención inadvertida de la cláusula de elección de foro, lo que no consideramos modifique en lo sustantivo la interpretación de la norma. También agrega al final la expresión “teniendo en cuenta el caso concreto”, cosa que parece adecuada.

El art. 60.2 excluye de la facultad de elegir foro a los contratos que versen sobre materias relacionadas en el art. 50 de la presente ley, lo que es armónico con la solución en materia de ley. Ello responde a la misma *ratio legis*, consistente en que se trata de contratos donde el Estado quiere reservarse para sí su regulación (literales A) a D) del art. 50) o donde no se puede garantizar la libertad de elección de ambas partes (literales E) a H). En consonancia con lo afirmado respecto a la ley aplicable, el Prof. Herbert manifestó, en oportunidad de discutirse el proyecto de ley en el grupo de trabajo conformado al efecto, que en cuanto a los contratos de transporte de mercaderías por

²⁸ gastaldi, José M., La doctrina, legislación y jurisprudencia argentinas en torno del principio de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales y de la regulación de éstos, en: *El Derecho*, 4/7/1987, T. 123, No. 6751, p. 2.

conocimiento de embarque, carta de porte o documentos análogos, no podía admitirse la autonomía de la voluntad respecto de la jurisdicción.

El art. 60.3 sigue textualmente la fórmula del art. 5.1 del Protocolo de Buenos Aires. Se entendió que la solución era adecuada y no había motivos para cambiarla.

c. Jurisdicciones concurrentes en ausencia de elección válida

El art. 60.4 es útil desde el punto de vista práctico, para evitar dudas en cuanto a la aplicación subsidiaria, a falta de elección válida por las partes de la jurisdicción, de las soluciones generales en la materia. Sigue en este sentido el art. 7 del Protocolo de Buenos Aires.

En especial, las bases de jurisdicción generales son la del domicilio real o contractual del demandado (art. 57.A), la del establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación del demandado, a través de la cual se haya celebrado el contrato o haya intervenido en el hecho que da origen al juicio (art. 57.B), o la del Estado cuya ley resulta aplicable al contrato (criterio Asser, art. 57.C).

Todas estas reglas o bases de jurisdicción están formuladas de manera unilateral, es decir, estableciendo cuándo son competentes los tribunales de la República, como corresponde a una norma de DIPr nacional o autónoma, que no le puede imponer a los demás Estados soluciones vinculantes.

3. Las soluciones subsidiarias, idénticas a las que antes eran la regla general

El art. 48 establece soluciones para el caso en que las partes no hayan elegido la ley aplicable al contrato, o que dicha elección no sea válida o eficaz.

a. El acápite del artículo 48

En el acápite de la norma se aclara, como es lógico y acorde con el art. 45, que estas soluciones se aplican en defecto de elección válida y eficaz por las partes. Recuérdese que en el Apéndice del CC esta era la solución de principio, al igual que lo sigue siendo para la doctrina uruguaya en los Tratados de Montevideo.

En cuanto a las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación de la ley aplicable, el texto de la ley tiene algunas variantes de redacción, pero no de fondo. Nótese que los TDCIM de 1889 y de 1940 incluían la frase: “En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea” (Art. 33.g y 37.g, respectivamente).

b. Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento

A falta de elección válida, se aplica la ley del lugar de cumplimiento del contrato, interpretado preceptivamente de acuerdo a los criterios que se exponen a continuación y que mantienen la fórmula de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 (arts. 34 y 38 respectivamente), así como del derogado Apéndice del CC por remisión.

Los criterios de interpretación del punto de conexión lugar de cumplimiento siguen siendo preceptivos²⁹, igual que en las tres fuentes mencionadas, lo que se desprende del tenor literal gramatical del acápite del art. 48, que utiliza el modo imperativo: “el que se interpretará...”.

En cuanto a los referidos criterios de interpretación, contenidos en los literales A, B y C, se mantienen idénticos, aunque con la aclaración de que cuando la norma hace referencia al deudor, lo está haciendo al deudor de la prestación característica³⁰, y no al incumplidor. Ello constituye una mera aclaración, no una modificación al régimen anterior, ya que la expresión deudor en las fuentes mencionadas siempre se interpretó de esa manera, como referida a quien debe la prestación característica del contrato, que nunca es pagar el precio, sino que es quien debe entregar la cosa, prestar el servicio, etc.

c. Criterios subsidiarios

El art. 49 establece que:

Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos respecto de los cuales no pueda determinarse la ley aplicable al tiempo de ser celebrados, según las reglas contenidas en el artículo 48 de la presente ley. Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada en base al inciso primero el contrato se regirá por la ley del país con el cual presente los lazos más estrechos.

Las fuentes de esta norma se encuentran en el TMDCI 1889, art. 35 in fine, en el TMDCI, art. 40 y en la C.I. Contratos (CIDIP-V, México, 1994), art. 9. El fundamento de la innovación que se incorpora está en evitar que no se pueda determinar, al tiempo de la celebración del contrato, cuál es el derecho aplicable al mismo.

²⁹ Cfr. TAC 5.º, BJN i26/2016, citada también en la *Revista Uruguaya de DIPr*, 2017, No. 9, Sección “Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado Civil – Comercial – Procesal, Año 2016”, a cargo de Lorenzo Idiarte, Gonzalo A., p. 110-111. El Tribunal afirma, entre otras cosas, que “La interpretación del punto de conexión jurídico elegido (en el art. 2399 CC), ‘lugar de cumplimiento’, debe efectuarse de acuerdo a las reglas preceptivamente indicadas en la norma (los arts. 34 a 38 del TDCM de 1889)”.

³⁰ Noodt Taquela, María Blanca, La prestación característica vislumbrada como criterio para regir los contratos internacionales en el Tratado de Montevideo de 1889, en: C. Fresnedo de Aguirre y G. Lorenzo Idiarte (Coord.), *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, FCU, 2019, pp. 181-188, p. 188, concluye afirmando: “Los desarrollos sobre la teoría de la prestación características que se realizaron a lo largo del siglo XX no hacen más que confirmar la extraordinaria visión que tuvieron los miembros del Congreso de Montevideo de 1889-1889 y muy especialmente el enorme trabajo efectuado por el gran jurista uruguayo Gonzalo Ramírez, quien supo vislumbrar el mundo del siglo que se avecinaba en lo que se refiere al Derecho internacional privado”.

La innovación —relativa— está en el inciso segundo, dado que el inciso primero mantiene las soluciones existentes en las tres fuentes clásicas (Tratados de Montevideo y Apéndice). El inciso segundo agrega una segunda solución subsidiaria, para el caso en que la primera (ley del lugar de celebración del contrato) no funcione. El inciso 2.º se basa en lo establecido en el art. 9 de la Convención de México, que establece: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos”. Para determinar cuál es ese derecho, el tribunal tomará en cuenta: 1.º) “... todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato ...”, y 2.º) “... los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales” (art. 9.2).

Respecto a este punto, se destacó durante la Reunión de Expertos en Tucson por parte de delegados de países de ambos sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*, como por ej. Operti y Herbert respecto del primero y Garro del segundo) la necesidad de alcanzar un balance entre justicia y certeza, dándole instructivos definidos al Juez, y no sólo una guía filosófica. Se discutió si la discrecionalidad del juez debía ser amplia o restringida. Se expresó la opinión favorable a adoptar el criterio científico más moderno existente en este punto, cual es el de otorgar al juez la mayor autonomía para determinar el derecho aplicable. No faltaron, no obstante, opiniones en contrario. Los expertos uruguayos insistieron en el sentido de que no se podía dejar una discrecionalidad total al juez.

Finalmente se alcanzó el consenso en el sentido de dar guías al Juez acerca de la forma de determinar el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los vínculos más estrechos. Todo esto debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el art. 49. En el anteproyecto Siqueiros y en el proyecto de Tucson se incluía como presunción número uno, de cuál era el Estado con el cual el contrato tenía los vínculos más estrechos, aquel donde la parte debía cumplir la prestación característica (art. 10 inc.2 del proyecto Tucson)³¹.

El delegado uruguayo Prof. Herbert hizo hincapié en que dicha fórmula resultaba muy útil en gran cantidad de casos, y que valía la pena dejarla a esos efectos, ya que siempre podía recurrirse a la presunción prevista en el inciso siguiente (elementos objetivos y subjetivos). Resaltó el desarrollo importante que dicho concepto ha tenido en la doctrina y jurisprudencia, sobre todo en los países con sistemas jurídicos de base *savignyana*, como Uruguay.

No obstante lo expuesto, la determinación de cuáles son los vínculos más estrechos con cierto Estado quedará a la determinación de cada juez, sin limitarse al lugar donde debe cumplirse

³¹ En México, la delegación de USA, a través del Prof. Juenger, se manifestó absolutamente contraria a la fórmula de la prestación característica (“*characteristic performance*”), a diferencia de lo que había manifestado el Prof. Garro, de la Universidad de Columbia, en Tucson. Uno de los argumentos manejados por Juenger fue que la referida fórmula no sirve para resolver los problemas que plantean algunas transacciones complejas.

la prestación más característica. Pueden serlo también el lugar de negociación del contrato, el lugar de ubicación de la cosa objeto de la prestación fundamental del contrato, el domicilio o residencia de las partes, el lugar de constitución y asiento de los negocios de las sociedades, etc., o varios de esos vínculos conjuntamente. Estos vínculos son los que toma, por ejemplo, la Sección 188 del Restatement (Second) of Conflict of Laws de Estados Unidos³², para determinar el Estado con el que el contrato tiene una relación más significativa.

En México, la delegación de USA, a través del Prof. Juenger, se manifestó absolutamente contraria a la fórmula de la prestación característica (“characteristic performance”), a diferencia de lo que había manifestado el Prof. Garro, de la Universidad de Columbia, en Tucson. Uno de los argumentos manejados por Juenger fue que la referida fórmula no sirve para resolver los problemas que plantean algunas transacciones complejas.

4. Posibilidad de elegir derecho no estatal

El art. 45.2 siguiendo la solución de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015, admite que las partes puedan elegir, para regular su contrato, reglas de *soft law*, de acuerdo a lo establecido en los arts. 13 y 51 de esta ley, y dentro de ciertos límites: que se trate de “normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte”.

El Apéndice del CC no establecía nada al respecto de lo previsto en el inc. 2 del art. 45, sin perjuicio de la norma general del art. 16 CC. Se trata de una novedad trascendente que se suma a la posibilidad de elegir la ley. Las partes no solamente podrán elegir una ley estatal aplicable al contrato, sino que podrían perfectamente desprenderse de todo derecho estatal para referirse a normas que emanen de organismos internacionales en los que Uruguay se parte. El ejemplo típico es el de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales.

Esto tiene mucha más relevancia práctica de lo que podemos suponer, porque muchas veces las partes de un contrato no son conocedoras del derecho de otros Estados, pero sí se sienten seguras

³² “188. LAW GOVERNING IN ABSENCE OF EFFECTIVE CHOICE BY THE PARTIES. (1) The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s 6. (2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include: (a) the place of contracting, (b) the place of negotiation of the contract, (c) the place of performance, (d) the location of the subject matter of the contract, and (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue. (3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203”.

de recurrir a normativa emanada de organismos internacionales que recogen principios generales o prácticas generalmente aceptadas.

5. Prohibición del reenvío en materia contractual

El inciso 3º del art. 45 prohíbe el reenvío, en consonancia con el artículo específico sobre la materia. La cuestión no estaba regulada a texto expreso con anterioridad a esta ley, que se basa, respecto de este punto, en la posición clásica de Quintín Alfonsín, contraria al reenvío, así como en algunas soluciones del Derecho Comparado. Esta norma establece una prohibición expresa del reenvío en materia de contratos internacionales, lo cual se desprende no sólo de esta disposición, que por estar ubicada en el art. 45 sólo abarcaría a aquellos contratos internacionales en los que ha existido una elección válida de la ley aplicable, sino también a los contratos a distancia, a aquellos en los que las partes no han elegido la ley aplicable y por tanto quedan sometidos a las disposiciones subsidiarias previstas en el art. 48 y a los contratos previstos en el art. 50. Ello se debe a que el art. 12.3 establece, con alcance general, que “en materia contractual no habrá reenvío”.

6. Condiciones de validez de la elección de la ley por las partes

El inciso 4º del art. 45 tiene su fuente en el art. 7 de la Convención de México. Busca garantizar que respecto de la elección de la ley existió un acuerdo válido entre ambas partes del contrato, que hubo consentimiento válido de ambas partes.

Lo que resulta esencial en el marco de la ley es que debe existir consentimiento de las partes contractuales. Este consentimiento no puede estar viciado ni puede ser presunto o supuesto, como ya se explicó *supra*. En este mismo sentido afirma Santos Balandro³³:

Para la Ley General la elección debe ser expresa o tácita, pero siempre real y cierta, nunca presunta, nunca debe ser presumida. Debe existir de alguna manera en el mundo del Derecho y desprenderse de los hechos de modo que pueda reconstruirse la voluntad de las partes al momento de la celebración del contrato. Se trata de una cuestión de prueba que se resuelve como todo problema probatorio.

En ocasión de la aprobación de la CI Contratos en México, la delegación uruguaya fue muy cuidadosa de reafirmar que la elección es válida cuando hay libre consentimiento de las partes. La libertad de contratación, el libre consentimiento y la prohibición del abuso de derecho son principios fundamentales en los que Uruguay asienta su ordenamiento jurídico. La aplicación concreta de estos principios a nuestra materia, debe ser objeto de desarrollo específico. A los efectos de su

³³ Santos Balandro, *Ley general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 590. En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez Scarlato, Catalina, La autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales. Consagración y límites. Modalidades contractuales con soluciones especiales, en: E. Vescovi (coord.), *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (N.º 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 267-292, p. 277: “Se descarta así la posibilidad de invocar una voluntad presunta, debiendo la elección resultar incontestable”.

interpretación, es pertinente traer a colación las manifestaciones de Lorenzo en cuanto a que “en este proyecto no existe disposición alguna que pueda decirse que genera, promueve o siquiera soslaya ningún tipo de abuso de una parte sobre la otra”.

7. Aspecto temporal de la elección

El art. 45.5 se basa en lo establecido por el art. 8 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, aunque con una redacción un poco diferente. La referida norma convencional, que en forma casi idéntica viene del anteproyecto Siqueiros y del proyecto de Tucson, fue tomada del art. 3.2 de la Convención de Roma. Deja a salvo la validez formal del contrato y los derechos de los terceros.

8. Alcance del acuerdo de elección

El art. 46 establece que: “La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable”. Esta norma sigue la solución del art. 7.2 de la Convención de México, aunque de manera preceptiva y no facultativa como esta última. El art. 46 de la LGDIPr utiliza la expresión “no supone”, mientras que el art. 7 de la Convención de México establece que: “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”. La de México se trató de una solución transaccional, conciliando la opinión de aquellos favorables a limitar el alcance de la elección de ley a ésta, y la de los partidarios de extender dicha elección al foro.

Esta aclaración resulta importante a la luz de lo dispuesto en el art. 45 inciso 4.º en cuanto a que el acuerdo de las partes sobre la elección de ley debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. La elección de foro será obviamente una cláusula a tomar en cuenta como sintomática de la voluntad tácita de elegir también dicha ley, pero ello deberá analizarse igualmente en el marco del conjunto de cláusulas contractuales, y viceversa.

9. Contratos excluidos del régimen autonomista³⁴

El art. 50 de la LGDIPr³⁵ regula taxativamente una serie de contratos a los que, aunque revisten la calidad de internacionales, no se les aplican las normas anteriores del capítulo IX, es decir, básicamente, no se les aplica el régimen autonomista.

³⁴ Basado en: Fresnedo de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto...*, ob. cit., pp. 196-215 y Fresnedo de Aguirre, *Derecho Internacional Privado, Tomo III...*, ob. cit.

³⁵ El art. 50 dispone: “No son aplicables las normas anteriores del presente capítulo a los siguientes contratos aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican:

El literal A) regula por la ley uruguaya a los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en el Uruguay. Se aplica a estos aspectos exclusivamente la ley de la República, siguiendo la tradicional regla *lex rei sitae*. En el régimen anterior a la LGDIPr, la aplicación de esta regla a este tipo de contratos derivaba más bien de la aplicación conjunta de los arts. 2398 *in fine* y 2399 que remitía para interpretar el lugar de cumplimiento de los contratos al TMDCI 1889, arts. 34 a 38 inclusive.

La competencia exclusiva de la ley uruguaya en la materia contractual que refiera a derechos reales, se limita a los inmuebles ubicados en nuestro país, pero no incluye los muebles. Los contratos sobre muebles pueden ser regulados por la ley elegida por las partes y en su defecto por la que corresponda según las disposiciones del art. 48 y 49. Esto, sin perjuicio de que seguirá siendo la ley de ubicación de los bienes, cualquiera sea su naturaleza, la que determine las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles (art. 39).

Se otorga también competencia exclusiva a la ley uruguaya en materia arrendaticia sobre inmuebles ubicados en la República, porque se reconoce la trascendencia social que el legislador le ha dado históricamente a esta materia y parece totalmente imprudente permitir que estos contratos puedan quedar eventualmente regidos por una ley extranjera, por medio de la elección de las partes.

En relación a las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones familiares (literal B), como el estado civil, las sucesiones (incluyendo las disposiciones testamentarias), las

A) Se rigen por la ley de la República los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en ella.

B) Las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría.

C) Las obligaciones derivadas de títulos valores, y la capacidad para obligarse por esos títulos, se rigen por la ley del lugar donde son contraídas.

La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, esta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.

D) Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando esta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales.

E) Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

1) Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.

2) En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán por la ley del lugar del domicilio del consumidor.

3) En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.

F) Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia -excepto los de trabajo a distancia- se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.

G) Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros No. 19.678, de 26 de octubre de 2018.

H) Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo No. 19.246, de 15 de agosto de 2014".

relaciones patrimoniales entre cónyuges o que surgen de relaciones de familia, se prefirió que las mismas quedarán reguladas por las disposiciones relativas a cada una de estas categorías. Será cada una de estas leyes la que determine si es posible celebrar contratos en su materia y, en tal caso, el alcance que pueden tener los mismos.

En materia de títulos valores (literal C), se resolvió plasmar una regulación mínima en línea con las Convenciones Interamericanas en la materia (CI. Títulos Valores; CI. Cheques). Antes de la ley no existían más que unas pocas normas autónomas dispersas y muy limitadas en su alcance como, por ejemplo, el art. 30 de la ley 14.701 que establece los requisitos mínimos para considerar como título valor los creados en el extranjero, y en materia de cheques los arts. 18 (prueba por talonarios), 20 (ley aplicable a los cheques internacionales), 29-31 (plazos de presentación por libramiento en el extranjero) y 54-57 (cheques viajeros). Se carecía, pues de una regulación autónoma en la materia.

La LGDIPr, entonces, adopta las soluciones que Uruguay ya había aceptado en el ámbito internacional, tendientes a favorecer la circulación de los títulos valores al adoptar la *lex loci actus* para la capacidad cambiaria, las formas de contraer obligaciones cambiarias y las obligaciones derivadas de los títulos. Subsidiariamente, para el caso en que el título no estableciere el lugar donde cada obligación se contrajo, las obligaciones se rigen por la ley del lugar donde debe ser pagada, y si tampoco se estableciere este lugar, entonces las obligaciones se registrarán por la ley del lugar de emisión del título.

La conveniencia de una solución como la adoptada podría ser objeto de análisis, en tanto las obligaciones que se van contrayendo sucesivamente, si lo fueron en estado diferentes, podrían dar lugar a la aplicación de leyes diferentes que podrían llegar a problemas de armonía entre ellas. Pero se prefirió ajustar las normas de DIPr autónomas con las normas convencionales de las que es parte la República, para obtener así un régimen uniforme con la mayor cantidad de estados posibles. Además, como se dijo, la adopción de la *lex loci actus*, para la forma y para el fondo, favorece la validez de los actos y la circulación de los títulos.

Las disposiciones de esta ley no derogan el art. 30 del Dto. Ley 14.701, puesto que éste establece los requisitos mínimos que debe tener un título creado en el extranjero para ser considerado un título valor. El art. 30 es una norma material que indica un estándar mínimo de requisitos sin los cuales el documento creado en el extranjero no se considerará título valor. Considerando las consecuencias habituales que un título valor conlleva en materia de obligaciones comerciales y en materia de procedimiento para el cobro, el legislador ha querido fijar un límite infranqueable de requisitos de existencia. Bien puede considerarse esta norma como una norma internacionalmente imperativa o de aplicación inmediata.

Este literal C) tampoco deroga las disposiciones citadas del Dto. Ley 14.412 porque las mismas son disposiciones especiales sobre una determinada categoría —cheques— y regulan aspectos que no contradicen, o no están contemplados en esta LGDIPr. (art. 62).

Regulándose los títulos valores en el literal C), se entendió necesario establecer disposiciones respecto de aquellos bienes que se comercializan en mercados de valores (literal D), que no pueden asimilarse sin más a los títulos valores de negociación individual. Al respecto se estableció una disposición básica para indicar luego la prevalencia de las normas especiales en la materia.

En efecto, lo primero a destacar es que lo dispuesto en este literal D, es sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales. Así, mantiene toda su vigencia el artículo 121 de la ley 18.627 (ley de mercado de valores) que es la norma especial en la materia³⁶. Este artículo establece que cuando se tratare de una oferta internacional de valores, sea la oferta pública o privada, el emisor podía elegir la ley aplicable y los tribunales internacionalmente competentes, sin perjuicio de que el titular de los valores pueda entablar acciones ante el domicilio del emisor.

Ahora bien, el art. 121 no indica la ley aplicable a las obligaciones provenientes de los valores comercializados en mercados públicos o privados, sino tan sólo la posibilidad de elegir la ley y la jurisdicción en caso de emisión internacional. Si bien se considera que el art. 121 aplica tanto a las emisiones realizadas en la República como en el extranjero (en este caso existiendo colocación de valores en nuestro país, no se estableció ninguna regla general de derecho aplicable, sino sólo la admisión de la autonomía de la voluntad. Por esa razón se estimó necesario establecer como regla general que las obligaciones derivadas de la venta, comercialización y transferencia de bienes en el mercado de valores se rigen por la ley de emisión. El término “bienes” es el mismo utilizado en el art. 13 de la ley 18.627 que define los valores como “los *bienes* o derechos transferibles, incorporados o no a un documento”. Se prefirió la expresión más abarcativa de “bienes” para no limitar el tipo de valores al que la norma refiere.

La opción de adoptar la ley de emisión como la reguladora de las obligaciones derivadas de comercialización en mercados de valores resulta fundamentalmente de dos circunstancias. La primera, que la circulación y negociación internacional de valores hace imposible utilizar otras conexiones, como los lugares donde la transferencia se realiza o se negocia, o donde se contrae la obligación, puesto que la dinámica de transferencia de los valores haría variar la ley aplicable cuantas veces los mismos fueran negociados. De manera que es necesario otorgar certeza al respecto y el lugar de emisión es único. Y la segunda, deriva del hecho de que los Estados acostumbran regular sus mercados de valores mediante normas de derecho público, y muchas veces también mediante

³⁶ Art. 121. (Jurisdicción) “En la emisión de valores en la que se deje expresa constancia de su oferta internacional, sean o no objeto de oferta pública, la entidad emisora podrá establecer libremente la ley y jurisdicción aplicables a aquéllos cumpliendo con lo establecido en la presente ley para su registro, si correspondiere. Ello no obstará al derecho de los titulares de los valores a elegir en todo caso la jurisdicción del domicilio del emisor. Practicada la elección de jurisdicción, en uno u otro sentido, a través de la comparecencia ante los tribunales correspondientes, no podrá ser luego modificada”.

normas de policía, dado que estos mercados tienen como una de sus funciones esenciales la captación de ahorro público³⁷. Esto implica que tanto las personas que pueden emitir valores, como el acto mismo de la emisión, son habitualmente controladas por el estado en cuyo territorio dicha emisión se lleva a cabo, con la finalidad de proteger a los adquirentes de dichos valores y a su vez fomentar el ahorro público. Así, pues, lo más prudente era regular estas obligaciones por la ley del lugar de emisión.

Así como el art. 121 de la ley 18.627 permite elegir la ley y la jurisdicción internacionalmente competentes, se establece que dicha elección también es posible cuando la ley del Estado de la emisión lo habilita.

La solución del literal D), viene a seguir parcialmente la disposición del art. 10 del TMDCT 1940 previsto allí sólo para la emisión de acciones y obligaciones de sociedades comerciales³⁸. La LGDIPr es más amplia, pues aplica a todo tipo de valores, pero sin embargo sólo remite al Estado de “emisión”, mientras que el TMDCT también remite a la ley del lugar de “negociación” de acciones o títulos de sociedades comerciales, para regular dichos actos.

No escapó a los redactores de la LGDIPr, que también los actos de negociación de valores son habitualmente objeto de regulación territorial por los Estados, por la misma razón de que dicha negociación capta ahorro de residentes u operadores en el país “anfitrión” (la expresión es de Solari Barrandeguy) y muchas veces esa actividad queda reglamentada por normas de policía de dicho estado. Sin embargo, se entendió que admitir como regla la aplicación de la ley de negociación, no sólo abría eventualmente un abanico enorme de posibles leyes aplicables, sino que muchas veces resulta imposible determinar esa conexión dada la globalización de los mercados y la existencia de mercados puramente electrónicos³⁹.

Además, en caso de existir normas de policía en el lugar de negociación, éstas serán aplicables si corresponden a la *lex fori*, o pueden aplicarse si fueron promulgadas por otro estado diferente al de la *lex fori* pero el tribunal actuante entiende necesario hacerlo, tal como establece justamente la propia LGDIPr. en el art. 6 (normas imperativas de aplicación necesaria).

En suma, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en el mercado de valores, se regirá por la ley del estado de emisión, a menos que las partes hayan elegido otro derecho, siempre y cuando lo permita aquella ley. Todo, sin perjuicio de las normas imperativas de aplicación necesaria del estado

³⁷ Solari Barrandeguy, Marcelo, Emisión y negociación en Uruguay de obligaciones de una sociedad anónima argentina, en: *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1992, No. 59-60, p. 14-15.

³⁸ Art. 10. “Las condiciones legales de emisión o de negociación de acciones o títulos de obligaciones de las sociedades comerciales, se rigen por la ley del Estado en donde esas emisiones o negociaciones se llevan a efecto”.

³⁹ Lafuente Sánchez, Raúl, *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, p. 178.

del foro, y la facultad otorgada al tribunal para aplicar las normas imperativas de otros estados que tengan vínculos relevantes con el caso.

El literal E) regula los contratos internacionales otorgados en relaciones de consumo, los que no contaban con normas específicas con anterioridad a esta ley, y quedaban sometidas, por tanto, al régimen general de los contratos. Lo mismo cabe decir con respecto a los contratos individuales de trabajo (literal F).

Como se manifiesta en la exposición de motivos, en materia de relaciones de consumo se entendió que pese a su especialidad, debía incluirse un estatuto mínimo para determinar la ley aplicable, dada su importancia para el país, en particular en las zonas de turismo.

En cuanto a los literales E) y F), se entendió necesario darle a los contratos internacionales otorgados en relaciones de consumo y a los contratos individuales de trabajo una normativa específica que contemplara sus particularidades.

En cuanto a la ley reguladora de los contratos otorgados en relaciones de consumo, el literal E) prevé 3 hipótesis: la primera constituye la regla general y refiere a la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor. Dicha conexión puede coincidir o no con el domicilio del consumidor. Todos estos contratos —internacionales conforme al art. 44.1— se regirán por la ley uruguaya, porque los bienes se adquieren en Uruguay y los servicios se utilizan en Uruguay.

Cuando los bienes se adquieren o los servicios se utilizan en más de un país o no pudiere determinarse, por otras circunstancias, la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan, opera la segunda hipótesis, que establece que la ley aplicable será la del domicilio del consumidor. Desde el punto de vista del DIPr uruguayo (art. 50.E).2) dicho contrato se regiría por la ley uruguaya por tener aquí su domicilio el consumidor turista.

La tercera hipótesis prevista en el literal E) refiere a los contratos otorgados en relaciones de consumo que se celebran a distancia, y a aquellos en que la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor. Esos contratos se rigen por la ley del domicilio del consumidor, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él. Dicho contrato se regirá por la ley del domicilio del consumidor turista⁴⁰.

El literal F) relativo a los contratos individuales de trabajo en relación de dependencia, resulta una novedad absoluta en el derecho uruguayo, y surgió a partir de las dificultades de aplicación del art. 2399 CC y las disposiciones del TMDCI 1889 a las particularidades de los contratos de trabajo. La doctrina y jurisprudencia ha dado cuenta de estas dificultades. Por un lado, la

⁴⁰ Ver sobre el tema: Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Legal Aspects of Cruises, en: K. Boele-Woelki, D.P. Fernández Arroyo y A. Senegacnik, (Eds.), *General Reports of the XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law – Rapports généraux du XXème Congrès général de l’Académie internationale de droit comparé*, Springer, 2021, pp. 409-468, en especial “Chapter IV. Cruise passengers as consumers”.

propensión natural del derecho laboral a aplicar la norma más favorable al trabajador, ha llevado a los tribunales a elegir la ley aplicable según este criterio, interpretando el punto de conexión “lugar de cumplimiento” *ad hoc*. Por otro lado, han existido dificultades en muchos casos para determinar el lugar de cumplimiento de contratos de trabajo, cuando las empresas cumplen actividades en muchos estados y los trabajadores deben trasladarse de tanto en tanto a otros países (típicamente, por ejemplo, empresas constructoras multinacionales o empresas de navegación). Las soluciones *a posteriori* —esto es, una vez que surge el conflicto— deben evitarse dada la trascendencia social de estos contratos, y la necesidad de contar con normas claras para regular una relación esencialmente dinámica.

El anteproyecto original preveía simplemente la exclusión de los contratos de trabajo de la regulación de la ley. Esto suponía que no se regularan por la autonomía de la voluntad de las partes, ni por las reglas subsidiarias. El texto aprobado permite al trabajador elegir la ley aplicable de entre aquellas que habitualmente han sido tomadas por la jurisprudencia como las relevantes. Una vez determinada esa ley, regirá todos los aspectos de la relación laboral, puesto que el estatuto laboral es un todo orgánico que no puede desmembrarse.

Aunque no se dice expresamente, es evidente que la elección del trabajador debe ser hecha al tiempo de la celebración del contrato, pues de otra manera la certidumbre que se pretende dar —para ambas partes— no existiría mientras se desarrolla la relación laboral. No es posible transcurrir una relación laboral sin normas claras desde el principio. De allí que una vez determinada la ley, regirá todos los aspectos de la relación laboral. No se podría gozar los descansos intermedios, semanales, vacaciones anuales, horarios de trabajo, conforme a una ley, si la misma no es determinada de antemano. Ahora bien, partiendo de la base de una relación de desequilibrio entre las partes, se entendió que la elección del derecho aplicable por parte del trabajador contemplaba las dos preocupaciones esenciales en la materia: la protección del trabajador y la certeza sobre la ley aplicable.

No escapó a la experiencia de los redactores que es muy difícil que se celebren contratos de trabajo si la ley elegida por el trabajador no es admisible para el empleador, y por lo tanto será la jurisprudencia la que deberá analizar en su caso la existencia de verdadero consentimiento del trabajador. Lo que la ley garantiza en definitiva es que la ley elegida debe tener el consentimiento libre del trabajador.

Tampoco escapó a la experiencia que la adopción de puntos de conexión fijos, o variables, pero de determinación *a posteriori* del surgimiento del conflicto laboral individual, no garantizan la aplicación de la ley más favorable al trabajador (si el punto es único, como en el sistema anterior) o suponen una incertidumbre inadmisibles para ambas partes (en el caso de puntos de conexión alternativos y/u optativos tomados *a posteriori*).

Lamentablemente no se previó expresamente la ley aplicable en ausencia de elección por parte del trabajador. La exclusión de los contratos previstos en el art. 50, de la regulación prevista

en los artículos anteriores del mismo capítulo, parte de la base de que dichos contratos tienen otra solución, que se establece en el mismo art. 50. Ello es así, porque los redactores evitaron expresamente excluir sin más a dichos contratos de las normas anteriores —como se dijo— y definieron establecer la ley aplicable para ellos expresamente. No quisieron dejarlos sin regulación. La exclusión se da en la medida que se establece otra regulación. En ausencia de otra regulación, y en ausencia de libre elección de ley por parte del trabajador, aplican las reglas subsidiarias de los arts. 47, 48 literal C, numerales 2 y 3 y 49 de la LGDIPr que, aunque no exentas de dificultades de aplicación a las relaciones laborales —como ha pasado hasta ahora— no dejan de contener básicamente una solución apriorística.

Debemos recordar que los contratos de trabajo de tripulación marítimos (contratos de ajuste), han sido regulados expresamente por el art. 7 de la ley 19.246, que remite a las normas del TMNCI 1940⁴¹. El art. 20 de dicho tratado establece que “Los contratos de ajuste se rigen por la ley de la nacionalidad del buque en el cual los oficiales y gente del equipaje prestan sus servicios”. Esta ley especial aplica en virtud de lo dispuesto por el art. 62 inc. 2 de la LGDIPr.

Los contratos laborales a distancia quedan excluidos de esta norma establecida en el literal F). La expresión de “trabajo a distancia” no fue del todo feliz, porque no se trata de regular los contratos donde el empleador se domicilia en un Estado y el trabajador en otro, o el trabajo se realiza fuera de los domicilios o residencia habituales de las partes, que también podrían considerarse contratos “a distancia”, sino más bien aquellos casos en que no importa para nada el lugar desde donde se realiza el trabajo o este no puede identificarse de ninguna manera, o los efectos no se producen en un único lugar. Así, por ejemplo, trabajos editoriales, investigaciones científicas globales, el mercadeo global, trabajos de software realizados en la nube de internet, etc. Si bien es cuestionable que no se admita en estos casos la elección de la ley por las partes, debe recurrirse a las conexiones subsidiarias de los arts. 48 y 49, por las mismas razones que mencionamos para los demás casos en que no hay elección de ley por parte del trabajador.

Respecto de los literales G) y H), se entendió que habiéndose aprobado las leyes Nos 19.678 y 19.246 poco tiempo antes de la aprobación de esta ley general, no correspondía regular nuevamente dichos temas en esta última, sino que lo más adecuado era remitir la regulación de esos contratos a dichas leyes especiales. El texto aprobado de los literales G) y H) logró poner fin a largas discusiones entre sectores involucrados en la materia y opiniones contrapuestas aportadas a

⁴¹ Art. 7 (Normas de Derecho Internacional Privado) “Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, estas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional, suscrito en la ciudad de Montevideo, el 19 de marzo de 1940.

Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional.

Prórroga post-litem. Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral”.

la discusión parlamentaria por diversas instituciones de las áreas concernidas, tanto privadas como públicas.

El literal G establece: “Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros No. 19.678, de 26 de octubre de 2018”. Esta ley tiene normas específicas sobre ley aplicable y jurisdicción competente para los seguros⁴².

El literal H) establece: “Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo No. 19.246, de 15 de agosto de 2014”⁴³. Y la misma se remite al Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940⁴⁴. Este a su vez regula el contrato de transporte por agua en los arts. 25 a 27 y establece que la ley aplicable y jurisdicción competente en los contratos de transporte por agua es la del Estado del lugar de cumplimiento de la obligación,

⁴² Ley No. 19.678 Art. 117. (Ley aplicable a los contratos de seguros). “Los contratos de seguros se rigen por la ley del Estado del lugar de cumplimiento de la prestación característica. Se entiende por tal el lugar del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza. Esta norma incluye todos los seguros de transporte sea este marítimo, aéreo, terrestre o multimodal y también los contratos de seguro de vida, pensiones, retiro en todas sus variedades, los seguros de responsabilidad civil, cauciones, crédito a la exportación y similares.

Los contratos de seguros de daños sobre bienes materiales inmuebles o accesorios a un inmueble se rigen por la ley del Estado donde están situados los bienes objeto del seguro en la época de su celebración. Esta norma incluye los seguros de incendio, robo, explosión, caída de rayo, temporal, granizo, cristales y similares. Salvo pacto en contrario, los contratos de reaseguros se rigen por la ley del lugar de localización del riesgo cedido, entendiéndose por tal el del domicilio del asegurador cedente. En caso de existir varios reaseguros en escala se entenderá por lugar de localización del riesgo el del domicilio del primer asegurador reasegurado”.

Art. 118. (Jurisdicción competente en los contratos de seguros). “La jurisdicción competente para conocer en los litigios sobre contratos de seguro será la del Estado cuya ley es aplicable al contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la presente ley. También serán competentes los tribunales del Estado del domicilio de la sucursal, agencia u oficina de la empresa aseguradora que haya celebrado el contrato y emitido la póliza, a opción del actor”.

Art. 119. (Carácter imperativo). “Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este capítulo son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 117 de esta ley”.

⁴³ Ley No. 19.246. Art. 7. “Normas de Derecho Internacional Privado. 7.1.- Cuando no exista tratado vinculante que regule la ley aplicable y la jurisdicción competente en materia de derecho marítimo, éstas se determinarán conforme a las normas del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940. 7.2.- Estas normas regirán el abordaje, la asistencia y salvamento, las averías particulares y gruesas, el contrato de ajuste, el fletamento de buques, el transporte de mercaderías y personas, los seguros marítimos, la hipoteca naval y todo otro tema de derecho marítimo internacional. 7.3.- (Prórroga post-litem) Cualquiera sea la jurisdicción competente de acuerdo a las reglas anteriores, después de ocurrido el hecho litigioso, las partes podrán acordar que el litigio sea sometido a otra jurisdicción, sea en sede judicial o arbitral”.

⁴⁴ Ver con respecto al art. 7 de la Ley No. 19.246: Fresno de Aguirre, Cecilia, Normas de Derecho Internacional Privado en las Leyes No. 18.803 y 19.246 de Derecho Marítimo, en: F. Aguirre Ramírez (coord.), *Reforma del Derecho Marítimo Uruguayo*, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, FCU, 2015, p. 127-168. Ver también: Caso buque Barcaza 250-9, publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 29, caso No. 606, pp. 92-101, Juzgado Ldo. De 1.ª Instancia en lo Civil de 10.º Turno, Sentencia No. 6 de 3 de marzo de 2015 (Morales Larrosa) y TAC 6.º, Sentencia CEF 006-00148/2015 de 9 de diciembre de 2015 (Gómez Haedo, Klett, Alves de Simas). Puede verse también el caso del buque Enterprise, Jdo Ldo de 1.ª Instancia Civil de 9.º Turno, Sentencia No. 29 de 10/4/2007 (Recarey), TAC 1.º, sentencia No. 58 de 26/3/2008 (Salvo, Castro, Vázquez) y SCJ, sentencia No. 281 de 26/6/2009 (Ruibal, Rodríguez Caorsi, Gutiérrez, Larriex y Van Rompaey), publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 23, caso No. 490, pp. 173. Caso de las barcas LC 24103 y otras, publicado en la *Revista de Transporte y Seguros* No. 28, caso No. 599, Jdo. Ldo. De 1.ª Instancia Civil de 12.º Turno, sentencia interlocutoria No. 810 de 22/4/2014 (Cabrera) y TAC 1.º, Sentencia SEF 003- 00022/2015 de 11/3/2015 (Vázquez, Salvo, Castro), pp. 171-182, en que se reconoce que en virtud del TDNCIM de 1940 se aplica el derecho de Paraguay, en definitiva la Convención de Hamburgo por haber sido incorporada al orden jurídico de Paraguay. Nota de jurisprudencia de Zorilla Ferrés, Victoria, pp. 183-187.

entendiéndose por tal “el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”⁴⁵ 46.

Estaba claro desde un comienzo del proceso de elaboración de la LGDIPr que estos contratos no podían quedar sometidos al régimen general de la autonomía de la voluntad, consagrado en el art. 45. Así lo manifestaba el Prof. Herbert, en una de sus propuestas a la Comisión Redactora, en los siguientes términos:

El principal problema se plantea, no respecto a los fletamentos en general (ya sea por viaje, por tiempo o a casco desnudo) sino respecto de los transportes de bultos o contenedores que se documentan en conocimientos de embarque. Creo entonces que podemos salvar la omisión si se efectúa la aclaración correspondiente, excluyendo la autonomía de la voluntad conflictual de esta categoría específica⁴⁷.

El transporte por agua abarca el marítimo, el fluvial y el lacustre. Las formas de documentar el transporte de mercaderías por agua son básicamente la póliza de fletamento, para el contrato de fletamento y el conocimiento de embarque para el transporte de línea. El fletamento puede adoptar tres formas básicas: fletamento a casco desnudo, fletamento por tiempo y fletamento por viaje. La definición del lugar de cumplimiento como equivalente al lugar de entrega de la carga en el transporte, puede trasladarse sin mayor esfuerzo al lugar de cumplimiento de un fletamento por viaje (*voyage charter*), en el que hay una obligación de resultado consistente en llevar el buque (y su carga) a un destino final⁴⁸.

Ahora bien, el texto aprobado del art. 50.H) de la LGDIPr refiere exclusivamente a los contratos de transporte por agua. ¿Cómo se regulan entonces los demás “contratos de transporte de mercaderías exclusivamente documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, o documentos análogos...”?

En la versión taquigráfica de la Comisión se discute extensamente el tema de la autonomía de la voluntad en los contratos y de las excepciones del art. 50 con especial referencia a la ley

⁴⁵ Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940: “Art. 25. Los contratos de fletamento y de transporte de mercaderías o de personas que tengan por objeto esos transportes, entre puertos de un mismo Estado, se rigen por sus leyes, cualquiera que sea la nacionalidad del buque. El conocimiento de las acciones que se originen queda sometido a la jurisdicción de los jueces o tribunales del mismo”.

Art. 26. “Cuando los mismos contratos deban tener su ejecución en alguno de los Estados, se rigen por la ley vigente en dicho Estado, sean cuales fueren el lugar de su celebración y la nacionalidad del buque. Se entiende por lugar de ejecución el del puerto de la descarga de las mercaderías o desembarque de las personas”.

Art. 27. “En el caso del artículo anterior, serán competentes para conocer de los respectivos juicios, los jueces o tribunales del lugar de la ejecución, o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, siendo nula toda cláusula que establezca lo contrario”.

⁴⁶ Fresno de Aguirre, Cecilia, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego: las novedades de la Ley 19.920, en: E. Vescovi (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado (Nº 19.920 del 17 de noviembre de 2020)*, Montevideo, Ed. Idea, 2022, pp. 219-266, p. 245-246.

⁴⁷ Fresno de Aguirre, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional y los principios fundamentales en juego..., ob. cit., pp. 245-246; Fresno de Aguirre y Lorenzo Idiarte, *Texto y Contexto*..., ob. cit., p. 207-208

⁴⁸ Fresno de Aguirre, Cecilia, *Derecho Internacional Privado, Tomo III*..., ob. cit., p. 415 ss., y Aguirre Ramírez, Fernando y Cecilia Fresno de Aguirre, *Derecho Internacional Marítimo en el MERCOSUR*, T. III, Montevideo, FCU, 2ª ed, 2011, pp. 17-36.

aplicable al transporte por agua. No hay ninguna referencia al transporte terrestre, ni nadie propone la eliminación del inciso 9 de la propuesta del Instituto y la Comisión Redactora. No obstante, éste no aparece en la versión final.

¿Cuál es entonces la solución para otros contratos de transporte no incluidos en los literales G y H del art. 50? Entendemos que el contrato de transporte de pasajeros, es un de contrato celebrado por consumidores de un servicio y por lo tanto los alcanza la norma especial del literal E del art. 50.

Tampoco parece plantear un problema el transporte aéreo internacional de mercaderías ya que el mismo se rige por el sistema de Varsovia y particularmente por la Convención de Montreal de 1999 (Ley No. 19.169) la que regula con normas materiales todo lo referido al transporte de carga o pasajeros y tiene reglas específicas sobre jurisdicción competente⁴⁹, las cuales además son de orden público.

Respecto del transporte terrestre debe señalarse que con Argentina y Paraguay rige el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940. Y el mismo regula la ley aplicable al transporte terrestre y mixto en los arts. 14 a 18⁵⁰.

⁴⁹ Convención de Montreal: Art. 33. "Jurisdicción 1. Una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista, o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino. 2. Con respecto al daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, una acción podrá iniciarse ante uno de los tribunales mencionados en el párrafo 1 de este artículo, o en el territorio de un Estado Parte en que el pasajero tiene su residencia principal y permanente en el momento del accidente y hacia y desde el cual el transportista explota servicios de transporte aéreo de pasajeros en sus propias aeronaves o en las de otro transportista con arreglo a un acuerdo comercial, y en que el transportista realiza sus actividades de transporte aéreo de pasajeros desde locales arrendados o que son de su propiedad o de otro transportista con el que tiene un acuerdo comercial. 3. Para los fines del párrafo 2, a) 'acuerdo comercial' significa un acuerdo, que no es un contrato de agencia, hecho entre transportistas y relativo a la provisión de sus servicios conjuntos de transporte aéreo de pasajeros; b) 'residencia principal y permanente' significa la morada fija y permanente del pasajero en el momento del accidente. La nacionalidad del pasajero no será el factor determinante al respecto. 4. Las cuestiones de procedimiento se regirán por la ley del tribunal que conoce el caso".

⁵⁰ Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940: Del transporte terrestre y mixto. Art. 14. "El contrato de transporte de mercaderías que debe ejecutarse en varios Estados, se rige, en cuanto a su forma, a sus efectos y a la naturaleza de las obligaciones de los contratantes, por la ley del lugar de su celebración. Si debe ejecutarse dentro del territorio de un solo Estado, lo será por la ley de este Estado. La ley del Estado en donde se entrega o debió entregarse la carga al consignatario, rige todo lo concerniente al cumplimiento y a la forma de ejecución de las obligaciones relativas a dicha entrega".

Art. 15. "Repútese único el contrato de transporte internacional por servicios acumulativos, cuando se celebra mediante la expedición de carta de porte única y directa, aunque el transporte se realice mediante la intervención de empresas de diferentes Estados. La presente disposición se extiende al transporte mixto, por tierra, agua o aire".

Art. 16. "La acción fundada en el transporte internacional por servicios acumulativos, podrá ser intentada, a elección del actor, contra el primer porteador con quien el cargador contrató, o contra el que recibió en último término los efectos para ser entregados al consignatario. Dicha acción se ejercitará, a opción del demandante, ante los jueces del lugar de la partida, o del destino, o de cualquiera de los lugares del tránsito en donde haya un representante del porteador demandado. Quedan a salvo las acciones de los diferentes porteadores entre sí".

Art. 17. "El contrato de transporte de personas por los territorios de varios Estados, celebrado por una sola empresa o por servicios acumulativos, se rige por la ley del Estado del destino del pasajero. Serán jueces competentes los de este mismo Estado o los de aquél en el cual se celebra el contrato, a opción del actor".

Art. 18. "Se rige por las reglas sobre transporte de mercaderías el del equipaje que, habiendo sido registrado el documento especial expedido por el porteador o comisionista, no es llevado consigo por el pasajero en el sitio que le fue asignado para el viaje. El equipaje que el pasajero lleva consigo, sin haber sido registrado, se rige por la ley aplicable al transporte de personas".

¿Qué pasa entonces con el transporte terrestre de mercaderías con los países con los que no tenemos tratado?

Vislumbramos en una primera aproximación, algunas interpretaciones teóricamente posibles: la primera, concluir que para los mismos rige la autonomía de la voluntad establecida en el art. 45; la segunda, aplicar un razonamiento análogo al efectuado en materia de contratos individuales de trabajo y recurrir a las normas subsidiarias del art. 48; la tercera sería entender que se trata de contratos con consumidores y por lo tanto se rigen por la regla del literal E del art. 50. El punto merece un estudio especial imposible de abordar en este trabajo, pero esbozamos aquí algunos elementos para la consideración del lector.

a. Primera interpretación posible: aplicación del artículo 45

Hasta las modificaciones de último momento en el Senado, el proyecto preveía, como dijimos, que los contratos de transporte documentados solamente en cartas de porte y demás documentos análogos referidos no quedaban sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes. No se estimaba suficiente que las cláusulas de elección de ley y juez estuvieran documentadas en esos instrumentos. Para admitir esas cláusulas en materia de transporte, debían ser negociadas en documento aparte. Sin embargo, el literal se modificó como dijimos anteriormente, y por lo tanto podría sostenerse que el transporte de mercaderías por carretera queda sujeto a las normas generales sobre contratos, esto es, en primer lugar, se regulan por la ley elegida por las partes y en ausencia de elección por lo dispuesto en el art. 48.

En la Comisión Constitución y Legislación General del Senado, comparecieron oportunamente representantes de la AUDEA (Asociación Uruguay de Empresas Aseguradoras), del Ministerio de Transporte, y se recibió por escrito la posición del Centro de Navegación. Mientras que la AUDEA⁵¹, sostuvo básicamente la necesidad de que los contratos de transporte se regularan por la ley del lugar de destino de la mercadería, rechazando la autonomía de la voluntad, los representantes del MTOP y el Cennave sostuvieron la conveniencia de adoptar las convenciones internacionales más conocidas en el sector marítimo y admitir la autonomía de la voluntad⁵². Nótese que la opinión de los representantes del MTOP y del CENNAVE referían al transporte marítimo, cuestión que fue regulada en la LGDIPr en el art. 50.H).

Los senadores manifestaron dudas al respecto de cuál sería la mejor solución. Mientras que hubo manifestaciones a favor de la autonomía de la voluntad⁵³, luego se decidió consultar

⁵¹ La posición de la AUDEA expuesta por el Dr. Fernando Aguirre. Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016, Distribuido No. 195, 4 de agosto de 2020.

⁵² La posición del MTOP expuesta por el Subsecretario Sr. Juan José Olaizola y el Dr. Pablo Labandera Ipata. Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016 264/2020, Distribuido No. 232, 18 de agosto de 2020.

⁵³ Ver manifestaciones de los Senadores Carrera, Domenech y Camy, y la Senadora Bianchi en sesión de la Comisión de Constitución y Legislación, Carpeta No. 661/2016, Distribuido No. 195, 4 de agosto de 2020.

nuevamente al Dr. Opertti, a través del Senador Carrera, quien finalmente propuso que el numeral 9 del Art. 50 quedara con el siguiente texto:

Los contratos de transporte de mercaderías documentados por carta de porte, conocimiento de embarque, guía aérea, documento de transporte multimodal, como documentos análogos, se rigen por el lugar de la ley del cumplimiento, entendiéndose por tal la ley del Estado donde se pactó la entrega de la mercadería.

El Senador Carrera abogó por tomar esta solución, pero finalmente la misma no se adoptó. La redacción presentada por el Prof. Opertti recogía una solución con arraigo en doctrina y jurisprudencia nacional, pero no se adoptó expresamente.

b. Segunda interpretación posible: aplicación del artículo 48.C).2)

Desde que no fue recogida a texto expreso la autonomía de la voluntad para estos contratos y tampoco se consagró la última fórmula de Opertti, podría también sostenerse que rige la solución del art. 48.C).2): “cuando su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos”, que es la solución tradicional aplicada con anterioridad a la vigencia de la presente ley (art. 2399 y art. 34.b) del TMDCI de 1889 por remisión).

Esta interpretación tendría la ventaja de que nos conduce a una solución que ha sido aplicada por mucho tiempo por la jurisprudencia.

Esta solución coincidiría además con el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Transporte Internacional de carga entre los Estados Partes del Mercosur (MERCOSUR/CMC/DEC. No. 11/02) y su homólogo que incluye al MERCOSUR ampliado (Chile y Bolivia), que no están en vigor pero constituyen un antecedente de peso⁵⁴.

c. Tercera interpretación posible: aplicación del art. 50.E)

La cuestión de la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor (No. 17.189 y luego 17.250) a los contratos de transporte de mercaderías celebrados entre comerciantes, ya ha sido tratada con anterioridad por nuestra parte y existen discrepancias al respecto. Basándose fundamentalmente en la condición de contrato de adhesión, he sostenido la aplicación de la ley de defensa del consumidor a los contratos de transporte de mercaderías⁵⁵, mientras que Lorenzo ha sostenido que el contrato de transporte de mercaderías celebrado entre comerciantes profesionales no

⁵⁴ Ver en <https://bit.ly/4flg0II>. Este acuerdo, cuyo texto fue propuesto por la delegación de Uruguay, aún no entró en vigor.

⁵⁵ Aguirre, Fernando y Cecilia Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho de los transportes. Transporte Marítimo*, Volumen III, Montevideo, FCU, 2ª ed., 2011, p. 263. Comparte la posición con Szafir, Dora, *El Consumidor – Análisis Exegético de la Ley No. 17.189*, Montevideo, FCU, 2000, pp. 24-25 en cuanto a que puede haber relación de consumo entre comerciantes y personas jurídicas.

constituye una relación de consumo⁵⁶. Para el fundamento de cada posición nos remitimos a los trabajos respectivos.

d. Cuarta interpretación posible: vacío legal

Finalmente podría sostenerse que existe un vacío legal en la materia específica del transporte internacional terrestre de mercaderías y que dicho vacío no se llena con las normas generales para los contratos previstos en esta ley (arts. 45 y 48 en su caso) sino que debe recurrirse a los fundamentos de las leyes análogas (art. 16 CC). En tal caso podemos referirnos a las normas previstas expresamente para el transporte terrestre del TMDCT 1940 (arts. 14 a 18) o a las normas de la ley general marítima 19.246.

10. La aplicación de usos y principios

El art. 51 establece:

(Usos y principios). Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley.

La costumbre, conforme al art. 9 de nuestro Código Civil, “no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella”. Esta norma, ubicada en el Título Preliminar del referido cuerpo de leyes, ha sido aplicable a todas las ramas del derecho, incluido por supuesto el DIPr. Resultaba igualmente aplicable a la costumbre nacional y a la internacional referida a cuestiones de tráfico jurídico externo. A partir del art. 51 de la LGDIPr., existe una norma especial para los contratos internacionales.

Asimismo, el art. 296.6 del Código de Comercio establece que servirán como bases de interpretación de las cláusulas contractuales: “el uso y práctica generalmente observada en el comercio, de igual naturaleza, y especialmente la costumbre del lugar donde debe ejecutarse el contrato (...)”.

Y el art. 297 agrega:

Si se omitiese en la redacción de un contrato, alguna cláusula necesaria para su ejecución, y los interesados no estuviesen conformes, en cuanto al verdadero sentido del compromiso, se presume que se han sujetado a lo que es de uso y práctica en tales casos entre los comerciantes, en el lugar de la ejecución del contrato.

⁵⁶ Lorenzo Idarte, Gonzalo A., *Transporte por contenedores en el Derecho Uruguayo y otras cuestiones actuales*, Montevideo, FCU, 2000, p. 97. Su posición es compartida por Ronald Herbert (en Prólogo a la referida obra de Lorenzo). Coincide Olivera García (El Concepto de Consumidor en la Ley de Relaciones de Consumo, en: *Tribuna del Abogado*, 2000, No. 119, p. 11).

Por lo tanto, en el Derecho uruguayo la *lex mercatoria* ya adquiriría —antes de la LGDIPr— relevancia (no sólo material, que siempre la tiene, sino también formal⁵⁷) cuando los convenios internacionales se refieren a ella, como ocurre por ejemplo, en el art. 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980, que hace referencia a las “prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes”.

El art. 10 de la Convención de México se refiere a la costumbre internacional, elevándola a la categoría de fuente de derecho (formal), desde que establece que

se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las 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 del caso concreto.

Esta fórmula de la Convención de México se basó en una propuesta del Prof. Gonzalo Parra Aranguren, en Tucson. En la Reunión de Expertos allí celebrada se señaló que la aclaración de la parte final del artículo (“con la finalidad de realizar las exigencias...”) “podía servir para que el juez arribara a un resultado justo, a pesar de la existencia de normas jurídicas cuya obsolescencia le marcara otro rumbo”. Herbert sostuvo siempre en relación a la Convención de México que el art. 10 refiere exclusivamente a la interpretación del contrato, (y no a la interpretación de la Convención, a la cual refiere el art. 4). Considera que constituye una innovación absoluta, que servirá como medio para mantener al día la Convención⁵⁸.

El Dr. Operti por su parte consideró que era mejor la redacción propuesta por Parra Aranguren, que decía: “No obstante lo dispuesto por los artículos anteriores,...”. La expresión “Además” con que comienza la norma, le da carácter acumulativo. Por tanto, parecería que se trata de un caso de aplicación del derecho, más que de interpretación. Afirmó Operti que esta norma le fijó un límite importante a la *lex mercatoria*, dándole empleo pero no rango igual al de ley del Estado⁵⁹.

La LGDIPr en sus arts. 13, 45.2 y 51 da un paso más en cuanto a la aplicación directa de los usos y principios, dentro del marco que establece la propia ley en los artículos referidos. La solución plasmada en esta norma es “de amplio recibo, en especial en materia comercial y permite incorporar prácticas y principios que no son contenido de reglas normativas, así como soluciones generadas en organismos especializados, tales como el UNIDROIT, del que Uruguay forma parte”, como se expresa en la Exposición de Motivos de esta ley.

⁵⁷ Ello en virtud del art. 9 CC.

⁵⁸ Herbert, Ronald, La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: *Revista Uruguaya de DIPr*, 1994, No. 1, pp. 45-62, p. 59.

⁵⁹ Operti Badán, Didier, La CIDIP V: una visión en perspectiva, *Revista Uruguaya de DIPr*, 1994, No. 1, pp. 13-43, p. 35.

II. La autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil

A. Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos comerciales Internacionales

Los arts. 2.1.19 a 2.1.22 refieren a “la situación especial donde una o ambas partes utilizan cláusulas estándar”⁶⁰.

El art. 2.1.19 establece:

(1) Las normas generales sobre formación del contrato se aplicarán cuando una o ambas partes utilicen cláusulas estándar, sujetas a lo dispuesto en los artículos 2.1.20 al 2.1.22. (2) Cláusulas estándar son aquellas preparadas con antelación por una de las partes para su uso general y repetido y que son utilizadas, de hecho, sin negociación con la otra parte.

El art. 2.1.20 establece:

(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación.

El art. 2.1.21 establece: “En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea, prevalecerá esta última”.

El art. 2.1.22 establece:

Cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato.

Sin desconocer el valor y utilidad de dichas disposiciones, consideramos que las mismas no son suficientes para evitar imposiciones unilaterales abusivas incluidas en condiciones generales de contratos comerciales internacionales de adhesión en sus diversas modalidades, donde una de las partes carece de poder de negociación respecto de las mismas.

B. La Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas

La referida Guía, elaborada por el Comité Jurídico Interamericano bajo la relatoría del Dr. José A. Moreno Rodríguez u aprobada por unanimidad en 2019, contiene algunas referencias al tema de la autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil⁶¹, pero sin profundizar o desarrollar el tema, que no constituye el objeto de la Guía. Es por eso que la suscrita, como miembro del CJI, planteó el análisis de la cuestión en un

⁶⁰ Comentario 1 al art. 2.1.19.

⁶¹ Por ejemplo, párrafos 280 y 288.

instrumento separado, que se analiza a continuación. Dicho tema fue aprobado por unanimidad e incluido en la agenda de trabajo del Comité en 2021.

C. El Informe y recomendaciones de buenas prácticas del Comité Jurídico Interamericano

En diciembre de 2023, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la OEA adoptó por unanimidad un informe sobre “la Autonomía de la voluntad en los contratos comerciales internacionales con una parte negocialmente débil: desafíos inherentes y posibles soluciones. Informe y recomendaciones de buenas prácticas”, en ocasión de la IV Sesión Extraordinaria del Comité celebrada de manera virtual⁶².

Dicho informe se centra en los contratos de adhesión en sus diversas modalidades, celebrados entre comerciantes a nivel internacional en un contexto en que una de las partes carece de poder de negociación, respecto de la elección de ley o de juez. Se da a conocer la normativa pertinente, la práctica y la jurisprudencia nacional e internacional, junto con observar las similitudes y diferencias entre los Estados miembros de la OEA. Se deja constancia de la ausencia de desarrollos y pronunciamientos sobre la temática de la autonomía de la voluntad conflictual respecto de contratos asimétricos, considerando que la normativa responde ante contratos en que todas las partes disponen de un poder de negociación equivalente⁶³.

1. Distinción entre contratos comerciales internacionales de libre discusión y contratos comerciales internacionales con cláusulas estándar. Indicadores de debilidad contractual

Hace muchos años que la doctrina y los foros de codificación, en la elaboración de instrumentos tanto de *hard law* como de *soft law*, se ocupan de la autonomía de la voluntad en contratos comerciales internacionales, focalizándose en aquellos en que ambas partes negocian las cláusulas del contrato (*free discussion contracts*), incluyendo la cláusula de elección de la ley aplicable al contrato y también la de la jurisdicción o de la inclusión de una cláusula arbitral.

En general se excluyen del régimen autonomista a los contratos con consumidores, con trabajadores, y a veces, los contratos con asegurados, pero rara vez se presta atención a aquellos contratos cuyas partes, aun siendo comerciantes, se encuentran en situación de grave desigualdad, porque una de las partes carece totalmente de poder de negociación. Ello ocurre en general con los contratos con cláusulas estándar en todas sus variantes, contratos de adhesión, contratos con condiciones generales unilaterales impresas, contratos formularios, contratos asimétricos (que son lo opuesto a los contratos “de libre discusión” o “*free discussion contracts*”, es decir, son aquellos en

⁶² La relatora fue la suscrita, Cecilia Fresnedo de Aguirre, y el documento completo se encuentra publicado en <https://bit.ly/4eF6ykp>

⁶³ <https://bit.ly/4d0i7Ak>

los cuales las partes no tienen igual o equivalente poder de negociación), B2b *contracts* y demás denominaciones.

Se ha sostenido que esta forma de contratar es indispensable para que funcione el comercio internacional, dado que sería imposible y muy costoso negociar individualmente cada contrato, especialmente cuando la oferta es masiva. La veracidad de dicha afirmación no se discute, pero ello no puede legitimar la eventual inclusión de cláusulas abusivas en ese tipo de contratos. Precisamente este Informe y sus Recomendaciones apunta a brindar a los jueces y demás operadores jurídicos herramientas que les permitan evitar abusos de Derecho, derivados del superior poder de negociación de una de las partes y materializado en la inclusión de cláusulas abusivas en materia de elección de juez y/o ley —entre otras— insertas en contratos de adhesión, formulario y demás variantes.

La característica principal de estos contratos, cualquiera sea su denominación, es que una de las partes tiene un poder contractual mucho mayor, desde que puede establecer unilateralmente las condiciones del contrato, incluyendo la elección de ley y/o de juez (o arbitraje). La otra parte, aun siendo comerciante, con experiencia y con asesoramiento profesional, no tiene otra opción más que adherir a las condiciones que se le presentan o no contratar. Es lo que en la doctrina estadounidense se conoce como “*take-it-or-leave-it contracts*”. Una de las partes del contrato sólo lo toma o lo deja. Un ejemplo típico son los contratos de transporte marítimo documentados en conocimientos de embarque.

La situación descrita en el párrafo anterior se ve agravada cuando las condiciones generales constituyen una oferta monopólica en el sector del comercio a que pertenecen, lo que deriva del control dominante del mercado por parte de algunos sectores⁶⁴. En esos casos, el comerciante al que se le presentan esas condiciones sólo puede tomarlas, o no contratar, lo que implica no comerciar, porque no tiene condiciones generales alternativas para elegir, ni posibilidad alguna de negociar y discutir las cláusulas unilaterales.

Todas las circunstancias descritas *supra* constituyen indicadores de debilidad contractual de la parte que adhiere a los contratos con cláusulas estándar, aunque se trate de un comerciante informado y debidamente asesorado.

En opinión de la suscrita relatora, coincidiendo con la Dra. Madrid Martínez, en general las normas de Derecho internacional privado tanto convencionales como autónomas que regulan los contratos internacionales están pensadas para los contratos “de libre discusión”, contratos en que ambas partes tienen poder de negociación equivalente, aunque no sea idéntico, que tienen la

⁶⁴ Afirma la ABA-SIL en la página 7 de sus Comentarios al segundo informe de avance de esta relatora: “*When the stronger bargaining party enjoys dominant market control, that can have monopolistic consequences. However, there is an argument that market dominance is the issue in that case, rather than the contract of adhesion. Focusing on the unequal bargaining party runs the risk of shifting focus from the anticompetitive nature of market dominance*”.

posibilidad de negociar las cláusulas del contrato, y no para los contratos asimétricos, de adhesión, o equivalentes, en que una parte establece las condiciones y la otra adhiere o no, sin posibilidad de negociar o discutir las cláusulas pre establecidas unilateralmente⁶⁵.

2. En los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal

Es evidente que en los contratos de adhesión, la autonomía de la voluntad conflictual de las partes (en plural) no existe como tal, porque no existe un acuerdo entre dos o más voluntades respecto de la elección del foro y/o la ley aplicable. En estos casos, como bien afirma la Dra. Madrid Martínez, “la admisión de una autonomía conflictual absoluta puede traer más problemas que beneficios”, pero por sobre todo, es injusta, porque permite que la parte contractualmente más fuerte —la que tiene el poder de establecer las condiciones del contrato, incluyendo ley aplicable y juez competente— elija unilateralmente el foro y la ley más conveniente a sus intereses. Esto ocurre en los contratos entre comerciantes, y no sólo en los contratos con consumidores, trabajadores y asegurados⁶⁶.

Amparar estas situaciones no parece estar en la base de la autonomía de la voluntad conflictual ni en la opinión de sus defensores. Por el contrario, desnaturaliza el concepto mismo de autonomía de la voluntad conflictual, que es la facultad que el legislador —nacional o internacional— otorga a las partes de un contrato internacional de elegir la ley que regulará su contrato y/o el juez (o árbitro) competente para entender en cualquier diferendo que surja respecto de dicho contrato. Se trata, en esencia, de un acuerdo entre dos partes, no de una decisión unilateral⁶⁷.

3. La realidad práctica

Lo que se observa en la realidad práctica es que la parte que emite unilateralmente las condiciones generales en los contratos de adhesión elige la ley y el juez más conveniente para sus intereses, que suelen ser inconvenientes para la otra parte. Por ejemplo, a quien ofrece el bien o servicio, le será más conveniente la ley con límites de responsabilidad más bajos, con plazos de prescripción más breves para entablar reclamos, mientras que para el comerciante que adquiere el bien o servicio en modalidad de contrato de adhesión le convendrá exactamente lo contrario, es decir, una ley que no establezca límites de responsabilidad, o los fije en montos altos, y que establezca plazos de prescripción extensos⁶⁸.

⁶⁵ <https://bit.ly/49315QY>, p. 44.

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ *Idem*.

En cuanto a la jurisdicción, a quien ofrece el servicio o el bien le convendrá elegir un foro cercano a su domicilio o establecimiento, y a la vez lo más lejano posible del domicilio o establecimiento de su contraparte, para desalentar posibles reclamos. Nótese que si bien en los contratos internacionales donde se manejan cifras enormes esto puede resultar irrelevante, en un gran número de contratos internacionales los reclamos por incumplimiento —total o parcial— del contrato son por montos que no ameritan litigar en foros lejanos, lo que genera para el comerciante que compró el bien o servicio una denegación de justicia lisa y llana, por resultarle imposible en la práctica acceder a su “*day in court*”⁶⁹.

4. Recomendaciones y posibles buenas prácticas

Luego del extenso Informe reseñado *supra*, el documento del CJI ofrece “Recomendaciones y posibles buenas prácticas en materia de contratos internacionales entre comerciantes con una parte contractualmente débil”⁷⁰, a las que nos remitimos. Cabe señalar que las recomendaciones que aquí se formulan están en concordancia con Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en las Américas, OEA, 2019.

Conclusiones

Si bien es indiscutible que la admisión de la autonomía de la voluntad en materia conflictual en los arts. 45 y 60 de la LGDIPr como regla general para la determinación de la ley aplicable y la jurisdicción competente, respectivamente, constituye una novedad importante con respecto al sistema anterior (arts. 2399, 2401 y 2403 CC), surge del análisis anterior que esto no constituye una novedad absoluta.

El art. 2403 in fine del CC admitía, y el art. 5 inc. 2º del Protocolo Adicional a los tratados de Montevideo de 1940 admite, que las partes puedan elegir la ley aplicable y la jurisdicción competente cuando la ley remitida por la norma de conflicto o una norma especial del orden jurídico del juez lo permitan.

El Protocolo de Buenos Aires de 1994 admite la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de la jurisdicción.

Además de las referidas disposiciones, en los hechos, cuando ambas partes concurren al juez elegido por ellas en el contrato, el juez asumirá competencia y aplicará el derecho elegido siempre que las cláusulas respectivas sean válidas de conformidad con su sistema de DIPr.

⁶⁹ *Idem*.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 81-86.

Roberto Goldschmidt: del joven jurista alemán al gran jurista universal en Caracas*

Eugenio Hernández-Bretón**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 361-381.

On ne tombe jamais deux fois dans le même abîme. Mais on tombe toujours de la même manière, dans un mélange de ridicule et d'effroi. Et on voudrait tant ne plus tomber qu'on s'arc-boute, on hurle. A coup de talon, on nous brise les doigts, à coups de bec on nous casse les dents, on nous ronge les yeux. L'abîme est bordé de hautes demeures. Et l'Histoire est là, déesse raisonnable, statue figée au milieu de la place des Fêtes, avec pour tribut, une fois l'an, des gerbes séchées de pivoines, et, en guise de pourboire, chaque jour, du pain pour les oiseaux.

Éric Vuillard, L'ordre du jour, 2017

Resumen

Roberto Goldschmidt fue un muy destacado profesor de Derecho Mercantil y un gran comparatista de origen alemán. Las leyes raciales alemanas dictadas a la llegada al poder del Nacionalismo en ese país lo forzaron al exilio. Luego de pasar por Italia, Suiza, Uruguay y Argentina, Goldschmidt llegó a Venezuela en 1953, gracias a una cruzada fraternal de colegas profesores en Europa y América. En Venezuela brindó importantes servicios tanto a la docencia como a la investigación, presidiendo la Comisión encargada de redactar el proyecto de lo que muchos años después se convertiría en la Ley de Derecho internacional privado.

Abstract

Roberto Goldschmidt was a highly distinguished professor of Commercial Law and a prominent comparative law scholar of German origin. The racial laws enacted following the rise of National Socialism in Germany forced him into exile. After periods in Italy, Switzerland, Uruguay and Argentina, Goldschmidt arrived in Venezuela in 1953, thanks to a fraternal campaign led by fellow academics in Europe and the Americas. In Venezuela he rendered invaluable services both to legal education and to legal scholarship, presiding over the commission charged with drafting the bill that would eventually become the Private International Law Act.

Palabras Clave

Roberto Goldschmidt. Derecho internacional privado. Derecho comparado. Derecho mercantil. Emigración.

Keywords

Roberto Goldschmidt. Private international law. Comparative law. Commercial law. Emigration.

Sumario

I. La familia Goldschmidt y la persecución racial en Alemania a partir de 1933. II. La emigración de la familia Goldschmidt. III. El periplo de Roberto Goldschmidt. IV. Roberto Goldschmidt en Venezuela.

* Originalmente publicado en K. Krispin (Comp.), *Judíos de habla alemana en Venezuela*, Caracas, Oscar Todtmann Editores, 2025, pp. 186 ss.

** Coordinador de la Maestría.

I. La familia Goldschmidt y la persecución racial en Alemania a partir de 1933¹

Durante el año 1933 más de veinte mil alemanes de ancestros judíos abandonaron Alemania, entre ellos el joven jurista Robert Goldschmidt, entonces de 26 años de edad. Para ese año en Alemania habitaban un poco más de 500.000 judíos, alrededor del 0.76% de la población total del país. En los próximos años y hasta el final de la Segunda Guerra Mundial muchos más fueron al exilio por todo el mundo y otros tantos más fueron exterminados en los campos de concentración esparcidos por Europa. Para un joven y brillante abogado alemán de confesión judía que apenas comenzaba su carrera profesional en la tierra de sus padres y de sus abuelos el anhelo de un futuro de vida en su país había desaparecido. La violencia dirigida por el Estado contra su pueblo, la nueva legalidad que acabó con la Constitución y todo el orden legal para sustituirlo por la voluntad del *Führer*, la indiferencia moral de la gente común y corriente y la criminalidad amparada por el gobierno, le hicieron presagiar al joven jurista un aterrador y muy peligroso destino vital. Solo una persona en toda Alemania sabía en ese año 1933 cuál sería “la apariencia de la nueva estructura del Estado de aquí a diez años”.

El 30 de enero de 1933, el presidente Hindenburg nombró *Reichskanzler* (Canciller del Imperio) al líder de la coalición de los nazis y sus colaboradores nacionalistas y conservadores victoriosos en la más reciente elección parlamentaria. Esa toma del poder (*Machtergreifung*) por Hitler y sus secuaces traería consecuencias impredecibles para Alemania y para el mundo entero.

La destrucción del Estado de Derecho por el nacionalsocialismo inició muy pronto. El 4 de febrero de 1933 se dictó el Decreto para la Protección del Pueblo y del Estado (*Verordnung zum Schutz von Volk und Staat*) limitando el derecho de manifestaciones y reuniones políticas. Al incendio del *Reichstag* siguió el *Notverordnung* (Decreto de Estado de Emergencia) de 28 de febrero de 1933, mediante el cual formalmente se limitó la vigencia de numerosas garantías constitucionales, por ejemplo, libre expresión del pensamiento, inviolabilidad del hogar, libertad de la persona), *bis auf weiteres* (hasta nuevo aviso), aun cuando en la práctica lo que se hizo fue derogar la Constitución y todo el ordenamiento legal preexistente, quedando todo a la voluntad del *Führer* con la complicidad del poder judicial, pudiendo imponer sanciones penales por hechos cometidos aun antes de entrar en vigor la ley respectiva.

La voluntad del *Führer* era la voluntad del pueblo hecha derecho y prontamente la democracia dejó de ser representativa para ser reemplazada por los referendos. Se crearon

¹ Para la investigación y redacción de este trabajo conté con la inmensa y valiosa ayuda de desinteresadas personas en varias partes del mundo. Desde Nueva York el profesor Alejandro Garro me proporcionó noticias sobre la relación entre Mario Rotondi y Roberto Goldschmidt. En Caracas el profesor José Antonio Briceño me ayudó a ubicar información que seguramente de otra forma no hubiera podido localizar, incluyendo información en Alemania, Argentina y Uruguay. En Medellín la profesora Claudia Madrid Martínez me dio datos acerca de la señora Ilse Jaffé de Goldschmidt y el Servicio Social Internacional. En Buenos Aires el señor Franco Daniel Geragaleto hizo las gestiones para que obtuviera la información acerca del paso de Roberto Goldschmidt por Córdoba, Argentina. Finalmente, mi hija Eukene me ayudó a ubicar bibliografía alemana que aquí utilicé y que mi apreciado amigo Javier Ojer se sirvió trasladar hasta Caracas. A todos ellos, muchas gracias.

tribunales especiales (*Sondergerichte*), suerte de tribunales revolucionarios contra los enemigos del nacionalsocialismo, cuyas decisiones eran inapelables y entre cuyas facultades estaba la de rechazar las pruebas cuando el tribunal hubiera llegado al convencimiento de que las pruebas eran innecesarias para aclarar los hechos del caso. La situación empeoró con los resultados de las elecciones del Reichstag del 5 de marzo de 1933. Mientras tanto, ya a partir del 6 de marzo, la violencia se dirigía contra jueces y abogados de origen judío.

La impresión generalizada comenzó a ser que había que “limpiar” de judíos el mundo jurídico. El 14 de marzo el *Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen (BNSDJ)* (Asociación de Juristas Alemanes Nacionalsocialistas) exigió:

Alle deutschen Gerichte, einschliesslich des Reichsgerichts sind von Beamten und Richtern und Beamten fremder Rasse (!) unverzüglich zu säubern (!). Für Angehöriger fremder Rasse (!) ist unverzüglich die Zulassungssperre zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufs an deutschen Gerichten zu verhängen. Nur deutsche Volksgenossen dürfen deutsche Notare sein ... Nach Ablauf von vier Jahren darf nach dem Plan des Führers kein Angehöriger fremder Rasse (!) mehr Anwalt sein ... Die Anwaltskammern sind sofort aufzulösen, neu zu wählen und jüden- und marxistenfrei zu gestalten.

(Todos los tribunales alemanes, incluido el Reichsgericht, deben ser depurados de funcionarios y jueces y funcionarios de raza extranjera (!) sin demora (!). A los miembros de razas extranjeras (!) se les prohibirá inmediatamente ejercer la profesión de abogado en los tribunales alemanes. Sólo los ciudadanos alemanes pueden ser notarios alemanes ... Después de cuatro años, según el plan del Führer, ningún miembro de raza extranjera (!) puede ser abogado ... Los colegios de abogados deben ser disueltos inmediatamente, nuevamente elegidos y organizados libres de judíos y marxistas.).

El directorio del Colegio de Abogados (*Anwaltskammer*) de Berlín renunció en pleno el 22 de marzo y el 24 de abril tuvo lugar la elección del nuevo directorio con la participación en asamblea de más de 700 abogados y de unos 300 asistentes vistiendo estos el uniforme de la *SA*. La plancha propuesta, integrada por 24 abogados miembros del *NSDAP* (o simpatizantes), por seis miembros del *Stahlhelm, Bund der Frontsoldaten* (Cascos de Acero, Asociación de Soldados de Primera Línea) o del *DNVP (Deutsch-Nationale Volks-Partei)*, y de tres sin afiliación partidista conocida, recibió todos los votos de los abogados habilitados para votar salvo dos en contra. Valga añadir que la asamblea duró media hora.

Un periódico de Berlín, el *Völkische Beobachter* al informar acerca de los sucesos acontecidos en la ciudad de Breslau el 19 de marzo de 1933 se preguntaba: *Wielange soll Moabit ... als Neu-Jerusalem in der Justiz gelten? Man darf hoffen, dass auch hier der eiserne Besen nicht mehr lange auf sich warten lässt?* (¿Por cuánto tiempo más Moabit —la parte de la ciudad de Berlín donde estaban ubicados los tribunales— ... será considerada la Nueva Jerusalén de la justicia? ¿Podemos esperar que aquí la escoba de hierro tampoco tarde en llegar?). El 28 de marzo la dirección del *NSDAP* llamó a boicotear “los negocios judíos, los productos judíos, los médicos judíos y los abogados judíos”, ejecutándose el boicot el 1° de abril. El 31

de marzo el ministro de justicia Hans Frank ordenó colocar en excedencia a los jueces judíos y la prohibición de entrada de los abogados judíos a los edificios de tribunales a partir del día siguiente *bis auf weiteres*.

Para asegurar la efectividad de las medidas se pusieron a disposición los servicios de los efectivos la *SA (Sturmabteilung)* y de las fuerzas policiales. Ese mismo día el ministro de propaganda Goebbels declaró que los judíos en Alemania eran solo huéspedes (*nur Gäste*). Con gran precisión se ejecutaron selectivamente los asesinatos de abogados en varias ciudades alemanas antes la mirada contemplativa de las gentes y la inacción de las fuerzas del Estado. La opinión de los pensadores nacionalsocialistas y las de todas las instituciones públicas y privadas se alineaba con la del *Führer*, la política de la *Gleichschaltung* (coordinación) se imponía.

Unos días antes del boicot, el nuevo Parlamento con la aprobación del *Reichsrat* (Consejo Imperial) dictó la *Ermächtigungsgesetz* (Ley Habilitante) de 24 de marzo, la cual facultó al *Reichskanzler* para legislar en todas las materias sin necesidad de la aprobación o del consentimiento del Parlamento ni del Consejo Imperial, pudiendo de tal manera modificar la Constitución salvo en lo tocante a esas dos instituciones. Una vez suicidado el Parlamento se legalizaba la voluntad del *Führer*. Los partidos políticos de oposición fueron eliminados, ilegalizados o se autodestruyeron. Los sindicatos de trabajadores se “coordinaron” con el nuevo Gobierno, sus dirigentes encarcelados y se obligó a sus miembros a afiliarse al nuevo Frente Alemán del Trabajo. Rápidamente el *Reichskanzler* puso en efecto la habilitación recibida.

El 7 de abril dictó la *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* (Ley de Restablecimiento de la Funcionariado Público), llamada también *Berufsbeamtengesetz* (Ley del Funcionariado Público), una de las llamadas “leyes de limpieza” (*Säuberungsgesetze*), dirigida particularmente contra los judíos (con alguna excepciones tales como para los que hubieran estado en frente de batalla) y los enemigos políticos, que eliminó los derechos de los funcionarios públicos, jueces y profesores universitarios y legalizó la *Vertretungsverbot* (prohibición de mandatos judiciales y de entrada a los edificios de los tribunales) para los juristas “no-arios”.

La *Deutsche Richterbund* (Asociación de Jueces Alemanes) nada dijo al respecto, tampoco se esperaba mucho de ellos, pues el nuevo predicado de la justicia era abandonar una imparcialidad objetiva y pasar a convertirse en reflejo del “sano juicio alemán” como lo mandaba los cánones del nacionalsocialismo. Y nadie dijo nada contra la *Gesetz über die Zulassung von Steuerberater* (Ley sobre la Admisión de Asesores Tributarios) de 6 de mayo de 1933 ni contra la *Gesetz zur Änderung einiger Vorschriften der Rechtsanwaltsordnung, der Zivilprozessordnung und des Arbeitsgerichtsgesetzes* (Ley mediante la cual se modifican determinadas disposiciones de la Ley de Abogados, de la Ordenanza de Procedimiento Civil y de la Ley del Tribunal de Trabajo) de 20 de julio de 1933, que limitaban o excluían la actuación

de los notarios y abogados “no-arios” como apoderados o asesores en asuntos tributarios o como árbitros.

Para finales de 1933 alrededor de 1.500 abogados habían perdido su admisión al ejercicio de su profesión en Alemania por razones raciales. Y los abogados defensores que siguieron ejerciendo su profesión se encontraron con que las relaciones entre “jueces, fiscales y policía eran indulgentemente estrechas” y los mismos abogados a veces pasaron a denunciar a sus propios clientes. Tampoco se buscaban veredictos de inocencia, bastaban las atenuantes para que el castigo fuera “suavizado” y evitar que la *Gestapo* corrigiera cualquier error judicial.

Las limitaciones de la ley, que no podía regular todas las situaciones de la vida diaria, llevó a que la “analogía”, basada en el sano sentido del pueblo, se convirtiera en arma de uso diario por la judicatura. Se creó la figura de la “custodia protectora” (*Schutzhaft*) que permitía al “protegido” permanecer detenido indefinidamente por la *Gestapo* antes de comparecer en juicio. Se estableció el castigo para “delincuente potencial”. Los derechos del individuo quedaron subordinados a los intereses colectivos de la nueva sociedad. El poder ejecutivo y el poder judicial se “fundieron en una íntima y sola entidad arbitraria”.

Mediante Ley de 25 de abril de 1933 se limitó el número de estudiantes “no-arios” en las universidades y poco a poco se fue excluyendo a los judíos totalmente de la posibilidad de asistir a clases, obtener el doctorado en Derecho y de recibir la *Habilitation* correspondiente para ser profesores universitarios, entre otras materias. Incluso, se les llegó a prohibir a los alemanes prepararse para los exámenes bajo la guía de un *Repetitor* judío. De manera similar se prohibió a los “no-arios” hacer pasantías profesionales y tomar los exámenes para optar al título de abogado. Los abogados fueron excluidos de sus gremios y no se les permitió ejercer su profesión. Los profesores universitarios de ascendencia judía fueron separados de sus cargos bajo distintas modalidades, reducción de sueldos, excedencia, traslados a otras universidades, pérdida de la *venia legendi*, expulsión de la universidad y del país, y las invitaciones —no poco frecuentes— a cometer suicidio.

Con el paso del tiempo a los “no-arios” se les prohibió la entrada a las universidades, a las bibliotecas públicas, a los teatros y salas de cine, y no pudieron publicar sus libros y trabajos científicos en Alemania. El desprecio por la obra científica de los juristas “no-arios” alcanzó magnitudes horribles. Y las asociaciones profesionales y universitarias permanecieron a la espera de los próximos acontecimientos. La pasividad estudiantil fue notoria así como también fue indolente la indiferente falta de instauración de procedimientos disciplinarios contra los responsables de los ataques contra algunos profesores de ascendencia judía en espacios universitarios, incluida la Universidad *Friedrich-Wilhelms Universität* de Berlín (hoy *Humboldt Universität*).

El 6 de mayo de 1933, el ministro de ciencias de Prusia en un discurso en la Universidad de Berlín justificó las acciones revolucionarias de parte del estudiantado: *Die deutsche Jugend*

lässt sich heute nun einmal von fremdrässigen Professoren nicht führen ... Wir haben eine Fremdherrschaft erlebt, die zu beseitigen die Pflicht einer neuen deutschen Volksführung war ... (La juventud alemana de hoy no se dejará dirigir por profesores de raza extranjera ... Hemos experimentado la dominación extranjera, y eliminarla era el deber de un nuevo liderazgo nacional alemán...).

Ese tipo de acciones contaron con el apoyo de las SS. En el otoño de 1933, por ejemplo, en Berlín cuando el distinguido profesor de Derecho Civil y de Derecho Internacional Privado Martin Wolff, de origen judío, se enteró de que le fue asignada un aula pequeña cuando siempre antes le había sido asignado el auditorio más grande de la Facultad, decidió utilizar para sus clases una de las aulas más grandes. Esa aula más grande se llenó rápidamente y la SS decidió colocar agentes en las puertas del aula para ahuyentar a los aterrados estudiantes. Un grupo de sus más afectos estudiantes decidió entonces rodear la tribuna profesoral para proteger al profesor. Los estudiantes fueron fotografiados por la SS. El profesor decidió dar su clase. Algún tiempo después las hordas con “camisas pardas o de uniformes negros” lo expulsaron de su aula y de la universidad alemana para siempre.

Uno de los más citados autores nacionalsocialistas, el jurista Carl Schmitt, dijo:

Geradezu unverantwortlich wäre es, einen jüdischen Autor als Kronzeugen oder als eine Art Autorität auf einem Gebiet anzuführen. Ein jüdischer Autor hat für uns keine Autorität, auch keine rein wissenschaftliche Autorität. Ein jüdischer Autor ist für uns, wenn es überhaupt zitiert wird, ein jüdischer Autor

(Sería francamente irresponsable citar a un autor judío como testigo clave o como una especie de autoridad en un campo determinado. Un autor judío no tiene ninguna autoridad para nosotros, ni siquiera una autoridad puramente científica. Para nosotros, un autor judío, si es que se le cita, es un autor judío).

Pero también se prohibió que los libros y artículos de juristas judíos fueran citados en nuevas publicaciones o tesis doctorales, o que de ser absolutamente necesario, en aras de la *Vollständigkeit* (exhaustividad científica) —p.e., solo fueran citados para criticar negativamente esas obras—, añadiendo la palabra *Jude* o se colocara una letra *J* luego del nombre del autor citado. Pero lo deseable era que no fueran mencionadas. Las obras jurídicas de autores “no-arios” debían conservarse “en secreto” en las bibliotecas universitarias y en otras públicas, en tanto no fueran “imprescindibles”, tales como comentarios (*Kommentare*) y manuales (*Lehrbüchern*), y para cuya consulta debía comprobarse la *Zuverlässigkeit* (fiabilidad) del solicitante en préstamo de la obra. También se prohibió la dedicatoria de obras jurídicas a colegas o profesores de ascendencia judía. Para esto la Gestapo brindaba sus funciones de control.

A tal grado llegó la persecución de los autores judíos que la prohibición de citar autores “no-arios” llevó a que unas categorías científicas propuesta por James Goldschmidt, padre de Roberto, en su obra *Der Prozess als Rechtslage: eine Kritik des prozessualen Denkens*, publicada en 1925, para distinguir entre *Erwirkungshandlungen* (actos procesales de

causación) y *Bewirkungshandlungen* (actos procesales de obtención), plenamente aceptada por la doctrina procesalista y la jurisprudencia alemanas para 1933, continuó citándose en las obras y las sentencias posteriores, pero omitiendo cualquier mención de su autor. 1933 también marcó el fin del Grupo Alemán de la muy respetada *Internationale Kriminalistischen Vereinigung (IKV)* (Asociación Internacional de Criminalistas), entre cuyos fundadores se encontraba Franz von Liszt, quien fue jurado de la prueba de *Habilitation* de James Goldschmidt, y del cual formaban parte, además del propio Goldschmidt, los muy respetados profesores Max Alsberg, Max Grünhut, Richard Honig, Hermann Kantorowicz y Hermann Mannheim, todos judíos. El nuevo derecho penal nacionalsocialista y autoritario había llegado y no había cabida para otras opiniones. Además, mientras tanto, las fuerzas policiales del Estado se iban haciendo cada vez más fuertes y ya no era necesario el derecho para justificar sus desmanes.

Poco faltaba para que en un acto de la *Akademie für deutsches Recht*, privilegio conferido a Himmler, el *Reichsführer* de la *Schutzstaffel*, este anunciara a los juristas asistentes:

Para mí es completamente indiferente el que una norma legal pueda oponerse a nuestras acciones ... Durante los meses en que era cuestión de vida o muerte para la nación alemana, carecía de toda importancia el que hubiese quien chillase porque se violaba la ley. Los extranjeros ... hablaban como es natural de actuaciones ilegales de la policía y por tanto del Estado. Decían que era ilegal porque no se atenía a sus concepciones jurídicas. Lo cierto es que con nuestros esfuerzos pusimos los cimientos de un nuevo derecho, el derecho de la nación alemana a vivir².

II. La emigración de la familia Goldschmidt

Para 1933, el apellido Goldschmidt era un apellido muy conocido en Berlín y claramente identificable como “no-ario”. La cabeza de la familia era el doctor James Paul Goldschmidt, muy distinguido abogado y respetado profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Berlín, una “auténtica celebridad en el mundo de los estudios jurídicos” y una de las “cumbres jurídicas de su tiempo”, autor de una “monumental” obra en materia de derecho penal, procesal y administrativo, que forzado por las circunstancias pasó a ser “una especie de patriarca intelectual de la doctrina procesal hispana”. Sus criterios en estas materias todavía hoy son objeto de estudio.

² Para toda esta sección hemos utilizado principalmente, a veces seguido literalmente, las obras de Göppinger, Horst, *Juristen Jüdischer Abstammung im “dritten Reich”. Entrechtung und Verfolgung*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2a ed., 1990; Burleigh, Michael, *El Tercer Reich. Una nueva historia*, México, Punto de Lectura, 2005; Müller, Ingo, *Los Juristas del Horror. La “justicia” de Hitler: El pasado que Alemania no puede dejar atrás*, Caracas, Editorial Actum, 2ª reimp. de la 1ª ed. en español, 2007 y los artículos de Rürup, Reinhart Die Emanzipation der Juden und die verzögerte Öffnung der juristischen Berufe, pp. 1-25; Medicus, Dieter, Martin Wolff (1872-1953). Ein Meister an Klarheit, pp. 543-553; Sellert, Wolfgang, James Paul Goldschmidt (1874-1940). Ein bedeutender Straf- und Zivilprozessrechtler, pp. 595-613 y Benz, Wolfgang, Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdische Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime, pp. 813-852, todos en la obra colectiva H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz y M. Stolleis (Hrsg.), *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993. Para facilitar la lectura de este trabajo he omitido las notas de pie de página a lo largo del mismo.

Su esposa fue la señora Margarethe Lange. Los esposos Goldschmidt-Lange eran alemanes de religión judía, como también lo fueron los padres y los abuelos de ambos. James, nacido en Berlín en 1874, se formó como jurista en esa ciudad principalmente, en donde desarrolló su brillante carrera profesional y docente. Fue uno de los más admirados y mejor pagados profesores de la Universidad de Berlín, resultado de la preferencia de los estudiantes, pues el sueldo de los profesores variaba de manera importante al recibir el profesor un porcentaje de la matrícula de los estudiantes inscritos en su curso.

Ocupó el Decanato de su Facultad entre el semestre de invierno de 1931/32 y el semestre de verano de 1932. Según el testimonio de sus alumnos estaba dotado de grandes capacidades docentes, de mente muy rápida y de palabra intensa y cautivadora y de gran humor. Sus aulas, siempre repletas, recibían cursos que contaban con ochocientos y más estudiantes. Durante la primera guerra mundial, por razón de su edad, no estuvo en el frente de batalla pero prestó servicio civil (*Hilfsdienst*).

La pareja Goldschmidt-Lange, casada en 1906, tuvo cuatro hijos siendo el primogénito Robert, nacido el 4 de junio de 1907, quien llevó el nombre de su abuelo paterno de profesión banquero en Berlín, al que siguieron Werner, nacido el 9 de febrero de 1910, Viktor (luego Victor), nacido el 28 de septiembre de 1914 y Ada, nacida el 9 de marzo de 1919. Todos ellos tuvieron la nacionalidad alemana, y nacieron y estudiaron en Berlín. Durante muchos años la familia Goldschmidt vivió en Berlin-Grunewald, Wallotstrasse 14, una de las zonas más verdes y hermosas de esa ciudad, hasta que llegó el momento de abandonar Alemania.

Para 1933 la Universidad de Berlín tenía unos 17.000 estudiantes, de los cuales unas 3.400 eran mujeres. El edificio principal era el palacio construido alrededor de 1745 por el arquitecto holandés Johann Boumann para el príncipe Enrique, hermano del Gran Federico. Contaba la Universidad de Berlín con cuatro Facultades: Teología, Ciencias Jurídicas, Medicina y Filosofía, esta última comprendía no solo la Filosofía en sentido estricto sino también las Ciencias Naturales. Como en cada semestre se ofrecían diferentes profesores para las varias materias, los estudiantes buscaban a los que explicaban con “más lucidez y amenidad”.

La biblioteca del *Juristisches Seminar* (de la Facultad de Ciencias Jurídicas) contaba con unos 60.000 volúmenes y con 110 revistas periódicas, cuyos materiales estaban colocados en estanterías a disposición inmediata de los estudiantes, pero vigilados por un funcionario de la universidad “que al entrar y salir nos obligaba —relataba Werner Goldschmidt al recordar sus tiempos de estudiante en la Universidad de Berlín— a abrir nuestras carteras para impedir el “vuelo” de los libros que, como todo bibliotecario de mediana experiencia sabe, son seres alados”.

A partir de los meses de marzo y abril de 1933 los miembros de la familia Goldschmidt comenzaron a sufrir personal e individualmente la discriminación nacionalsocialista. James, el jefe de la familia y padre de cuatro hijos, fue vejado y forzadamente dado de baja de su cátedra

universitaria a partir del 29 de abril de 1933. Se le permitió un viaje de estudios a España durante el semestre de verano de 1933, al final de cuyo semestre fue separado de su cátedra en Berlín y reubicado en otra institución universitaria pero sin indicación de destino.

En mayo de 1934 fue reubicado a la Universidad de Frankfurt am Main, sin embargo, el Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de esta Universidad no le permitió dar clases y Goldschmidt solicitó regresar a la Universidad de Berlín declarando su disposición a que fuera jubilado al finalizar el semestre de verano de 1934. Al consentir el ministerio prusiano de Ciencias en esa solicitud le exigió a Goldschmidt que renunciara a dar clases hasta que fuera jubilado. El 31 de diciembre de 1935 pasó al retiro y en febrero de 1936 el Decano de su Facultad en Berlín le comunicó que retroactivo al 31 de diciembre de 1935 le había sido retirada la *venia legendi*.

El monto de su jubilación fue fijado en un 35% de su sueldo de profesor, que no le alcanzaba para pagar intereses por préstamos bancarios, comprar carbón para la calefacción además de no poder cubrir otras obligaciones y sin poder alquilar su casa en Berlín rápidamente. La familia Goldschmidt, probablemente, llegó a ayudarse económicamente alojando a algún estudiante extranjero en su residencia de Berlín, como lo fue el caso del joven profesor de la Universidad de Zaragoza, Leonardo Prieto-Castro, con quien Goldschmidt mantendría una buena amistad, becario de la Junta para Ampliación de Estudios de España, entre el 10 de septiembre y el 7 de octubre de 1935.

Como lo relata Michael Burleigh, sin trabajo y con los ingresos menguados, ante la discriminación legalizada y la violencia de la chusma:

Hombres cuyo papel se hallaba definido por el trabajo y que estaban acostumbrados a mantener a sus esposas se veían reducidos al papel insólito de “amos de casa”: “hombres sin poder y mujeres sin apoyo”. A las mujeres se las condenaba al ostracismo en clubes y asociaciones o en la relación informal de la tienda, de la calle, del vecindario. Las que tenían niños pequeños veían esfumarse el marco organizativo que tenían para su cuidado. Sus maridos se veían abajo, los antiguos profesionales liberales u hombres de negocios tenían que intentar ganarse la vida como vendedores ambulantes. Grandes apartamentos con direcciones elegantes se cambiaban por alojamientos más modestos en vecindarios más pobres; niños que antes dormían solos se apretujaban ahora todos juntos; el mundo familiar que sus padres dominaban antes sin problema parecía de pronto ajeno e implacable. Iban a menos claramente, tenían problemas económicos que no habían conocido nunca y estaban tensos e irritables porque el poder y el estatus dentro de la familia habían pasado a ser confusos. Cuando los maridos desesperaban y se desmoronaban psicológicamente, las mujeres tenían que poner al mal tiempo buena cara y representarles ante la autoridad. ¿De qué clase de tranquilidad interna gozaba esta gente, mirando con nerviosismo sus maletas hechas, o después de un día infructuoso perdido haciendo cola para un visado? La riqueza de la vida humana se redujo para los judíos a la supervivencia básica, tanteaban buscando sentido en un mundo que parecía haberlo perdido.

James Goldschmidt y su familia fueron obligados a emigrar. “A Hitler no le importaba cómo ni adónde se fueran (los judíos), manteniendo latente en su mundo imaginario personal su consejo sobre opciones más radicales, incluidas las posibilidades homicidas”.

¿A dónde ir, entonces? James Goldschmidt fue a España, era 1933, pero por su condición judía solo se le autorizaba salir “temporalmente” al extranjero, debía justificar cada viaje y regresar al cumplirse el propósito del viaje. ¿Por qué fue a España? La explicación práctica la encontramos en las palabras del entonces muy joven profesor de derecho procesal en Valencia Niceto Alcalá Zamora y Castillo, hijo del entonces Presidente de la República española:

Goldschmidt, una de las víctimas del desvarío ideológico entronizado en su patria, acudió a mí —que comenzaba las Adiciones para la traducción de su Tratado— a fin de que gestionase su ida a España invitado por nuestras Facultades de Derecho. Porque sólo así, es decir, como embajador o propagandista de la cultura alemana, se le permitía salir de su país, donde no se le consentía escribir y donde, salvo alguna rarísima y disimulada excepción, los redactores de estudios procesales decidieron, por prohibición o por temor, olvidarse hasta de su nombre. Y, sin embargo, durante varios años, Goldschmidt tuvo que someterse a tan inicuo régimen y regresar después de cumplida su misión a su patria, porque sólo de ese modo podía eludir la combinación demoníaca de trabas y amenazas que sobre él y los suyos, como sobre tantos otros miles y aun millones de seres, se ejercía. Hasta que un día Goldschmidt, que como en una ocasión dijo, era un enterrado en vida dentro de su país, pudo, al fin, escapar.

Así Goldschmidt, al principio en francés y luego en castellano que cada vez dominaba mejor, dictó cursillos, conferencias y algún curso regular en las universidades españolas de Madrid, Zaragoza, Sevilla, Valencia y Barcelona, además de escribir artículos y libros. La actividad de Goldschmidt fue vigilada por la Embajada de Alemania. Así en un informe del Embajador de ese país en España de fecha 15 de marzo de 1934 dirigido al Ministerio alemán de Asuntos Exteriores se menciona que las conferencias de Goldschmidt *wegen dessen nur unzureichender Beherrschung der spanischen Sprache in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit Spaniens kaum Beachtung gefunden haben* (debido a su insuficiente dominio del idioma español han encontrado poca atención del público español). Fue en Barcelona donde permaneció por más tiempo llegando a fijar domicilio en la barcelonesa calle Muntaner, 223 “y su número de teléfono (81919)”. España “había llegado a ser su segunda patria”. Sin embargo, el inicio de la guerra civil en julio de 1936 hizo cesar las actividades docentes de James Goldschmidt en España. Entre 1936 y 1938 los esposos Goldschmidt continuaron viviendo en Alemania.

Para los miembros de la familia Goldschmidt ha debió presentarse el dilema de otros judíos alemanes que se reflejan en las palabras del profesor Hans Moral en una carta al Decano de su Facultad de la Universidad de Rostock, luego de que lo expulsaran de su cátedra universitaria:

Soy judío y nunca lo he ocultado, pero mi mentalidad es por entero alemana y siempre he estado orgulloso de ser un alemán de religión judía. Me niego a cambiar de religión por razones externas. Pero sólo porque soy judío, se me expulsa de mi puesto. No puedo soportar esto, porque he puesto siempre el corazón en el trabajo y no he hecho nada que transgrediera mi juramento ni mi deber. Por tanto voy voluntariamente, no a reemprender mi trabajo en otra parte, sino más bien a donde hay paz y tranquilidad, la tranquilidad que ciertos individuos no me han permitido porque creen que un judío es un ser menos valioso.

El profesor Moral se suicidio. De los cerca de 800 profesores judío-alemanes en las universidades alemanas en 1933, unos 200 huyeron de Alemania, entre ellos gente como Albert Einstein, Ernst Rabel y Hans Kelsen. ¿Por qué no hubo una protesta pública del gremio de profesores ante tal situación? Tal vez la respuesta está en lo que Max Planck explicó a Otto Hahn, ganador del Premio Nobel de Química en 1944: “Si se levantan hoy treinta profesores y protestan por las actuaciones del gobierno, mañana habrá ciento cincuenta individuos proclamando su solidaridad con Hitler, solo porque andan detrás de los puestos que quedan libres”.

El 19 de diciembre de 1938, James y Margarethe Goldschmidt recibieron del Presidente de la Policía de Berlín los pasaportes para la *Auswanderung nach England*. Debieron haber viajado a su nuevo destino muy pronto, pues tres semanas después, el 13 de enero de 1939, James Goldschmidt escribía una carta a mano, en español, desde “Cardiff (S. Wales) 7, Senghenned Place” al profesor Eduardo J. Couture de Montevideo, Uruguay, para decirle: “Me he marchado de Alemania para siempre y estoy actualmente en la casa de mi hija”. Esa hija era Ada, entonces por cumplir 20 años de edad³.

Probablemente Ada era estudiante en la Universidad de Cardiff, distante a pie tan solo unos minutos de la mencionada casa. No por mucho tiempo estaría James Goldschmidt en Cardiff. En una carta dirigida al mismo Couture en octubre de 1939, Goldschmidt explicaba que su permiso de residencia en “Inglaterra” vencía el 31 de diciembre de 1939 y que “A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo”.

Al igual que su hijo Robert, que se les había unido en Cardiff, corrían el riesgo de ser “internados” en campos británicos para súbditos enemigos y ser eventualmente deportados, lo que de hecho le sucedió al hermano menor de James, de nombre Hans Walter, doctor en derecho, juez y profesor en Colonia, que fue deportado a Canadá desde Inglaterra, a donde había emigrado luego de su expulsión de sus cargos en Alemania, y cuando iba a zarpar desde

³ La caligrafía de James Goldschmidt ha hecho pensar a algunos autores que la casa a la que se refiere Goldschmidt era la de su “hijo” Roberto, pero los trazos son claros. Se trata de una “a” y no de una “o”. Por lo tanto, se trata de la casa de la “hija” de la pareja Goldschmidt-Lange.

Southampton el buque “S.S. Arandora Star”, que lo transportaba, fue torpedeado por la marina alemana, falleciendo en consecuencia.

Los otros hijos de James, Werner y Viktor, ya se encontraban en el extranjero. Werner, doctor en derecho por la Universidad de Hamburgo, que se preparaba en la Universidad de Kiel para ser profesor en Alemania, emigró a Suiza en julio de 1933, sin poder recibir su titulación como abogado en Alemania, y de allí a España, en donde pasó varios años, hasta su emigración a Argentina en donde fue un eminente y muy apreciado profesor de derecho internacional privado y de Filosofía del Derecho. Por su parte Viktor, fue forzado a interrumpir sus estudios de Filosofía en Alemania en 1933, para emigrar a Francia, en donde se unió al ejército francés. Luego de culminar allí sus estudios universitarios tuvo una destacada carrera como profesor universitario de Filosofía e Historia en varias universidades francesas.

En palabras del profesor Couture en una conferencia dictada en el Salón de Actos de la Bené Berith Oriental en Montevideo, el 25 de noviembre de 1954, a James Goldschmidt

le faltaba en el inmenso planeta, un pedazo de tierra para posar su planta fatigada. Le faltaba a Goldschmidt el mínimo derecho que todo hombre tiene, que es el derecho a tener un sitio en este mundo donde soñar y morir. En ese instante de su vida a él le faltaba el derecho a estar en un lugar del espacio. No podía quedar donde estaba y no tenía otro lado donde poder ir.

El gran Eduardo J. Couture, miembro correspondiente extranjero de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, fue el puente humano, intelectual y afectivo entre las universidades de Europa y América del Sur durante las épocas más oscuras de la barbarie humana. Fue Couture quien hizo traer a James Goldschmidt, a su esposa y a su hijo Robert hasta estas tierras de la América indo-española. Goldschmidt llegó a Montevideo “en una tarde de otoño, llena de luz, serenidad y calma” del año 1940, según relató Couture.

De inmediato James Goldschmidt preparó y dictó dos monumentales clases magistrales y mientras preparaba la tercera, en una casa de pensión de Montevideo, un infarto fulminante terminó con sus días. Culminó de tal manera la etapa final de la vida de James Goldschmidt, “vívica en medio del dolor y de la angustia”. Concluyó el 28 de junio de 1940 la vida de “Un hombre que se murió de muerte, por su Alemania perdida, por la civilización perdida y por la esperanza perdida”, llegó a su fin la vida de un hombre que se murió “de puro dolor de vivir”⁴.

⁴ Para toda esta sección hemos seguido, a veces literalmente, las obras de Burleigh, Michael, *El Tercer Reich. Una nueva historia*, México, Punto de Lectura, 2005; Göppinger, Horst, *Juristen Jüdischer Abstammung im “dritten Reich”. Entrechtung und Verfolgung*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 2a ed., 1990. Información muy útil encontré en la obra de Cesano, José Daniel, *Viajeros y Traductores: Circulación de ideas en la formación de la cultura jurídico penal de Córdoba*. Luis Jiménez de Asúa y Roberto Goldschmidt 1923-1952, Córdoba, Argentina, Lerner, 2015, al respecto la reseña escrita por Enrique Roldán Cañizares, en *Revista de Historia del Derecho*, No. 51, pp. 165-173, INHIDE, Buenos Aires, 2016, en: <https://11nq.com/taf5x0e>. Muy relevante información está contenida en los capítulos sobre James Paul Goldschmidt (pp. 131-158) y sobre Werner Goldschmidt (pp. 159-181) en Breunung, Leonie y Manfred Walther, *Die Emigration deutschsprachiger Rechtswissenschaftler ab 1933. Ein bio-bibliographisches Handbuch*, Berlin, Boston, Walter de Gruyter Oldenbourg, Band 1, 2012. Igualmente he utilizado los artículos de Sellert, Wolfgang, James Paul Goldschmidt (1874-1940). Ein bedeutender Straf- und Zivilprozessrechtler, pp. 595-

III. El periplo de Roberto Goldschmidt

Por su parte, Robert, el hijo mayor de James Goldschmidt, en marzo de 1933 de casi 26 años de edad, jurista con doctorado en derecho por la Universidad de Berlín (que había hecho estudios en algún semestre en Ginebra) con una tesis intitulada *Die sofortige Verschmelzung (Fusion) von Aktiengesellschaften* (La fusión inmediata de sociedades anónimas), calificada con la mención *magna cum laude*, publicada en Berlín en 1930. En Berlín Robert tuvo como profesores a algunos de los más significativos juristas de su época, entre ellos a su propio padre, a quien agradecía “el rigor del método” y “a Martin Wolff, el más agudo de los civilistas alemanes de la preguerra”. Desde septiembre de 1932 Robert trabajaba como personal fijo (*ständiger Hilfsarbeiter*) del Tribunal de Primera Instancia (*Amtsgericht*) de Charlottenburg (hoy Berlín), sin que quede claro si llegó a ocupar el cargo de juez. Además, tenía un cargo a tiempo parcial como asistente (*halbe Assistentenstelle*), pero no de profesor titular, en la Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad de Berlín. A partir del 31 de marzo de 1933 fue expulsado de tales cargos al no prorrogarle los respectivos contratos. Como Taine dijo en su *Origines de la France contemporaine: A l'instant ou la nation rentrait dans le droit inestimable de penser et d'écrire*

613 y de Benz, Wolfgang, Von der Entrechtung zur Verfolgung und Vernichtung. Jüdische Juristen unter dem nationalsozialistischen Regime, pp. 813-852, publicados en la obra colectiva de H. Heinrichs, H. Franzki, K. Schmalz y M. Stolleis (Hrsg.), *Deutsche Juristen Jüdischer Herkunft*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993. Asimismo, he consultado el artículo de Balcázar Quiróz, José, Comentario y traducción de “James Paul Goldschmidt (1874-1940) Un eminente procesalista (Civil y Penal) de Wolfgang Sellert, en: *Ius Fugit. Revista interdisciplinar de estudios históricos-jurídicos*, 2005, No. 18, pp. 191-216. El relato muy personal de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, James Goldschmidt, en: *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 691-706, da cuenta del exilio español de Goldschmidt. Asimismo, pueden consultarse los artículos de Muerza Esparza, Julio J., James Goldschmidt, en: R. Domingo (coord.), *Juristas universales. Vol. III. Juristas del siglo XIX*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2004, pp. 585-586; López Barja de Quiroga, Jacobo, James Goldschmidt, un gran jurista judío perseguido por el nazismo, en: J. López Barja de Quiroga (ed.), *Derecho, Derecho Penal y Proceso. Tomo I Problemas Fundamentales del Derecho*, Madrid et al., Marcial Pons, 2010, pp. 15-43 y de Cachón Cadenas, Manuel, James Goldschmidt y la doctrina procesal española de entreguerras, en: M.A. Bernejo Castrillo (ed.), *La memoria del jurista español. Estudios*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 59-84, y también, de este último, Peregrinaje de James Goldschmidt por las Universidades españolas ante el acoso del nazismo, en: *Otras historias de procesalistas y del proceso*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 265-289. De Meroi, Andrea, James Goldschmidt y sus aportes a la cultura jurídica de América del Sur, en: *Revista de Filosofía Jurídica y Social*, 2015, No. 36, Rosario, pp. 141-166. También los relatos personales de Werner Goldschmidt, “Enseñanza de la verdad y de la justicia”, en: *Justicia y Verdad*, Buenos Aires, La Ley, 1978, pp. 525-556 y de Robert Goldschmidt, James Goldschmidts letzte Werke, en: *Archiv für die civilistische Praxis*, 1950, Bd. 151, pp. 363-366. La página web de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay (<https://surl.li/mwzrxl>) recoge el archivo del profesor Eduardo Juan Couture, que es muy importante para entender la emigración de la familia Goldschmidt a Uruguay y luego la de Roberto a Venezuela. Hay un trabajo, en especial, del profesor Couture sobre James Paul Goldschmidt en el cual relata como este llegó a Uruguay bajo el título *James Goldschmidt: Un judío muerto por la libertad de la cultura*, (versión taquigráfica de Arón Aljanati), Montevideo, Instituto Ulpán, 1955, reproducido por el Instituto Judío-Argentino de Cultura e Información, Buenos Aires, 1956, en donde se cita una aparente carta de esta último para Couture fechada en Cardiff, Gales, Octubre de 1939, original de cuya carta que no he podido ubicar y que no aparece en el archivo de cartas recibidas por Couture que está recogido en la página web antes citada. Noto que el texto de la conferencia de Couture fue publicado ya en 1955, como lo he mencionada arriba, y de tal forma no es, como se anuncia no pocas veces, una conferencia “que permaneció inédita hasta hace pocos años”. Está asimismo el hemoso estudio de Losano, Mario G., Tra Uruguay e Italia: Couture e Calamandrei, due giuristi democratici nell'epoca delle dittature europee, en: M. Polotto, T. Keiser y T. Duve, *Derecho Privado y modernización. América latina y Europa en la primera mitad del siglo XX*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, 2015, pp. 275-311. Finalmente, debe leerse la muy interesante nota de Zweigert, Konrad, Werner Goldschmidt zum 70. Geburtstag, en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1979, pp. 607-608.

librement, la tyrannie des factions s'est empressée de le revir aux citoyens, en criant à chaque citoyen qui voulait rester maître de sa conscience : tremble, meurs, ou pensez comme moi ! (Justo cuando la nación disfrutaba del inestimable derecho a pensar y escribir libremente, la tiranía de las facciones se apresuró a arrebatárselo a los ciudadanos, gritando a todo ciudadano que quisiera seguir siendo dueño de su conciencia: ¡temblad, morid, o pensad como yo!). Se cumplía de tal forma el objetivo: Alemania debía ser para los judíos un país sin futuro, “en el que pueden morir sin duda la generación más vieja residual, pero en la que no pueden vivir los jóvenes, de modo que el estímulo para emigrar sea intenso.”

Con los contactos de su padre y seguramente con el apoyo financiero familiar, ese mismo año 1933 Robert emigró a Florencia, Italia, “ciudad de sus más caros recuerdos”, durante un período de estudios inseparable del nombre de Piero Calamandrei, uno de los más grandes juristas italianos del siglo XX, a quien el padre de Robert unía un particular afecto y un sentido aprecio académico. Couture, Calamandrei así como James Goldschmidt fueron preferentemente procesalistas. En la *Università degli Studi di Firenze* Robert obtiene un nuevo doctorado en derecho y su tesis se publica en Florencia bajo el título *Recenti tendenze nel diritto della società anonima* (1935). En la primavera de 1935, Robert se traslada a la *Università Cattolica del Sacro Cuore* de la ciudad de Milán, una universidad privada fundada en 1921 por iniciativa del padre y médico Agostino Gemelli, quien además fuera su Rector fundador, en la cual el personal docente no tenía el deber de prestar el juramento de lealtad al *Duce*, como si se exigía en las universidades públicas italianas. Robert se incorpora al personal docente como asistente del profesor Mario Rotondi, casi su contemporáneo, quien había renunciado al cargo de profesor de derecho mercantil en la *Università di Pavia* en 1931 por razones ideológicas. Aparentemente, fue James Goldschmidt, que mantenía intercambio epistolar con el padre Gemelli, quien sirvió de intermediario para facilitar la incorporación de Robert a la *Cattolica*.

Durante su permanencia en Milán Robert escribió artículos para varias revistas jurídicas italianas y forjó una gran amistad con Rotondi que perduró a pesar de todos los acontecimientos posteriores. Año a año fue renovado contrato hasta septiembre de 1938, cuando por fuerza de las nuevas leyes raciales italianas, el padre Gemelli no pudo prorrogarle el contrato. El 5 de septiembre de 1938 Robert le informa al padre Gemelli que irá a dictar clases de derecho mercantil en la *Handelshochschule* (la Escuela de Negocios) de Sankt Gallen en Suiza. El día 7 del mismo mes y año el padre Gemelli le escribió a Robert: *Ch.mo Dottore, sono dolente che Ella debba abbandonare gli studi; ma io pure debbo ubbidire alle Leggi del mio Paese. Formulo per Lei l'augurio che la vita cristiana, che Ella ha intrapresa, Le possa essere di aiuto nel sopportare la prova e nell'adempiere i Suoi doveri. Con i migliori ossequi.* (Mi querido Doctor, lamento que deba abandonar sus estudios; pero yo también debo obedecer las leyes de mi país. Le formulo el deseo de que la vida cristiana, que usted ha emprendido, le sirva de ayuda para soportar la prueba y cumplir con sus deberes. Con mi más cordial saludo).

El desarrollo de la etapa de la vida de Robert Goldschmidt entre 1934 y 1939, sin embargo, no es clara en cuanto a la secuencia cronológica de sus actividades. En 1934, el Consejo de Educación Superior de la hoy *Universität Sankt Gallen* (antigua *Handelshochschule St. Gallen* ó *HSG St. Gallen*, fundada en 1898) adoptó la Ordenanza de Habilitación (*Habilitationsordnung*), que permitía dar la formación y autorización para ser profesor universitario. Ello le dio a la *HSG St. Gallen*, para ese tiempo todavía una *Handelshochschule*, una escuela superior de negocios, que todavía no confería doctorados, el derecho a otorgar la *venia legendi* (*Habilitation*) para profesores universitarios. La primera *venia legendi* en St. Gallen le fue conferida a Robert Goldschmidt en 1936, habiendo sido su tutor el famoso profesor de derecho mercantil y del trabajo Walther Hug, quien poco tiempo después fuera nombrado Rector de esa *Hochschule*. No está claro cómo durante ese tiempo Robert Goldschmidt compartió su vida entre Milán y St. Gallen. Aparentemente, Goldschmidt se desempeñó como *Privatdozent* en St. Gallen, donde dictó su *Inaugural Vorlesung* (lección inaugural) en 1936 bajo el título: *Die heutigen Strömungen in der Rechtswissenschaft* (en castellano, Sobre el estado actual de la ciencia del derecho). Sin embargo, hay constancia en los medios de comunicación suizos de la oposición que generó el nuevo título académico de Robert Goldschmidt. El periódico *Ostschweiz* al referirse a Robert Goldschmidt dijo que su apellido *über seine Herkunft zum voraus Auskunft gibt* (informa de antemano sobre su origen) y se quejaba ante las autoridades de St. Gallen de que *es sei skandalös, keinen Schweizer berücksichtigt zu haben*: “*Jawohl ein Skandal sogar, der in unserem Zeitverhältnissen nach einer sofortigen Korrektur ruft*” (era escandaloso no haber considerado a un suizo: En efecto, un escándalo que exige una corrección inmediata en la situación actual.). Lo cierto del caso es que para 1939, con sus padres y su hermana en Cardiff y con miras de irse para Uruguay, Robert siguió el mismo camino.

Pese a las atenciones del profesor Couture en Montevideo, el paso de la familia Goldschmidt por Uruguay fue muy breve. Al morir el jefe de la familia el 28 de junio de 1940, su viuda y su hijo Roberto emigraron a la Argentina, primero Buenos Aires y luego Córdoba. En esta última ciudad Roberto se unió al Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, creado el 29 de agosto de 1939, el cual por disposición del decano Jorge A. Núñez fue dirigido por el entonces profesor de derecho civil comparado Enrique Martínez Paz. Con este último mantenía correspondencia el profesor Rotondi, mentor de Robert durante su paso por la *Cattolica* de Milán y quien, junto con Rotondi, ya había apoyado a otros juristas italiano-judíos a emigrar hacia América latina. No es de extrañar que la emigración cordobesa de Robert recibiera el impulso de Rotondi. En la Universidad Nacional de Córdoba Robert dictó varios cursos de derecho comparado, en especial de derecho mercantil comparado, pero que también abarcaron derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal, derecho penal administrativo, derecho procesal, derecho justicial material, derecho del trabajo y derecho civil, y todos desde la perspectiva de los ordenamientos jurídicos alemán, inglés, suizo e italiano, y sin que faltara alguna mención al

derecho argentino. En el Instituto de Derecho Comparado tuvo de compañeros a importantes juristas, entre otros, Marcello Finzi y Camilo Viterbo, emigrados italianos, y a Ricardo C. Núñez, destacado penalista argentino. A este último Goldschmidt lo calificó de “ejemplo de rectitud cívica” y que además fue el “corrector” de castellano del texto y de las pruebas de la traducción del trabajo de James Goldschmidt *Normativer Schuldbegriffe* (La concepción normativa de la culpabilidad, 1930), que acometió Margarethe Goldschmidt, su viuda. El gran interés de Roberto Goldschmidt por los estudios comparativos fue alentado, como el mismo lo reconoció, por Mario Rotondi y Enrique Martínez Paz. Publicó también numerosos artículos jurídicos, fue parte de la dirección y redacción de la Revista Jurídica de Córdoba, con cuyos integrantes trabó una gran amistad que para él constituyó “objeto de legítimo orgullo”, y se encargó de traducir importantes obras de autores alemanes y de otras partes, en especial algunos de los principales trabajos de su padre, que contribuyeron de manera muy significativa no solo a dar a conocer una obra monumental, sino a acercar los mundos jurídicos de América latina y Europa. Fue realmente el gran embajador de la cultura jurídica alemana en América latina y de la de esta en todo el mundo. En esos años Robert se naturalizó argentino.

El 17 de octubre de 1951, en una carta dirigida al profesor Eduardo J. Couture Roberto Goldschmidt, desde Córdoba, escribió: “Tenemos, actualmente, muchos problemas ...estoy muy poco contento con mi posición, no pudiendo conseguir ni una cátedra, ni reválida del título...”. Pocos meses después, en 1952, falleció el profesor Enrique Martínez Paz, que había pasado de la Dirección del Instituto de Derecho Comparado al Decanato de la Facultad de Derecho. Quedó entonces Roberto Goldschmidt sin apoyo y dispuesto a volver a emigrar⁵.

IV. Roberto Goldschmidt en Venezuela

Ante la situación que enfrentaba en Argentina, nuevamente Roberto Goldschmidt volvió a recurrir al profesor Eduardo J. Couture. Este, que desde muchos años atrás mantenía una consecuente y muy cercana correspondencia con el eminente jurista Luis Loreto, el más grande de los procesalistas venezolanos del siglo XX, a principios de 1953 le envió una afectuosa carta en la cual le

comunicaba que Roberto Goldschmidt había cesado de profesor en la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, y que penaba viajar a otro país en el cual pudiera continuar sus investigaciones científicas y dedicarse a la enseñanza universitaria. Los términos de su

⁵ Para toda esta sección hemos seguido, a veces literalmente, además de la bibliografía citada en la nota de pie de página anterior, los siguientes textos: Goldschmidt, Roberto, Introducción, en: *Estudios de Derecho Comparado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1958, pp. 7-9; Montí, Annamaria, *Travel, Correspondence and Investigations in Italy and Latin America: Insights from the Papers of Mario Rotondi (1900-1984)*, Milán, Bocconi Legal Studies Research Paper Series, 2022, No. 4082123; Rau, Hans, Robert Goldschmidt (1907-1965), en: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1966, pp. 401-402; Burnmeister, Karl-Heinz, *100 Jahre HSG. Geschichte der Universität Sankt Gallen Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften*, Bern, Stämpfli, 1998; Metzger, Thomas, *Antisemitismus in der Stadt St. Gallen 1918-1939*, Fribourg, Academic Press Fribourg, Paulus Verlag, 2006.

carta eran elogios para Goldschmidt, pues conocía bien sus condiciones de distinguido jurista, de maestro y de investigador; y me insinuaba la posibilidad de que pudiera venir a Venezuela, pues estimaba que su presencia en nuestra Universidad habría de rendir valiosos servicios a la instrucción o en el desempeño de cualquier otro destino digno de su preparación y competencia.

Loreto, que sostenía relaciones epistolares con Goldschmidt, intercambiando publicaciones, escritos y pareceres, no dudó en “un instante en tratar de traerle al país” para lo cual hizo contacto con el profesor Luis Felipe Urbaneja, Ministro de Justicia, Despacho que había sido creado apenas el 30 de diciembre de 1950, expresándole la conveniencia de que Goldschmidt fuera contratado para prestar servicios en ese Despacho. Rápidamente la insinuación fue acogida y se autorizó a Loreto para que directamente le ofreciera a Goldschmidt “una inmediata y honorable colocación”. Hecho el nuevo contacto y aceptado el ofrecimiento, a mediados de ese mismo año llegó a Venezuela el doctor Roberto Goldschmidt “con el definido propósito de radicarse aquí definitivamente”. Goldschmidt siempre le estuvo agradecido al profesor Loreto quien le abrió “nuevos horizontes jurídicos” en Venezuela y, por supuesto, al profesor Couture “un artista en el manejo del idioma jurídico, un conocedor de las artes y de la literatura y, sobre todo, un gran amigo de sus amigos, a los cuales el autor (*i.e.*, Goldschmidt) pertenecía durante tantos años.”

A su llegada a Venezuela, fue incorporado al Ministerio de Justicia como asesor en materia de legislación comparada y Director de la Oficina de Derecho Comparado de ese Ministerio. Trajo consigo “una noble y apasionada vocación por el estudio del derecho” y “una magnífica formación universitaria”. Al ser poseedor de un “profundo conocimiento de una gran diversidad de sistemas jurídicos” fue también en Venezuela un insigne comparatista y proyectista de leyes. Preparó o contribuyó eficazmente a estructurar diversos proyectos de leyes, en donde su formación e ideas jurídicas alemanas están muy presentes. Entre ellas basta citar la Ley de Fideicomisos, Ley sobre Venta con Reserva de Dominio, Ley de Propiedad Horizontal, Ley sobre Venta de Parcelas y ante todo fue el gestor de la reforma del Código de Comercio que tuvo lugar en 1955. Presidió la comisión encargada de redactar el proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965), junto con los eminentes profesores Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, que luego rescató la inolvidable profesora Tatiana de Mackelt, y que sirvió de base a la actual Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.

A partir del 10 de enero de 1954 fue contratado como profesor de derecho mercantil I a medio tiempo en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y ya en 1955 era Director del Instituto de Derecho Comparado de esa Facultad. En enero de 1960 Goldschmidt solicitó al Rector y demás miembros del Consejo Universitario la reválida de su “título profesional” y el 8 de junio de ese mismo año el Decano de la Facultad de Derecho, Luis Villalba Villalba, le informó que el Consejo Universitario “en su sesión de ayer acordó, por

unanimidad, dar curso a su petición de reválida, en reconocimiento no solo de su vocación de servicio y de sus altos quilates intelectuales y científicos, sino también de los largos y tesoneros esfuerzos en favor de la Universidad y del progreso jurídico de la República”. Sin embargo, el 30 de junio de 1960 el Vice-Rector Secretario, Jesús M. Bianco, le escribió a Goldschmidt informado que se daba la reválida al Título de Doctor de la Universidad de Berlín “siempre que previamente rinda y apruebe exámenes de las siguientes asignaturas DERECHO CONSTITUCIONAL, DERECHO ADMINISTRATIVO II, LEGISLACION MINERA, DERECHO PROCESAL CIVIL I, DERECHO PROCESAL CIVIL II, DERECHO PROCESAL PENAL Y FINANZAS”. No obstante la buena voluntad de las autoridades, el trámite se complicó pues se acordó la reválida del título de doctor en derecho extranjero por el similar de doctor en la universidad venezolana, aunque no por el título profesional o de abogado venezolano, que era lo perseguido por Goldschmidt, quien aspiraba a inscribirse en el respectivo Colegio de Abogados y así poder ejercer privadamente la profesión. El 19 de enero de 1961, el Director de la Escuela de Derecho, doctor Enrique Pérez Olivares, solicitó al doctor Ismael Puerta Flores, Secretario de la Universidad, que se proceda a extender “el Título de Abogado en lugar del Título de Doctor al que hace mención el respectivo expediente”. No obstante, no parece que Goldschmidt hubiera podido revalidar el título de abogado en Venezuela.

Mientras tanto Roberto Goldschmidt continuó con sus labores de docente en pregrado en la Universidad Central, se unió al personal docente de la Universidad Católica Andrés Bello en Caracas en pre y postgrado, y se incorporó a los nuevos cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad Central. En abril de 1964 el Consejo Universitario de la Universidad Central le concedió permiso sin remuneración por cuatro meses “a partir del 1º de mayo de 1964, con el objeto de viajar a la República Federal Alemana, donde dictará en la Universidad de Hamburgo un curso de Derecho Comparado atendiendo una invitación que se le ha hecho a tal efecto”. Esa fue la única experiencia de Goldschmidt como docente en Alemania. Dictó conferencias y participó en numerosos congresos en los Estados Unidos de América, Europa y por todo el continente americano. Su participación en esos congresos fue siempre celebrada. El jurista francés Marc Ancel, uno de los grandes comparatistas europeos de la segunda mitad del siglo XX dijo de Goldschmidt:

El supo forjarse, con tanta competencia como modestia, un lugar preponderante entre los especialistas del Derecho Mercantil y de la ciencia comparativa. Su vasta cultura jurídica, su perfecto conocimiento de los hombres, el sentido profundo que lo acompañaba en sus investigaciones de Derecho Comparado y su magnífica aptitud para comprender la posición de sus interlocutores, le habían valido una posición relevante en los medios jurídicos internacionales. Su cortesía y su humor invariable hacían que cualquier relación mantenida con él fuera fructífera y agradable. Nos complacíamos encontrarlo regularmente en los Congresos, Conferencias o Coloquios que reunían, aun a veces oponían, a representantes de sistemas diferentes, y nos habíamos habituado a verlo siempre desprovisto de ostentación,

pero también con eficacia, intervenir en las discusiones y precisar sus términos, debido a su experiencia y a su tan amplio conocimiento de los textos.

Apoyó a sus alumnos y los ayudó a vincularse con profesores universitarios durante sus estudios en Europa especialmente a Tatiana Bogdanowsky (de Maekelt) mientras ella estuvo en Alemania, y a Víctor Pulido Méndez, a Enrique Pérez Olivares y a Hildegard Rondón (de Sansó) mientras estos estudiaron en Italia, quienes luego serían brillantes y dedicados profesores en Caracas. Fue miembro de muchas sociedades y asociaciones científicas, entre ellas, el Instituto Belga de Derecho Comparado, la Sociedad Alemana de Derecho Comparado, la Sociedad Francesa de Legislación Comparado, los Institutos de Derecho Procesal de Buenos Aires y del Perú. Fue un muy activo profesor de la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado. Fue el iniciador y creador de los estudios de derecho comparado en Venezuela, creador del Comité Venezolano de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, del cual fue Secretario General hasta su fallecimiento. Promovió activamente la participación venezolana en los congresos de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya. Siguió estudiando, investigando, publicando libros y artículos en Venezuela y en otras tantas partes del mundo. No hubo pausas.

Gozaba de la música y con sus amigos. Escribió el doctor Pérez Olivares que con frecuencia veía a Goldschmidt “deleitarse de los conciertos en el Aula Magna o en el Municipal, compartir con sus amigos en animada charla los más diversos tópicos de la problemática contemporánea ligada al Derecho, preparar entusiasmado alguna ponencia que debía presentar ante un congreso internacional o, después de su matrimonio, preocuparse y colaborar en la solución de los problemas del Servicio Social Internacional al cual su esposa (dedicó) sus mejores esfuerzos.” Roberto Goldschmidt casó en Caracas con la señora Ilse Jaffé, nacida en 1921 en Frankfurt am Main, hija del eminente anatomopatólogo alemán doctor Rudolf Jaffé, uno de los fundadores de la Asociación Cultural Humboldt, y de su esposa la señora Emilie Fellner, quienes habían emigrado a Venezuela en 1936. La señora Ilse Jaffé de Goldschmidt fue la fundadora y directora por muchos años del Servicio Social Internacional en Caracas. El matrimonio Goldschmidt-Jaffé no tuvo descendencia.

Sin duda el talento y el destino de Robert Goldschmidt le facultaron de manera muy especial para el derecho comparado. Sin embargo, como dijo Hans Rau en su *Nachruf*: *Aber damit allein sind grossen Leistungen nicht erklärt. Hinzu kam sein intensiver persönlicher Einsatz, durch den er seine Kräfte vorzeitig verbraucht hat* (Pero esto no explica por sí solo sus grandes logros. A ello se sumó su intenso compromiso personal, que agotó prematuramente sus energías).

El 18 de octubre de 1965, a los 58 años de edad, cerraba su paso terrenal Roberto Goldschmidt en Caracas. Una gripe tropical acabó con su vida. Al día siguiente se llevaron a cabo los actos velatorios en la Quinta No. 19, Quinta Avenida de Los Palos Grandes, entre 7 y

8 transversales, Caracas, al cual invitaron su viuda, su padre político el profesor Rudolf Jaffé, sus hermanos, hermanos políticos, sobrinos y demás familiares, así como el Ministro de Justicia y demás autoridades de ese Ministerio, las autoridades, profesores, egresados y alumnos de las Facultades de Derecho de la Universidad Central de Venezuela y Católica Andrés Bello, la Federación de Instituciones Privadas de Asistencia al Niño (FIPAN), las Colaboradoras, las Damas Voluntarias y la Junta Directiva del Servicio Social en Caracas y las Colaboradoras del Centro Cívico Internacional de Los Magallanes de Catia, y también la Junta Directiva y el personal de Radiocentral, S.A.. A las 4:00 pm de ese mismo día se llevó a cabo el sepelio.

Con motivo de su fallecimiento la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central promovió y publicó un Libro-Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt. El volumen, aparecido en 1967, con 791 páginas, reúne los trabajos de un grupo de los más importantes expositores del derecho de ese tiempo tanto del extranjero como de Venezuela. Allí hay publicados trabajos de su hermano Werner Goldschmidt, de los profesores Ulrich Klug, Marc Ancel, René David, John H. Hazard, Jean Limpens, Wolfram Müller-Freienfels, Ángel Cristóbal Montes, Francisco Hung-Vaillant, Gert Kummerow, José Melich-Orsini, Héctor Cámara, Angelo Grisoli, José Muci-Abraham, Roberto Ramírez, Mario Rotondi, Santiago Sentís Melendo, Aristides Rengel-Romberg, Emilio Betti, Fritz von Schwind, Benito Sansó, Allan Brewer Carías y de Hildegard Rondón de Sansó. Un magnífico homenaje, además de haber sido el primer libro-homenaje en el sentido alemán de los *Festschrift* promovido en Venezuela. Unos diez años después se realizó el Primer Congreso de Derecho Comparado en Venezuela que llevó el nombre de “Roberto Goldschmidt”, impulsado, principalmente, por los doctores Tatiana de Mackelt y René De Sola.

Para cerrar estas páginas, un recuerdo personal. Para quienes no conocimos personalmente a Roberto Goldschmidt su nombre fue el de un gran sabio, conocedor de los sistemas jurídicos de muchas partes del mundo. Durante mis estudios de derecho tuve el honor de ser galardonado dos veces con el “Premio Roberto Goldschmidt” que otorgaba la Fundación Roberto Goldschmidt dirigida por el recordado profesor Alberto Baumeister Toledo, antiguo alumno de Goldschmidt en Caracas. Durante la premiación recibí de manos de la señora Ilse Jaffé de Goldschmidt un ejemplar dedicado y firmado por ella del *Curso de Derecho Mercantil*. No pude sino sentirme premiado por el mismo Maestro. Ese ejemplar, que Roberto Goldschmidt dedicó a “Ilse, mi esposa; a mis hermanos Werner, Víctor y Ada, y a la memoria de mis padres, James y Margarete Goldschmidt”, lo conservo como un tesoro muy apreciado⁶.

⁶ Para esta sección hemos utilizado además de los textos citados en la nota anterior, los siguientes: Fariás Mata, Luis Henrique, Prólogo de la segunda edición, pp. XVIII-XVI; Loreto, Luis, Roberto Goldschmidt, pp. XVII-XXIII y Pérez Olivares, Enrique, Presentación, pp. XXV-XXXI, todos en Goldschmidt, Roberto, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas, UCV, reimp. de la 2ª ed., 1980. También las notas publicadas en la Revista del Ministerio de Justicia de Venezuela bajo los títulos “Reformas de los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil”, en esa *Revista* Nr. 4, Caracas, Enero-Febrero-Marzo 1953, p. 57 y “Fallecimiento del Dr. Roberto Goldschmidt”, en la misma *Revista* Nr. 54, Caracas, Enero-Diciembre 1966, p. 521. En general el *Libro-Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, UCV, 1967, con todos los trabajos allí recogidos fue muy útil para “descubrir” algunas

de las más sinceras amistades de Goldschmidt, en especial la “Dedicatoria” de ese libro escrita por el siempre recordado profesor José Melich-Orsini, entonces Director del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela, pp. 15-17. Para esta sección retomé mi trabajo 50 años de intercambio jurídico, en: K. Krispin (comp.), *Asociación Cultural Humboldt 50 años de irradiación cultural*, Caracas, Asociación Cultural Humboldt, 1998, pp. 301-310. Asimismo, consulté el escrito de Guerra Hernández, Víctor Hugo, Semblanza del Dr. Roberto Goldschmidt ...un sabio peregrino por el viejo y el nuevo continente, en: *Revista Venezolana de Derecho Mercantil*, 2022, No. 9, pp. 5-8. También fue útil el folleto escrito por Jaffé, Werner y Verónica Jaffé Carbonell, *Rudolf Jaffé*, Caracas, Asociación Cultural Humboldt, 2002. Información inédita sobre el paso de Goldschmidt por la Universidad Central de Venezuela pude ubicar en el Archivo de Recursos Humanos, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, *Expediente Goldschmidt, Roberto 101-G*. Los “Obituarios” publicados en los diarios *El Nacional* y *El Universal*, ambos de Caracas, en las ediciones de 19 de octubre de 1965, sirvieron para dar contexto a la despedida de Roberto Goldschmidt.

La norma de conflicto no es neutral, pero no tiene por qué ser un abismo

Claudia Madrid Martínez*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 383-406.

Resumen

La norma de conflicto no es neutral, pero su orientación material no puede convertirse en un laberinto inaccesible. Este trabajo identifica dos fracasos igualmente preocupantes: la rigidez del método savigniano clásico, que ignora a la persona en nombre de la geografía, y la complejidad inútil de las normas materialmente orientadas, que la ahoga en técnica. A través del análisis de algunos casos concretos, se argumenta que abandonar la neutralidad exige responsabilidad, con normas claras, jerarquizadas y comprensibles, tanto para el juez como para la persona que pide justicia.

Abstract

The conflict-of-laws rule in private international law is not neutral, but its material orientation cannot become an inaccessible labyrinth. This paper identifies two equally troubling failures: the rigidity of the classical Savignian method, which ignores the individual in the name of geography, and the useless complexity of materially oriented rules, which overwhelm that individual with technique. Through the analysis of specific cases, it argues that abandoning neutrality demands responsibility: rules that are clear, hierarchical, and comprehensible, accessible both to the judge and to the person seeking justice.

Palabras clave

Norma de conflicto. Orientación material. Justicia material. Protección del débil.

Keywords

Conflict-of-laws rule. Material orientation. Material justice. Protection of weaker parties.

Sumario

Introducción. I. De la neutralidad del método savigniano a la orientación material. II. Las normas de conflicto y sus objetivos. III. Ni neutralidad ciega ni complejidad inútil: la norma de conflicto ante la persona. Conclusión: por un Derecho internacional privado que sirva a la persona sin ahogarla en la técnica.

Introducción

Cuando el Derecho internacional privado empezó a consolidarse teóricamente, lo hizo mirando hacia el cielo de la armonía internacional de soluciones, la coherencia del propio sistema, y la elegancia de la solución técnica. Durante mucho tiempo sus grandes construcciones intelectuales se edificaron con la vista puesta en el cielo de los conceptos, y muy pocas veces en el suelo donde camina la persona que un día cruza una frontera, contrae una obligación, forma una familia, pierde un bien, y al final de ese camino se presenta ante un juez a pedir

* Doctora en Ciencias Mención Derecho; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogado de la Universidad Central de Venezuela (UCV); *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Colonia (2012-2014); Profesora Titular de la UCV. Profesora Asociada de la Universidad de Antioquia (UdeA), parte del grupo de investigación “Saber, Poder y Derecho”, de la UdeA.

justicia. A veces se olvida el Derecho internacional privado de ese viajero del cual debía ser su ángel de la guarda¹.

Hay en este planteamiento algo que nos recuerda la vieja tensión entre el médico que sueña con la operación brillante, “exótica”, la que lo hará famoso, la que publicarán las revistas especializadas, y el paciente que tiene en frente, que respira con dificultad y que solo necesita que alguien lo cure. El primero —el médico— mira el caso como un problema técnico fascinante; el segundo —el paciente— lo vive como una urgencia. La disciplina no puede permitirse el lujo del primero cuando tiene la vida del segundo en sus manos².

En este sentido, con este trabajo no me propongo hacer uno más que se sume a la larga conversación académica sobre la norma de conflicto, ni sobre si su naturaleza, cuestión a la que dediqué mi tesis de Maestría³. Tampoco pretendo centrarme en la “armonía internacional de soluciones”, ese ideal que el Derecho internacional privado persigue sin éxito desde hace siglos, con la devoción de quien persigue un horizonte: siempre adelante, nunca alcanzado. Mi mirada esta vez apunta a otro lugar, al proceso, al momento en que la norma de conflicto deja de ser un objeto de estudio y se convierte en un instrumento que opera sobre la vida de alguien que pide justicia ante un tribunal.

Desde esa perspectiva, la norma de conflicto revela dos caras problemáticas. La primera es conocida: su rigidez. Cuando la norma privilegia la geografía sobre la justicia, cuando designa el Derecho aplicable atendiendo únicamente a dónde ocurrió el hecho, dónde está situada una cosa, dónde tiene una persona su domicilio o de dónde es nacional, con indiferencia olímpica respecto del resultado que esa designación produce, a pesar de ciertamente garantizar seguridad jurídica, puede convertirse en un obstáculo para quien busca acceso real a la justicia. Es la norma ciega de la que habla la doctrina, la que opera como una “guillotina” —para usar la imagen de Jitta— cortando conflictos sin preguntarse si el corte fue justo o no⁴.

La segunda cara no deja de ser inquietante, aunque es a menudo vista como una prueba de erudición: la excesiva complejidad. Cuando el legislador, consciente de la crítica a la rigidez clásica, construye normas de conflicto de arquitectura sofisticada, con factores de conexión flexibles, cláusulas de escape, conexiones en cascada, remisiones a vínculos más estrechos, toma en consideración —no aplicación— de Derechos de terceros Estados, puede estar,

¹ Parra Aranguren, Gonzalo, La primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, en: *Actas Procesales del Derecho vivo*, 1975, Vol. XVI, Nos. 46-48, pp. 307 ss., especialmente p. 323.

² He hecho este paralelismo a partir de una conversación como mi hija Mariana, aspirante a ingresar a la carrera de medicina, mientras me explica el porqué de su elección: “Uno no hace esto para tratar síntomas, enfermedades raras o hacer cirugías exóticas. Uno lo hace para tratar personas, que como tú o como yo, sienten, viven, aman y son amadas”.

³ Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004.

⁴ “Cuando se toma nuestra ciencia en su estrecha acepción de guillotina de conflictos, y no se piensa más que en elegir entre las dos leyes concurrentes, atendiendo a algún carácter exterior, siempre se elige mal al optar por una o por otra, y el primer interés o el segundo queda sacrificado”. Jitta, Josephus, *Método de Derecho internacional privado* (Trad. J.F. Frida), Buenos Aires, Ediciones Olejnik, 2024, p. 187.

paradójicamente, empeorando las cosas. Una norma que el juez no comprende, o que le exige un esfuerzo de interpretación desproporcionado frente a los recursos del proceso concreto, tiende a ser ignorada. Y un juez que ignora la norma de conflicto puede terminar aplicando su propio Derecho, no por un razonamiento que le conduce legítimamente a la *Lex fori*, sino por inercia. Esto no es mejor, y a menudo es peor, que la rigidez que se quería superar.

Este segundo problema, no deja de hacerme recordar a William Prosser, decano de la Facultad Derecho de la Universidad de Berkeley, y su tristemente célebre imagen: “

*The realm of conflict of laws is a dismal swamp filled with quaking quagmires and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon*⁵.

Buscando una norma de conflicto que refleje ciertos valores, que no sea secamente neutral, no tenemos por qué convertirla en esa ciénaga farragosa.

El resultado, en ambos casos, es lamentablemente el mismo: la persona que está al otro lado del estrado, esperando que el sistema le dé una respuesta, queda atrapada, ya en la frialdad mecánica de la norma que no ve personas, ya en el laberinto oscuro de la norma que el propio juez prefiere no transitar. Esa persona, no la armonía de los sistemas, no la coherencia metodológica, no la reputación científica de nuestra disciplina, es el verdadero objeto del Derecho internacional privado. Y es a ella, en última instancia, a quien con este trabajo intento servir.

A la vez, con él rindo homenaje a ese gran personaje del Derecho internacional privado interamericano, gran amigo de la Venezuela de verdad, el profesor Didier Operti Badán. Lo conocí través de quien fuera su colega y amiga, mi Maestra, Tatiana B. Mackelt, y lo que comenzó como una referencia académica se fue convirtiendo, con el paso de los años, en una amistad que hoy valoro como uno de los mayores regalos que el Derecho internacional privado me ha dado.

I. De la neutralidad del método savigniano a la orientación material

En la concepción clásica de Savigny, el Derecho propio y el extranjero se consideran en un plano de igualdad. Por tal razón, en opinión del clásico maestro alemán, todo sistema de Derecho internacional privado debe estar dotado de normas bilaterales que den a ambos ordenamientos jurídicos idénticas oportunidades, pues lo que en realidad importa es localizar la sede de la relación jurídica, su asiento, su *Sitz*⁶. Esta pretendida igualdad entre Derecho propio y el Derecho extranjero es la expresión técnica de la neutralidad: la norma de conflicto no prefiere ningún ordenamiento, simplemente localiza la relación en uno de ellos. No en vano afirma

⁵ Esta idea es atribuida a Prosser por Reed, Stanley y Herbert F. Goodrich, Forward | Directive or Dialectic?, en: *Vanderbilt Law Review*, 1953, Vol. 6, pp. 441 ss., especialmente p. 441.

⁶ Savigny, Federico Carlos: *Sistema de Derecho romano actual*. (Trad. J. Mesía y M. Poley). Madrid, F. Góngora y Cía., 2ª ed., 1879, T. 8º de la ed. alemana, 6º de la española, pp. 136-140.

Raape que con la norma de conflicto se produce un salto al vacío —*Sprung ins Dunkle*—, pues su funcionamiento puede conducir a la aplicación de un Derecho extranjero cuyo contenido material se desconoce⁷.

Esta es, de hecho, la razón por la que aparece en escena un conocido instrumento que dota de valores materiales al sistema. Me refiero, desde luego al orden público en el Derecho internacional privado. Así lo entiende, aunque partiendo de la neutralidad “esencial” de nuestra disciplina, el profesor Operti al referirse al carácter político del orden público: “*A travers l'ordre public s'introduisent des considérations substantielles dans une matière comme le droit international privé où la neutralité est une caractéristique essentielle. D'où la nécessité d'un usage limité de l'exception*”⁸.

El Derecho internacional privado clásico del siglo XIX buscaba —y así lo refiere claramente Erik Jayme— “*l'égalité du traitement des personnes, l'harmonie des décisions concernant le même rapport, la prévisibilité des solutions, les rapports juridiques universels*”, y estos objetivos encontraron su expresión técnica en “*la règle bilatérale de conflits*”. La norma de conflicto bilateral es entonces la garantía de la “*égalité abstraite des personnes*”, la cual deberá ir acompañada de cierta previsibilidad, pues es necesario que “*un rapport juridique soit jugé de la même manière*”. Así, igualdad abstracta y previsibilidad se materializan gracias el carácter neutral de la norma de conflicto⁹.

El contenido del Derecho indicado por la norma de conflicto o el resultado de su aplicación parecen exceder la misión de la norma de conflicto clásica. Ya Kegel lo había expresado claramente, “*Im materiellen Privatrecht geht es um den Inhalt des Rechts, im IPR um die Anwendung eines Rechts, gleich welchen Inhalt es hat*”¹⁰. De esta manera, la norma de conflicto guía al operador jurídico, un poco a ciegas, hacia el Derecho aplicable y lo deja allí, también a ciegas, confiada en la neutralidad de su actuación. Fue esa pretendida neutralidad contra la que, en principio, reaccionaron los autores estadounidenses dentro de la llamada revolución metodológica norteamericana.

Sus protagonistas, Currie¹¹, Ehrenzweig¹², Cavers¹³, Leflar¹⁴, entre otros, denunciaron que la norma de conflicto savigniana operaba como una máquina ciega, designando el Derecho

⁷ Raape citado en Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Edit. Comares, 2ª ed., 2002, T. I., p. 255.

⁸ Operti Badán, Didier, *Conflit de lois et droit uniforme dans le Droit international privé contemporain : dilemme ou convergence ?* Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2012, en : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 2012, Tome 359, pp. 9 ss., especialmente p. 29.

⁹ Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le Droit international privé postmoderne*, en : *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1995, Tome 251, pp. 9 ss. Especialmente p. 44

¹⁰ Kegel, Gerhard und Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9ª ed., 2004, p. 132.

¹¹ Currie, Brainerd, *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, Duke University Press, 1963.

¹² Ehrenzweig, Albert, *A treatise on the conflict of laws*, Minnesota, West Publishing Co., 1962.

¹³ Cavers, David, *The choice of law problem*, Michigan, Ann Arbor, 1965.

¹⁴ Leflar, Robert, *Choice-influency considerations in conflicts law*, *New York University Law Review*, 1966, Vol. 41, pp. 267 ss.

aplicable en atención a la geografía y no a la justicia, ignorando por completo el contenido de los ordenamientos en juego y el resultado concreto que su aplicación produciría sobre las personas involucradas. Frente a esa asepsia, propusieron que el juez analizara las políticas e intereses estatales que subyacen a cada norma, comparara la calidad sustantiva de los Derechos en conflicto y eligiera, en definitiva, la “mejor” solución para el caso concreto. La neutralidad era, para ellos, una ficción, pues toda norma de conflicto esconde una preferencia que debía hacerse explícita.

El problema es que al abandonar la neutralidad sin encontrar un principio sustituto suficientemente sólido, el movimiento terminó donde no quería llegar, a la aplicación, paradójicamente ciega en ocasiones, de la *Lex fori*. El *unpalatable homing trend* al que se refirió Juenger¹⁵. En efecto, el análisis de intereses de Currie¹⁶ o la *Lex fori basic rule* de Ehrenzweig¹⁷, incluso la agrupación de contactos¹⁸, condujeron al juez a aplicar su propio Derecho. La contrarrevolución que siguió confirmó ese fracaso, pues ninguno de los críticos del método clásico pudo ofrecer una alternativa universalmente aceptable¹⁹.

El saldo de estos planteamientos —que mostraron a juristas de quienes se esperaba que estuvieran más atentos del *stare decisis*, completamente “*enamorados*” de las especulaciones doctrinarias²⁰— no fue del todo negativo, pues sus críticas forzaron un poco a la disciplina a reconocer que detrás de cada norma de conflicto hay consecuencias reales para personas reales, y que ignorarlas no es neutralidad sino indiferencia.

Neuhaus empezó por reconocer la crisis del Derecho internacional privado²¹, a lo que Kegel respondió que, si bien puede hablarse de crisis, los principios fundamentales del Derecho internacional privado continúan inamovibles y pueden aún sostener el edificio de los conflictos de leyes²². Así, sin abandonar el método conflictual, empezó a pensarse la necesidad de reformarlo desde adentro. La norma de conflicto debe, en tal sentido, orientarse materialmente, debe ser una norma que conserva su función localizadora pero que ya no es indiferente al resultado que esa localización produce.

Según he expresado en otras oportunidades²³, la materialización no es una característica aislada sino el punto de convergencia de otras dos transformaciones que se verifican también

¹⁵ Juenger, Friedrich, The evolution of American choice-of-law doctrines since Heini's “Neuere Strömungen”, en: *Rechtsskollisionen, Festschrift für Anton Heini*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, 225-237, especialmente, p. 230.

¹⁶ Currie, *Selected essays on the conflict of laws*..., ob. cit.

¹⁷ Ehrenzweig, Albert, A counter-revolution in conflicts law? From Beale to Cavers, en: *Harvard Law Review*, 1966, Vol. 80, pp. 377 ss.

¹⁸ *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (N.Y. Court of Appeals, 9 de mayo de 1963).

¹⁹ Ver autores citados en: Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 198-207.

²⁰ Juenger, The evolution of American choice-of-law doctrines..., ob. cit. p. 235.

²¹ Neuhaus, Paul Heinrich, Die Krise im internationalen Privatrecht, en: *Deutsche Rechts-Zeitschrift*, 1948, Vol. 3, pp. 86-87.

²² Kegel, Gerhard, *The crisis of conflicts of laws, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1964 II, Tome 112, pp. 91 ss., especialmente p. 95.

²³ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 218-220.

en la estructura de la norma, la especialización y la flexibilización. Se trata de tres facetas de un mismo fenómeno: la norma de conflicto que aprende a mirar el resultado.

En efecto, la especialización, operando sobre el supuesto de hecho, pide la consideración de categorías más concretas que respondan de mejor manera a las particularidades de cada relación. Este objetivo no es meramente técnico, al contrario, un supuesto más específico puede conducir a una conexión más ajustada y, por tanto, a un Derecho que realmente atienda a la naturaleza real de la relación en cuestión.

Un buen ejemplo es el caso de los contratos que, en Derecho internacional privado y respondiendo a su evolución en el Derecho interno, se miran considerando las posibles asimetrías que pueda haber entre las partes, lo que impulsa a la norma de conflicto a no quedarse en los contratos paritarios o de libre discusión y atender, mediante normas especiales, a los trabajadores o a los consumidores, incluso a los propios comerciantes que no tienen un poder de negociación semejante al de sus pares²⁴. Someter a estos sujetos a una regla general basada en la autonomía conflictual termina por doblegarlos ante la imposición del Derecho decidido por el fuerte. No obstante, debo también admitirlo, no debemos olvidar que una especialización excesiva puede generar lagunas, producir un *dépeçage* no querido y, paradójicamente, convertir la norma en algo tan complejo que el juez prefiera ignorarla.

La flexibilización, por su parte, opera principalmente sobre el factor de conexión, que debe dejar de ser un elemento excesivamente rígido para permitir al juez cierto margen de maniobra, en consideración de su conocimiento del caso concreto. Así, mientras un factor de conexión rígido designa un Derecho de manera mecánica, sin posibilidad de ajuste, uno flexible exige del juez una valoración más cercana del caso, lo que le permitirá identificar, bien el ordenamiento con el que la relación presenta los vínculos más estrechos, bien elegir entre los ordenamientos a que le conduce un factor de conexión alternativo, aquel que sea más favorable para la relación controvertida.

Esta apertura valorativa en la concepción del factor de conexión es precisamente uno de los canales por los que el resultado material entra en la norma. El ejemplo más nítido en el sistema venezolano es el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales²⁵ y el artículo 30 de la Ley de Derecho internacional privado²⁶. Ambas normas, de idéntico contenido, remiten al Derecho más estrechamente vinculado con el contrato, ante la ausencia de elección por las partes. Para su concretización, el juez habrá de tomar en cuenta los elementos objetivos y subjetivos del contrato, además de algunos

²⁴ Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Contratos entre comerciantes con parte contractualmente débil (Propuesta al Comité Jurídico Interamericano), OEA/Ser. Q, CJI/doc. 636/21, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2021. Disponible en: <https://l1nq.com/phltbpz>

²⁵ Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995.

²⁶ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

elementos de la *Lex mercatoria*. Desde luego, se trata de una conexión flexible que adopta un concepto jurídico indeterminado, que sea sencilla en su aplicación ya es otra historia.

En efecto, la aplicación de esta solución exige del juez un examen exhaustivo del marco socio-económico del contrato, tarea compleja para la que requiere prudencia y preparación²⁷. De allí que Juenger —haciéndose eco de las palabras de David²⁸— haya afirmado, no sin cierto desdén, que una fórmula amorfa como la conexión más estrecha significa “...*nothing except, perhaps, that the answer is not ready at hand*”²⁹.

Otros autores se han mostrado favorables a la solución interamericana. Maekelt, por ejemplo, estima que la preocupación por dar excesiva libertad al juez no es un argumento suficiente para desechar la aplicación de principios flexibles como el de los vínculos más estrechos, por el contrario, “...antes de adaptar las Leyes a jueces negligentes, resulta necesario adaptar jueces a Leyes eficaces”³⁰. En todo caso, parece que la adaptación a las exigencias y necesidades del comercio internacional justificaría darle tanto poder al juez³¹. A mí, personalmente, más que el amplio poder dado al juez, me preocupa que este no tenga las herramientas para manejar esos poderes.

Otro ejemplo de flexibilización puede verse en las conexiones alternativas del artículo 37 de la Ley venezolana, que ofrecen al juez varias opciones para la determinación del Derecho aplicable. Así, de conformidad con esta norma, para determinar la validez formal de un acto puede el juez elegir entre la regla *locus regit actum*, el Derecho que rige el contenido del acto, y el Derecho del domicilio del otorgante o domicilio común de los otorgantes. Esta norma persigue, según ha admitido la doctrina, la materialización del principio *favor validitatis*³², lo cual exige al juez la investigación del sentido, alcance y contenido de esos ordenamientos, para luego poder elegir el más favorable a la validez del acto concreto. Tarea también compleja que puede predicarse respecto del artículo 13 de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales.

²⁷ Madrid Martínez, Claudia, *Medios electrónicos de pago en el comercio internacional*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 461.

²⁸ David, René, I. The Problem of the International Unification of Private Law, en: U. Drobnig et al. (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, chapter 5, §16.

²⁹ Juenger, Friedrich K., General Cours on Private International Law, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1983, Tome 193, pp. 119 ss., especialmente p. 180.

³⁰ Maekelt, Tatiana, La flexibilización del contrato internacional en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en: P. Borba Casella (coord.), *Dimensão Internacional do Direito. Estudos em Homenagem a G. E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTR, 2000, pp. 265 ss., especialmente pp. 277 y 282.

³¹ Albornoz, María Mercedes, Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement ‘Rome I’, en: *Journal du Droit International*, 2012, No. 1, pp. 4 ss., especialmente p. 28.

³² D’onza Gacía, Rossanna, Ley aplicable a las sucesiones, Ley aplicable a la forma de los actos y Ley aplicable a la prueba de los actos en la nueva Ley de Derecho internacional privado, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, No. 117, pp. 95 ss., especialmente p. 107.

Otra expresión bastante acabada de la flexibilización es la cláusula de escape³³. A través de ella el legislador autoriza al juez a “escapar” del Derecho designado por su norma de conflicto cuando ese Derecho resulte menos vinculado con el caso que otro disponible. La cláusula de escape no sustituye la norma de conflicto, la presupone, pero introduce en el sistema un mecanismo corrector que permite evitar resultados manifiestamente inadecuados. Su modelo más depurado es el artículo 15 de la Ley suiza de Derecho internacional privado³⁴, que habilita al juez a descartar excepcionalmente el Derecho designado cuando es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese Derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro.

Finalmente, la materialización en sentido estricto se proyecta sobre la consecuencia jurídica. Así, ya no basta con que el juez, haciendo uso de la norma de conflicto, localice geográficamente la relación, sino que, además, debe evaluar las consecuencias de la aplicación del ordenamiento jurídico que resultó seleccionado. Esto implica que el juez ya no será un simple ejecutor mecánico de la conexión, sino que, además, deberá razonar sobre el resultado, y esa exigencia de razonamiento es precisamente la que, cuando la norma es demasiado compleja, puede llevar al juez a rendirse y aplicar directamente su propio Derecho.

Cómo se ve la orientación material en una norma de conflicto es algo que puede apreciarse a través del artículo 45 del Código Civil portugués³⁵. En efecto, en materia de responsabilidad extracontractual, esta norma asume una orientación material clara: la protección de la víctima del daño. Su párrafo primero fija la regla general indicando la aplicación del Derecho del lugar de la causa generadora del daño. El párrafo segundo introduce una corrección material a favor de la víctima cuando el Derecho del lugar del efecto dañoso la considera acreedora de protección y el Derecho del lugar de la causa generadora no, siempre que el agente hubiera podido prever que el daño se produciría en ese Estado. Finalmente, el párrafo tercero ordena la aplicación de del Derecho de la nacionalidad o la residencia común de agente y víctima, que se encontraran ocasionalmente en país extranjero, esto para paliar, de alguna manera, el carácter fortuito que suele acompañar a lugar del hecho ilícito.

Esta norma no es neutral, toma partido, pues el agente no puede escudarse en el Derecho más favorable a su actividad cuando era previsible que el daño se produciría en otro Estado, pero lo interesante es que lo hace de manera clara, para que el juez pueda comprenderla y aplicarla. Es una regla con la arquitectura mínima para ser justa sin dejar de ser técnica.

Ahora bien, luego de admitir que la armonía internacional de soluciones —que busca garantizar que una situación de Derecho privado sea juzgada de la misma manera cualquiera

³³ Dubler, César E., *Les clauses d'exception en Droit international privé*, Genève, Librairie de l'Université, Études suisses de Droit International publiées par la Société Suisse de Droit International, 1983, Vol. 35.

³⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, en: <https://11nq.com/0wvoefk>

³⁵ Decreto-Lei n.º 47344 de 25 de novembro, en: <https://sl1nk.com/6bfvara>

que sea el lugar del litigio— es un objetivo meramente formal que “*n’attache, en principe, aucune considération au résultat matériel*”, Jayme admite que la materialización no supone el abandono del método conflictual, sino que es más bien, según he afirmado antes, su transformación desde adentro. La norma sigue designando un Derecho aplicable, pero ya no lo hace con ceguera mecánica, sino considerando el resultado, protegiendo al débil o a la víctima, favoreciendo la validez del acto, buscando el Derecho más estrechamente vinculado, pero no en abstracto, sino en atención a las circunstancias del caso concreto y de la persona que lo vive³⁶.

En tal sentido, la nueva tarea de la norma de conflicto no es cumplida únicamente desde su propia estructura, sino que esta se ha hecho acompañar de herramientas que la dotan de elementos flexibilizadores y materializadores. Entre estas herramientas es ineludible referirse a las instituciones generales del Derecho internacional privado, esos “perturbadores engendros”³⁷ a los que he dedicado unas cuantas páginas³⁸.

En esta ocasión me refiero a ellas debido a que cada una, con sus peculiaridades y campos de aplicación, ayudarían al juez a encontrar una solución más acorde con los objetivos de las normas de conflicto y lograr así la justicia material del caso concreto³⁹. Según ha admitido Neuhaus, las instituciones generales pueden servir a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del Derecho extranjero (calificaciones, cuestión incidental, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida); o, pueden estar al servicio de los valores, por lo que las llama valorativas. En este segundo grupo se incluyen las situaciones jurídicas válidamente creadas, el equilibrio de intereses y la adaptación⁴⁰. Maekelt agrega al último grupo, “sin título”, la calificación y la cuestión incidental⁴¹.

Así, siendo instrumentos para la consecución de la justicia material, las instituciones generales exigen al juez, por un lado, conocer las circunstancias concretas de cada caso y, por otro, conocer el contenido de los Derechos involucrados de manera de poder inclinarse por la aplicación del ordenamiento que garantice de mejor manera un resultado equitativo para ese caso en particular. Se trata de un llamado a la consideración de la llamada jurisprudencia de

³⁶ Jayme, *Identité culturelle et intégration*..., ob. cit., pp. 89-90

³⁷ Juenger, Friedrich K., *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández y C. Fresnedo), México, Edit. Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 77-78.

³⁸ Madrid Martínez, Claudia, *Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual*, en: V. Guerra, C. Madrid y Y. Pérez (coord.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 155-226.

³⁹ Maekelt, Tatiana, *Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado*, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, pp. 15 ss., especialmente p. 26.

⁴⁰ Neuhaus, Paul Heinrich, *Entwicklungen im Allgemeinen Teil des Internationalen Privatrechts*, en: *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1977, pp. 23 ss., especialmente pp. 23-24.

⁴¹ Maekelt, Tatiana, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2010, Serie Estudios No. 87, p. 320.

intereses⁴². Esto, desde luego, tampoco es sencillo. Recordemos con Bouza Vidal que la búsqueda de una solución más justa y equitativa para los particulares, requiere, si se desea evitar fundadas críticas de falta de seguridad y arbitrariedad, de una mayor concreción. Es preciso determinar qué criterios objetivos permiten al juez afirmar cuál resultado material es justo y cuál no lo es⁴³. Allí está el detalle.

Pensemos por un momento en un juez ante la necesidad de aplicar armónicamente, y de manera de llegar a una solución equitativa, los varios Derechos llamados a regir una misma relación jurídica, máxime si entre las soluciones materiales que estos contienen hay incompatibilidad. Eso es lo que le requieren el artículo 7 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴⁴, el artículo 9 de la Ley venezolana y el artículo 11 de la Ley uruguaya de Derecho internacional privado⁴⁵, entre otras. El juez debe, para usar las palabras de Goldschmidt, transitar el método sintético judicial y adaptar “unos fragmentos a otros”⁴⁶.

En todo caso, el tránsito de la neutralidad formal a la orientación material parece ser el hilo conductor del Derecho internacional privado contemporáneo. Pero ello supone comprender que la búsqueda del mejor resultado —justicia material— no prescinde, y no puede prescindir, de la localización —justicia formal.

Kegel, desde luego, lo expresa de mejor manera⁴⁷. El Derecho internacional privado no sirve a la justicia de manera menos genuina que el Derecho privado material, sino de manera diferente. La justicia es una sola e indivisible, pero tiene facetas distintas según el plano en que opera y, en el plano del Derecho internacional privado, esta no se traduce *a priori* en la aplicación del Derecho materialmente más justo en abstracto. Esta, de hecho, es una empresa imposible, porque los criterios de lo materialmente justo son relativos y culturalmente situados, y el Derecho no se impone a la vida desde afuera sino que emerge de ella y con ella interactúa: “*Das Recht wird nicht von außen an das Leben herangetragen. Es steht vielmehr mit dem Leben in Wechselwirkung: nach ihm wird in einer Gemeinschaft gelebt*”.

El Derecho internacional privado busca más bien, continúa Kegel, aplicar el Derecho espacialmente más adecuado, aquel del territorio al que puede atribuirse la persona que actúa o resulta afectada por su estrecha vinculación con la comunidad jurídica que allí vive, o en el que tuvo lugar la acción o el acontecimiento relevante. De esta manera, nos da Kegel su idea central, formulada no sin cierta provocación: la justicia del Derecho internacional privado está

⁴² Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 22.

⁴³ Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 14.

⁴⁴ Gaceta Oficial No. 33.252, 26 de junio de 1985.

⁴⁵ Ley No. 19920, Ley General de Derecho Internacional Privado, en: <https://sl1nk.com/y5afah1>

⁴⁶ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría triolista del mundo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 10ª ed. actualizada, 2009, p. 160.

⁴⁷ Kegel und Schurig, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 131.

funcionalmente antepuesta a la justicia material, porque antes de preguntar qué Derecho produce el mejor resultado sustantivo hay que preguntarse qué Derecho es el competente, y esa pregunta tiene respuesta propia, con criterios propios, que no pueden ni deben ser sustituidos por la búsqueda directa del resultado más equitativo. La pretendida neutralidad del método conflictual no es, para Kegel, indiferencia ante la justicia, sino más bien la expresión técnica de una forma específica de justicia que el Derecho internacional privado debe al individuo antes de que el Derecho material pueda hablarle.

Sin embargo, para Juenger el tema de la localización sigue siendo cuestionable y para demostrarlo recurre a comprometidos defensores del método clásico que han tenido que reconocer sus defectos. Kahn-Freund preguntó con honestidad: “¿quién puede dudar de que al elegir la ley aplicable los jueces y administradores están consciente o inconscientemente influenciados por lo que ellos conocen acerca del contenido de aquellas leyes entre las cuales debe efectuarse la elección?”. Y Currie, aunque partía de premisas diferentes, “sabía que los tribunales podían buscar ‘el resultado justo en leyes extranjeras progresistas’”, por lo que su conclusión es clara: “los casos de conflicto de leyes no le proporcionan a los tribunales una licencia que por otra parte tampoco tienen para condenar la ley y la política de un Estado sobre la base de que ésta sea arcaica, errónea, o social o económicamente poco aconsejable”. Esa licencia, dice Juenger, es exactamente lo que deberían tener —y lo que el método teleológico les daría con transparencia y legitimidad⁴⁸.

El autor, que describe el método teleológico como un enfoque de interpretación jurídica que orienta la decisión hacia la finalidad o el objetivo de la norma, utilizando incluso el Derecho extranjero como un insumo para alcanzar la mejor solución y adecuar el Derecho del foro a estándares internacionales⁴⁹, termina por reconocer que, precisamente, este enfoque material ha impregnado el Derecho conflictual europeo y norteamericano, pero de manera encubierta, recurriendo a factores de conexión flexibles, a cierta tendencia a aplicar el Derecho propio, y a la abierta orientación material de los resultados.

Este proceder del Derecho internacional privado, conduce a Juenger a una concluir, recurriendo a las ideas de Rosenberg, con una especie de advertencia para la que el propio autor considera un buen momento: “el ‘juego conflictual no se juega para que los [académicos] puedan ejercitar sus músculos jurisprudenciales, sino para mejorar la condición humana a través del Derecho’”⁵⁰.

Juenger cierra su libro con una idea clara, esta vez recurriendo a von Mehren: “es claro que no hay ninguna buena razón para que aquellos que esperan que se haga justicia en los casos

⁴⁸ Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 188.

⁴⁹ Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 265.

⁵⁰ Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 264.

interestatales e internacionales deban estar por siempre condenados a la desilusión”⁵¹. El Derecho internacional privado, puede leerse entre líneas, existe para hacer justicia a personas concretas, no para mantener la coherencia de un sistema conceptual construido sobre la base de metáforas geográficas.

Quiero volver así a las palabras de Valladão en la sesión inaugural de la CIDIP I: “El Derecho internacional privado es el ángel de la guarda del viajero, porque protege al hombre fuera de su patria”, para luego añadir que esta es la razón por la que sus soluciones deben ser “democráticas y socializantes” y orientarse a la aplicación de la Ley más favorable al débil jurídico y económico⁵². Ya el maestro brasileño avizoraba que el tránsito de la justicia formal a la justicia material no es una opción teórica sino una necesidad práctica⁵³.

II. Las normas de conflicto y sus objetivos

La búsqueda de algo más que geografía en la misión de la norma de conflicto, nos conduce a pensar que esta tiene objetivos que van más allá de la simple localización. Tomaré un par de ejemplos concretos que me permitirán, a la par de poner de manifiesto que las normas de conflicto tienen objetivos que no son puramente formales, ratificar que la norma de conflicto no es entonces neutral.

El primer ejemplo es el artículo 2 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana, norma de conformidad con la cual “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”.

Ya en otra oportunidad, he sostenido que “cada norma puede tener un objetivo, pero en general, la Ley busca la solución equitativa de cada caso concreto”⁵⁴. Por ejemplo, como ya he afirmado supra, se reconoce que el principio *pro validitatis* es el objetivo del artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado; y que una justa indemnización a la víctima sea el del artículo 32. Recientemente, el Tribunal Supremo de Justicia admitió que facilitar el divorcio es el objetivo del artículo 23 de la Ley, al ordenar la aplicación del Derecho del cónyuge demandante al divorcio y la separación de cuerpos⁵⁵.

Hernández-Bretón, por el contrario, estima que no hay objetivos generales del sistema, como la justicia del caso concreto en abstracto, o los propósitos generales de la Ley, sino

⁵¹ Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., p. 266.

⁵² Parra Aranguren, Gonzalo, La primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, en: *Actas Procesales del Derecho Vivo*, 1975, Vol. XVI, Nos. 46-48, pp. 307 ss., especialmente pp. 323-324.

⁵³ Esta idea subyace en las conclusiones de Juenger, *Derecho internacional privado y justicia material...*, ob. cit., pp. 261-266

⁵⁴ Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2009, Serie Tesis No. 4, p. 372.

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0662, 28 de octubre de 2021 (*Daniela María Viloria Gómez en revisión*), en: <https://sl1nk.com/ict8jns>

objetivos específicos, determinados norma por norma y caso por caso. Lo relevante no es el contenido material del Derecho venezolano ni una aspiración genérica de equidad —continúa el autor—, sino el objetivo internacionalprivatista que persigue cada norma de conflicto venezolana particular. En su opinión, para cada supuesto regulado, el intérprete debe identificar qué resultado material concreto busca esa norma específica, y la aplicación del Derecho extranjero, incluida la decisión sobre el reenvío, debe orientarse a realizar ese objetivo. Se trata, en su lectura, del reconocimiento de un fenómeno de materialización de las normas de conflicto, de manera que la norma deja de ser indiferente al resultado y persigue, en ciertos supuestos, un efecto sustantivo determinado, como la ya mencionada validez formal del acto en el caso del artículo 37 de la Ley⁵⁶.

Sin embargo, persisten algunas dudas en torno al artículo 2 de la Ley: ¿qué ocurre cuando el Derecho extranjero designado como competente por la norma venezolana de conflicto no cumple con su objetivo? ¿Tal situación dará lugar al desplazamiento del Derecho extranjero competente?

Esta norma se conserva desde el Proyecto de Ley de Normas de 1963/65 y sus comentaristas solo vieron en la expresión “y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”, una condicionante de la aplicación del Derecho extranjero, sin especificar de qué manera actuará tal condicionante y cuáles serán sus consecuencias⁵⁷. “¿Podría pensarse —se pregunta Maekelt— que la aplicación del Derecho extranjero, con la condición de que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto, sea una cláusula de orden público “disfrazado”, ya que estos objetivos se identifican con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano?”. La autora responde de manera negativa, pues en su opinión “el carácter restrictivo del orden público no permite extenderlo a las situaciones que tienen su propia calificación y sus propias soluciones”⁵⁸.

También aparecen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto como una limitación al reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al lado del orden público y la competencia legislativa exclusiva del Derecho venezolano; sin darnos tampoco mayor pista sobre la manera en que hemos de entender tal expresión. Sin embargo, insistimos, no tendría sentido entender que tras los objetivos de cada norma de conflicto venezolana, existiese un principio fundamental de

⁵⁶ El respeto a la irrestricta autonomía de las partes (art. 29); la validez formal de los actos (art. 37); la protección de la víctima (art. 32); la protección de los hijos (art. 24) y de los incapaces (art. 26) son mencionados por Hernández-Bretón como objetivos específicos de las normas de conflicto venezolanas. Ver: Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss., especialmente p. 178.

⁵⁷ Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado”, *Revista del Ministerio de Justicia*, No. 50, Caracas, 1985, pp. 70 ss., especialmente pp. 82-83.

⁵⁸ Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*, (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 73.

nuestro ordenamiento jurídico, pues con tal planteamiento retornaríamos a la expresión de Sánchez de Bustamante según la cual todas las normas de conflicto son de orden público⁵⁹.

En definitiva, no creemos que la *ratio* del artículo 2 nos permita llegar a ver en ella una cláusula de orden público. Nos parece más bien que el artículo 2 ha de modular la aplicación del Derecho extranjero —siendo que la aplicación de ese Derecho extranjero puede ser, de hecho, uno de sus objetivos—, considerando como norte la consecución de la justicia material del caso concreto. Así, por ejemplo, la aceptación o no del reenvío en el caso de los artículos 32 o 37 de la Ley venezolana, podría estar orientada por el artículo 2⁶⁰.

Es este precisamente el efecto que vemos presente en el artículo 12 de la Ley uruguaya de Derecho internacional privado, norma que, luego de rechazar el reenvío al excluir la posibilidad de aplicar normas de conflicto extranjeras admite, en su inciso segundo que tal rechazo ha de entenderse

sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se tome incompatible con la **finalidad esencial de la propia norma de conflicto** que lo designa, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 [adaptación] (resaltado nuestro).

El propio profesor Operti admite que “[s]e trata de una solución innovadora que se aproxima a la concesión teleológica del artículo 11 (‘equidad del caso concreto’) y consagra la referencia a las normas de Derechos Humanos tanto regionales como internacionales”⁶¹. No obstante, no deja de parecer curiosa la opinión de Tomás Ortiz de la Torre, para quien esta es una fórmula oscura, pues

la regla de conflicto del foro solamente, al ser formal y [por] consiguiente meramente indicativa, tiene una finalidad: señalar el ordenamiento que, se da por supuesto, el legislador considera que es el más adecuado (el que mejor responde a la naturaleza de la situación o relación jurídica) para, en estricta justicia, regular el caso en discordia⁶².

Se trata, lo admite el propio autor —aunque casi como una virtud—, de limitar la función de la norma de conflicto a la clásica visión localizadora de Savigny, añadiendo la adecuada y suficiente tarea adelantada por el legislador al elegir los mejores factores de conexión posibles, los que, al modo del artículo 1 de la Ley austríaca de Derecho internacional privado⁶³, son

⁵⁹ Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1943, Tomo I, p. 214.

⁶⁰ En este sentido: Hernández-Bretón, Eugenio, Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, No. 117, pp. 27 ss., especialmente pp. 38-40.

⁶¹ Operti Badán, Didier, Primera lectura de la Ley general de Derecho Internacional Privado de la República Oriental del Uruguay Presentado en el “Aula Maekelt”, Caracas, 3 de diciembre de 2020, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2021, No. 3, pp. 549 ss., especialmente p. 569.

⁶² Tomás Ortiz de La Torre, José Antonio, El Derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo de la Ley General de 2016, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2017-2018, pp. 423 ss., especialmente p. 437.

⁶³ Gesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) vom 15.6.1978, BGBl. Nr. 304/1978, en: <https://11nq.com/njgr37i>

la mejor expresión de la vinculación que ha de existir entre el caso concreto y el Derecho indicado por la norma de conflicto.

Sin embargo, otros autores insisten en que la neutralidad del Derecho internacional privado es, en definitiva, una ficción insostenible. Van Den Eeckhout lo demuestra desde una perspectiva funcional, al afirmar que la forma en que se regulan las normas de Derecho internacional privado “*can in its impact have more ‘liberalising’ or more ‘regulating’ effects, facilitating or complicating in this respect the protection of weak parties/human rights/environment*”⁶⁴, lo que revela que el dogma savigniano de neutralidad encubre consecuencias distributivas muy concretas sobre los más vulnerables.

Muir Watt, por su parte, radicaliza esta crítica llevándola al plano ontológico: el multilateralismo dominante no es un sistema de coordinación aséptico sino un dispositivo que ha contribuido a “*shaping and reinforcing modernity’s separatist vision of an intensely hierarchised world*”⁶⁵, codificando la escisión entre naturaleza y cultura, entre el yo y el otro, que subyace a la devastación ecológica y a la dominación colonial. Ambas autoras confluyen, pues, en un mismo diagnóstico que coincide con la visionaria imagen que nos regala Valladão: el Derecho internacional privado nunca fue neutral, sino que operó —con frecuencia de manera encubierta— como instrumento al servicio de determinados intereses y visiones del mundo. La pregunta que queda abierta no es si el Derecho internacional privado puede seguir siendo neutral, sino qué valores y qué ontología deben orientar su inevitable toma de posición.

III. Ni neutralidad ciega ni complejidad inútil: la norma de conflicto ante la persona

Hay enfermedades cuyo diagnóstico es impecable y cuyo tratamiento resulta letal. Vuelvo a una imagen médica pues la crítica a la neutralidad del Derecho internacional privado puede resultar convincente en su diagnóstico, pero se obliga a enfrentar una paradoja operativa severa cuando intenta traducirse en normas concretas. En otras palabras, esta crítica nos muestra, de manera convincente, que la norma de conflicto nunca fue ciega al resultado, sino que fingía serlo. Pero la cura a esa ceguera fingida corre el riesgo de producir otra ceguera, esta vez real, la de la norma tan cargada de objetivos, de correcciones, de matices y de excepciones, que ni el juez que debe aplicarla ni la persona que espera su amparo logran ver con claridad qué dice, qué protege y a quién.

Resulta en este punto interesante que Muir Watt, tomando la célebre imagen de Prosser entiende que lejos de ser un insulto, la ciénaga revela “*the existence of a shrouded, non-*

⁶⁴ Van Den Eeckhout, Veerle, Private International Law in an Era of Globalisation. “Neutral” Private International Law!? An Analysis Through the Lens of Protection of Weak c.q. Vulnerable Parties (August 3, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3677937>, p. 2.

⁶⁵ Muir Watt, Horatia, Alterity in the Conflict of Laws. An Ontology of the In-Between, en: RabelZ, 2023, No. 87, pp. 433 ss., especialmente p. 436.

Cartesian, non-linear, non-rationalist, non-modern penumbra lurking underneath the assertedly scientific project of rationalist global governance”, una ontología del espacio intermedio que permite al Derecho internacional privado habitar productivamente la heterogeneidad de mundos normativos en lugar de aplanarla. En ese sentido, la ciénaga no es un defecto del sistema sino su potencial más profundo referido, en su opinión, la capacidad de “*resonate with deep-ecological descriptions of the world as biodiversity and entwinement*”⁶⁶.

Pero hay dos ciénagas, y conviene no confundirlas. La ciénaga ontológica que Muir Watt rehabilita es filosóficamente fértil; la ciénaga normativa que producen las normas de conflicto materialmente orientadas pero técnicamente inmanejables es prácticamente estéril. El juez desbordado que no termina de entender qué criterio debe aplicar primero, y el consumidor desorientado que no comprende qué derecho lo protege ni en qué condiciones, no habitan un espacio intermedio rico en posibilidades, habitan un laberinto sin salida visible. Hay, pues, una tensión irresuelta entre el deseo legítimo de dotar a la norma de conflicto de un objetivo teleológico, abandonando la cuestionada neutralidad, y la necesidad igualmente legítima de que esa norma sea inteligible, operable y, sobre todo, humana. Abandonar la neutralidad es necesario; producir oscuridad a cambio no lo es.

Quizá un ejemplo, me ayude a hacer esta idea más clara. Tomaré como ejemplo la proyectada regulación de la protección del consumidor internacional contenida en la Propuesta Buenos Aires⁶⁷. El artículo 8 de este instrumento consagra la denominada cláusula de corrección material, la cual, en mi opinión, ilustra esta tensión con particular nitidez. La norma establece que el Derecho indicado como competente por la Convención —que depende, de hecho, de una compleja conexión en cascada— puede no ser aplicado “en casos excepcionales, si, teniendo en vista todas las circunstancias del caso, la conexión con el Derecho indicado como aplicable resultara superficial y el caso se encontrara más estrechamente vinculado con otro Derecho más favorable al consumidor”.

La disposición acumula, en una sola oración, dos exigencias de naturaleza distinta y con objetivos notoriamente diferentes. La primera tiene carácter conflictual y es la vinculación estrecha con un ordenamiento distinto del competente, lo que configura una cláusula de escape; y la segunda de carácter material, la mayor favorabilidad de ese otro Derecho más vinculado para el consumidor, propia de la lógica tuitiva que inspira todo el proyecto de Convención. El juez que aplica esta cláusula no debe simplemente identificar el Derecho más conectado con el caso, ni simplemente el más favorable, el juez debe encontrar aquel que sea simultáneamente

⁶⁶ Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., pp. 438 y 443.

⁶⁷ Organización de los Estados Americanos (OEA), Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, Consejo Permanente. *Propuestas de los Estados Miembros para la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII). Tema I: Protección del Consumidor: Brasil, versión simplificada* (“Propuesta Buenos Aires”). Propuesta conjunta de los Gobiernos de Brasil, Argentina y Paraguay. CP/CAJP-2652/08 add. 4 corr. 1. Washington D.C.: OEA, 19 de marzo de 2010, en: <https://sl1nk.com/lk4g4oj>

más conectado y más favorable, en un ejercicio comparativo que presupone conocer el contenido de varios ordenamientos jurídicos, ponderar sus vínculos fácticos con la situación concreta y evaluar cuál de ellos ofrece mayor protección al consumidor. Todo ello “teniendo en vista todas las circunstancias del caso”, fórmula que, lejos de orientar, abre una discrecionalidad casi ilimitada.

Van Den Eeckhout advierte precisamente este riesgo cuando señala que las normas que pretenden proteger a las partes débiles o que pretenden haber creado un equilibrio entre intereses pueden igualmente prestarse al uso estratégico por la parte poderosa y derivar en fenómenos de mero *window dressing*⁶⁸. Una cláusula de corrección tan abierta como la del artículo 8 es, en este sentido, un terreno fértil para la litigación estratégica, de manera que el proveedor sofisticado puede invocarla para desplazar el Derecho del domicilio del consumidor, considerado por la propia Convención, *prima facie*, como el más favorable, hacia otro ordenamiento que, presentado hábilmente como “más estrechamente vinculado”, ofrezca en realidad condiciones más ventajosas para sus intereses. La favorabilidad, en abstracto, es un concepto que no se determina solo, requiere comparación, y la comparación la realiza quien tiene recursos para litigar.

El problema de fondo es que la persona concreta, en este caso el consumidor que compró un paquete turístico por internet, que firmó un contrato de tiempo compartido en una feria, que recibió publicidad dirigida desde otro país, queda atrapado, precisamente, en esa ciénaga que el Derecho internacional privado pretendía drenar. La norma que debía protegerlo se convierte en el escenario de una disputa técnica sobre la “superficialidad” de la conexión y la gradación de la favorabilidad, conceptos que ningún consumidor medio puede comprender y que ni siquiera todos los jueces están en condiciones de resolver con certeza. Como señala Muir Watt, el multilateralismo clásico al menos ofrecía la ilusión de un punto de vista arquimedianeo, externo y estable⁶⁹; la norma teleológicamente orientada pero técnicamente inmanejable no ofrece ni eso, al sustituir la falsa neutralidad por una complejidad real que, en la práctica, favorece a quien puede costearse el tránsito por el laberinto.

La lección que puede extraerse no es un retorno acrítico al mecanismo savigniano, cuya pretensión de neutralidad ha sido suficientemente desacreditada, sino la exigencia de que la teleología protectora se traduzca en normas que sean, además de justas en su objetivo, operables en su diseño. Una norma de conflicto orientada a la protección material del consumidor cumple su finalidad no cuando ofrece al juez la mayor discrecionalidad posible, sino cuando le entrega criterios claros, jerarquizados y predecibles que permitan llegar al resultado protector sin necesidad de recorrer toda la ciénaga. El Derecho internacional privado puede y debe tomar partido por los débiles; pero hacerlo inteligiblemente es también una forma de protegerlos.

⁶⁸ Van Den Eeckhout, *Private International Law...*, ob. cit., p. 7.

⁶⁹ Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 446.

La crítica a la neutralidad del Derecho internacional privado y la advertencia sobre la complejidad inmanejable de las normas teleológicamente orientadas encuentran una manifestación particularmente aguda en el Principio 5 de los Principios UNIDROIT sobre Activos Digitales y Derecho Privado⁷⁰, dedicado a la determinación del Derecho aplicable a tales activos. Lo que hace especialmente revelador este ejemplo no es que se trate de una norma de protección del débil, como la cláusula de corrección material de la Propuesta Buenos Aires, sino que ni siquiera pretende serlo. Se trata de una norma técnica de coordinación, y aun así produce una complejidad que devora a la persona que debería ser su centro.

El punto de partida del Principio 5 es, paradójicamente, un acto de honestidad epistemológica. El Comentario 5.4⁷¹ reconoce que los factores de conexión tradicionales del Derecho internacional privado, que suponen la localización de personas, oficinas, actividad o activos, “*usually have no useful role to play in the context of the law applicable to proprietary issues relating to digital assets*”, porque los activos digitales son intangibles. El enfoque savigniano, que construyó su pretendida neutralidad sobre la localización geográfica de la relación jurídica, llega aquí a sus límites estructurales. Como señala Muir Watt, el multilateralismo clásico solo funcionó fluidamente como mecanismo de coordinación dentro de un marco de estructuras jurídicas epistemológicamente homogéneas⁷²; cuando el objeto jurídico por su propia naturaleza no tiene un lugar, toda la arquitectura colapsa.

La solución adoptada en el Principio 5(1) es una cascada (*waterfall*) de factores de conexión: primero, el Derecho elegido en el propio activo digital; segundo, el Derecho elegido en el sistema en que el activo está registrado; tercero, el Derecho de la sede estatutaria del emisor (*issuer*), si es fácilmente identificable por el público; y cuarto, en defecto de todo lo anterior, amplia libertad del foro entre dos opciones, cada una con su propia sub-cascada interna. El Comentario 5.1 declara que el objetivo es “*improve the clarity and legal certainty surrounding the issue of conflict-of-laws to the greatest possible extent*”⁷³. La promesa es razonable; la factibilidad de su cumplimiento, discutible.

Los dos primeros escalones de la cascada —Principios 5(1)(a) y 5(1)(b)— se basan explícitamente en la autonomía conflictual⁷⁴. Toda persona que opera con el activo digital se considera que ha consentido a la ley especificada, bien en el activo, bien en el sistema, por el solo hecho de interactuar con el sistema. Quien crea el activo o el sistema, usualmente una entidad con enorme poder económico y sofisticación técnica, elige el Derecho aplicable; el usuario, el adquirente minorista, el inversor no sofisticado que compra un token no elige nada:

⁷⁰ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*, Rome, UNIDROIT, 2023, en: <https://sl1nk.com/2skncau>

⁷¹ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., p. 42.

⁷² Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws*..., ob. cit., p. 436.

⁷³ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., p. 41.

⁷⁴ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.5, p. 42.

simplemente “consiente” porque la información estaba “*readily available for review*”⁷⁵. La autonomía de la voluntad opera aquí en una sola dirección y no es este un problema nuevo. Van Den Eeckhout identificaría este mecanismo como uno de los fenómenos que pretenden haber creado un equilibrio entre intereses pero que en su funcionamiento real se prestan al uso estratégico por la parte poderosa, con lo cual, la disponibilidad técnica de la información se presenta como consentimiento informado, cuando no es sino otra forma de *window dressing*⁷⁶. Podría incluso afirmarse que, en definitiva, quien escribe el código elige el Derecho aplicable.

El tercer escalón, el Principio 5(1)(c), introduce la sede estatutaria del emisor como factor de conexión, justificado por razones de certeza: es más fácilmente identificable que la administración central o el centro de intereses principales⁷⁷. El argumento es correcto en abstracto, pero abre una vulnerabilidad que los comentarios apenas rozan: en el fondo, el factor de conexión, aparentemente neutral y objetivo, puede traducirse en una elección encubierta realizada por la parte más fuerte antes de que exista siquiera la relación jurídica con el adquirente.

Cuando ninguno de los escalones anteriores opera, el Principio 5(1)(d) otorga al Estado del foro libertad considerable para escoger la norma de conflicto entre las opciones A y B, ambas con sub-cascadas propias, y en ambos casos contemplando la aplicación directa de los propios Principios UNIDROIT como Derecho sustantivo aplicable, justificada porque “*these Principles are generally accepted on an international level as a neutral and balanced set of rules*”⁷⁸, lo que en el fondo coincide con la definición de “normas de Derecho” —en franca alusión a los diversos componente de la *Lex mercatoria*— contenida en el artículo 3 de los Principios de La Haya sobre Elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales⁷⁹.

En definitiva, el resultado acumulado es una norma de conflicto cuya aplicación exige al juez, al menos en su primer parte, determinar si el activo especifica un Derecho aplicable; verificar si el sistema lo hace; verificar si existe un *issuer* conforme a los cinco criterios acumulativos del Principio 5(2)(f), y aplicar entonces el Derecho de la sede estatutaria⁸⁰; y, finalmente, en caso de que estos criterios no puedan determinarse, aplicar la opción que su Estado haya elegido entre A y B, con su propia sub-cascada; y todo esto antes de siquiera llegar a la cuestión sustantiva. La persona concreta que debería ser el centro del Derecho internacional privado, es decir, el adquirente de activos digitales, frecuentemente un particular no sofisticado, desaparece en la profundidad de una ciénaga que, esta vez, no tiene ni siquiera la excusa de perseguir un

⁷⁵ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.5, p. 42.

⁷⁶ Van Den Eeckhout, *Private Internacional Law*..., ob. cit., pp. 7-8.

⁷⁷ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.9, p. 44.

⁷⁸ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.11, p. 46.

⁷⁹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales*, La Haya, 2016, en: <https://sl1nk.com/id6lcbs>

⁸⁰ UNIDROIT, *UNIDROIT Digital Assets and Private Law*..., ob. cit., Comentario 5.10, pp. 44-45.

objetivo de protección: es la ciénaga de la complejidad técnica pura, igualmente inaccesible para el justiciable que la ciénaga de la favorabilidad material.

No estoy con este planteamiento proponiendo un retorno al clásico método conflictual y sus rígidos factores de conexión, menos aún frente al complejo mundo digital. Lo que busco es poner de manifiesto que la complejidad de la norma no es un indicador de su sofisticación jurídica, ni de su eficacia protectora, sino con que con frecuencia es más bien todo lo contrario, es el síntoma de que el legislador, estatal, convencional o transnacional, quizá no ha terminado de decidir qué quiere y se ha refugiado en la técnica para diferir esa decisión. Así, el Derecho internacional privado habrá cumplido su función cuando la norma resultante puede ser entendida por quien más la necesita. De lo contrario, no ha abandonado la ciénaga, simplemente la ha profundizado.

Si el recorrido anterior ha mostrado que la complejidad normativa puede devorar a la persona que la norma pretende proteger, la *Zweistufentheorie* o teoría de los dos escalones ilustra un problema distinto pero igualmente preocupante, pues ya no es el legislador quien produce la complejidad mediante normas de arquitectura sofisticada, sino la doctrina que, en su intento de corregir la rigidez del mecanismo conflictual clásico desde adentro, construye un instrumento técnico tan complejo que el resultado práctico es el mismo.

La teoría de los dos escalones hunde sus raíces en la *datum-theorie* de Ehrenzweig⁸¹, quien estableció la distinción, conceptualmente muy atractiva, según la cual, una cosa es aplicar el Derecho extranjero, aceptando las consecuencias que se derivan de esa aplicación, y otra muy distinta es simplemente tomarlo en consideración como dato o elemento de interpretación del Derecho declarado competente por la norma de conflicto. Desarrollada posteriormente por Hessler, la idea adquiere su forma más elaborada al declarar que el Derecho extranjero desechado por la norma de conflicto no desaparece del razonamiento judicial, sino que reaparece como elemento material de interpretación del ordenamiento declarado aplicable. De ahí su nombre: el primer escalón es la localización del ordenamiento aplicable hecha por la norma de conflicto; y, el segundo escalón es la modulación interpretativa de ese ordenamiento a la luz de los Derechos que, sin ser aplicables, mantienen vínculos significativos con la situación⁸².

La motivación de esta teoría responde a la preocupación por los múltiples contactos que puede presentar la relación con Derechos que no son tomados en cuenta por la norma de conflicto, a la vez que cuestiona el mecanismo de todo-o-nada del Derecho internacional privado clásico, según el cual solo un ordenamiento es competente, mientras todos los demás resultan

⁸¹ Ehrenzweig, Albert, Local and moral data in the conflict of law, en: *Buffalo Law Review*, 1966, No. 16, pp. 55 ss. Ver también Jayme, *Identité culturelle et intégration...*, ob. cit. p. 88.

⁸² Hessler, Hans-Joachim, Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts, en: Serick, Niederländer, Jayme, *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht*, 1986, 137 ss.

excluidos, lo cual podría producir resultados de una rigidez que ningún operador jurídico razonable consideraría equitativa.

Tres decisiones del Tribunal Supremo de los Países Bajos de 1983 y 1984, sobre despidos de trabajadores procedentes de China, Marruecos y Turquía, ilustran vívidamente este punto⁸³, particularmente el último de los casos referidos. Se trató de la solicitud, hecha por el trabajador turco para ausentarse un día de su puesto de trabajo, con el objeto de cumplir con las obligaciones derivadas de la fe islámica que profesaba. En este caso, la aplicación mecánica del Derecho neerlandés, como Derecho del lugar de prestación de servicios, sin ninguna modulación por el elemento cultural y religioso que el caso presentaba, produciría un resultado que la propia *Lex fori* difícilmente podría justificar desde sus propios valores de equidad. El Tribunal, acertadamente, no se resignó a esa rigidez.

La internacionalidad de la relación aparece también como una justificación para la procedencia de la teoría, pues esta, según afirma Sánchez Lorenzo,

introduce además una relatividad material de los valores y criterios de oportunidad. En efecto, todo sistema jurídico obedece a un plan de reglamentación, a unos objetivos y valores que son susceptibles de modulación cuando en el supuesto se introduce un elemento de tal relevancia como es la intencionalidad. La jurisprudencia de valores del DIPr no solo se enfrenta el problema de escoger unas pautas de valoración en uno u otro sistema, sino en mediatizar su orientación a valores conforme a la especialidad que introduce la internacionalidad del supuesto⁸⁴.

Pero el mérito del resultado no debe ocultar la complejidad del camino. La *Zweistufentheorie*, examinada con atención, introduce en el razonamiento judicial una operación de una delicadeza extraordinaria: el juez debe, en el segundo escalón, determinar qué elementos del Derecho extranjero desechado serán “tomados en consideración”, en qué medida inciden sobre la interpretación del Derecho aplicable, y con qué intensidad modulan el resultado. Ninguno de estos pasos tiene criterios claros. La propia doctrina advierte que mientras mayor sea el número de ordenamientos relacionados con el caso, menor será la posibilidad de recurrir a la *Zweistufentheorie*⁸⁵, porque los vínculos con esos ordenamientos serán más débiles y la vocación orientadora de cada uno de ellos se diluirá. La teoría, en consecuencia, solo funciona con fluidez cuando la dispersión legislativa se reduce a dos ordenamientos, entre los cuales la norma indirecta escoge uno y el otro mantiene plena vocación interpretativa.

Esta limitación estructural es, en realidad, una confesión implícita de los límites del instrumento. En un mundo donde una sola relación jurídica puede presentar contactos

⁸³ Decisiones citadas por Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 1993, p. 313.

⁸⁴ Sánchez Lorenzo, Sixto, Posmodernismo y Derecho internacional privado, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, Vol. 47, No. 2, pp. 557 ss., especialmente p. 564.

⁸⁵ Álvarez González, Santiago, Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa, en: *Revista de Derecho Privado*, 1995, No. 718, pp. 768 ss., especialmente p. 794.

significativos con tres, cuatro o más ordenamientos, la *Zweistufentheorie* pierde precisamente su utilidad en los casos donde podría resultar más necesaria, aquellos en los que la complejidad de los vínculos internacionales es mayor y la rigidez del mecanismo conflictual produce los resultados más inequitativos. El trabajador migrante que presta servicios en varios países consecutivos, el consumidor digital que contrata los servicios en otro Estado, a través de una plataforma cuyo servidor está en un tercer país, el usuario de activos digitales cuyo emisor ha establecido su sede estatutaria en una jurisdicción de conveniencia. En todos estos casos, la teoría de los dos escalones puede llegar tarde y con pocas herramientas.

Más aún, el segundo escalón plantea un problema que la doctrina no siempre afronta con suficiente claridad, y que está referido a la “toma en consideración” del Derecho extranjero como elemento interpretativo del Derecho competente. Se trata de una operación que exige al juez un conocimiento del Derecho extranjero equivalente al que requiere su aplicación directa, con los conocidos problemas que ellos genera. El juez debe conocer la norma turca sobre ausencias laborales por motivos religiosos; la norma marroquí sobre las obligaciones familiares que justifican desplazamientos al país de origen; la norma china sobre las concepciones de la relación laboral; aunque necesita estas normas no para aplicarlas, sino como meros datos o elementos materiales, cuyo peso en la interpretación queda entregado a su propia discrecionalidad.

La ciénaga no desaparece, simplemente cambia de forma. En lugar de la complejidad normativa de la cascada del Principio 5 de los Principios UNIDROIT, o de la acumulación de criterios del artículo 8 de la Propuesta Buenos Aires, el operador jurídico enfrenta ahora la complejidad hermenéutica de un segundo escalón cuyas reglas de juego nadie ha terminado de definir.

Muir Watt diría que es un intento de habitar el espacio intermedio entre ordenamientos sin la arquitectura ontológica necesaria para hacerlo de forma ordenada⁸⁶; Van Den Eeckhout señalaría que la discrecionalidad judicial no controlada puede convertirse en otra puerta de entrada para el uso estratégico por la parte más poderosa, que dispone de mejores recursos para argumentar en ese espacio abierto⁸⁷.

El Derecho internacional privado se encuentra así atrapado entre dos posibilidades igualmente insatisfactorias: el mecanismo savigniano que produce rigidez y resultados inequitativos y los correctivos materiales que son complejos y pueden generar incertidumbre. La persona concreta, que es a la vez el origen y el destino de todo el sistema, queda en ambos casos expuesta, en el primero, a la injusticia de la norma; en el segundo, a la opacidad del proceso que pretende corregir esa injusticia. La búsqueda de una norma de conflicto que sea a la vez

⁸⁶ Muir Watt, *Alterity in the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 439.

⁸⁷ Van Den Eeckhout, *Private International Law...*, ob. cit., p. 7.

justa en su objetivo, clara en su operación y accesible en su resultado sigue siendo, en este sentido, el horizonte irrealizado del Derecho internacional privado contemporáneo.

Conclusión: por un Derecho internacional privado que sirva a la persona sin ahogarla en la técnica

En el capítulo 2 de la temporada 11, de la serie “*The Big Bang Theory*”, titulado “La reacción de la retractación”, tras frustrarse por la falta de avances en la teoría de cuerdas y la física de partículas, el personaje Leonard Hofstadter afirma que “la física teórica está muerta”. No es mi intención plantear una idea semejante respecto del Derecho internacional privado. No. El Derecho internacional privado está vivo, pero necesita resolver la tensión entre la justicia material que la norma de conflicto debe perseguir y la claridad operativa sin la cual esa justicia permanece como promesa abstracta, inaccesible para quienes más la necesitan.

El diagnóstico es claro. La norma de conflicto no fue nunca neutral. Van Den Eeckhout lo demostró desde la funcionalidad: toda regla de conflicto tiene efectos distributivos concretos, favorece o dificulta la protección de los débiles, libera o regula, independientemente de que se presente con el ropaje aséptico de la localización geográfica. Muir Watt lo demostró desde la ontología: el multilateralismo clásico no es un sistema de coordinación equidistante sino un dispositivo que ha contribuido históricamente a jerarquizar mundos jurídicos, a imponer las categorías del centro sobre las de la periferia, a silenciar formas de vida y de Derecho que no encajan en sus categorías. La neutralidad, en ambas lecturas, no es una virtud técnica sino una ficción que opera políticamente: oculta preferencias, naturaliza jerarquías y exime al legislador de la responsabilidad de elegir.

Pero este recorrido también ha mostrado que el remedio puede ser peor que la enfermedad. Cuando la doctrina y el legislador, conscientes de esa ficción, han intentado dotar a la norma de conflicto de objetivos materiales explícitos —proteger al consumidor, favorecer al trabajador, evitar el daño previsible—, han producido con frecuencia normas de una complejidad que las hace inaccesibles para el juez con una carga considerable de trabajo y, sobre todo, para la persona que debería ser su beneficiaria.

Es una especie de doble fracaso, la norma ciega que no ve personas y la norma compleja que las ahoga en técnica. Entre ellas es necesario articular una exigencia que este trabajo ha intentado sostener desde el principio y que conviene formular ahora con toda la claridad posible: el Derecho internacional privado necesita normas que tomen partido sin perderse en el laberinto de esa decisión.

Tomar partido significa reconocer que detrás de cada norma de conflicto hay una elección política sobre quién merece protección y en qué circunstancias. Significa que el legislador tiene la obligación de declarar esa elección con honestidad, en lugar de esconderla bajo la supuesta neutralidad de un factor de conexión solo “geográfico” o bajo la aparente tecnicidad de

una cascada de criterios. Significa que la norma de conflicto puede y debe proteger al consumidor, al trabajador, a la víctima del daño transfronterizo, al adquirente de activos digitales no sofisticado, pero no porque esa protección sea un desvío del método conflictual, sino porque es su razón de ser más profunda.

El llamado que este trabajo quiere dejar formulado es, en definitiva, uno de artesanía jurídica responsable. Que los legisladores a cargo del diseño de normas de conflicto se pregunten no solo qué objetivo persiguen, sino también si la norma que construyen puede ser aplicada por un juez ordinario con los recursos de un proceso ordinario, y si la persona que debería beneficiarse de ella puede llegar a comprender, aunque sea aproximadamente, qué protección le ofrece y en qué condiciones. Que los académicos que diagnostican la complejidad creciente del Derecho internacional privado contemporáneo no se conformen con celebrarla como signo de sofisticación intelectual, sino que asuman la responsabilidad de proponer simplificaciones que no traicionen el objetivo material. Que quienes trabajan en la codificación internacional recuerden que el destinatario final de su trabajo no es el comparatista que leerá los comentarios, sino el juez que aplicará la norma a las tres de la tarde de un martes con cuarenta expedientes pendientes, y la persona que espera su decisión sin entender muy bien por qué el Derecho de otro país tiene algo que decir sobre su vida.

El Derecho internacional privado ha tardado mucho en bajar los ojos desde el cielo de los conceptos hasta el suelo donde camina esa persona. No puede permitirse el lujo de seguir mirando hacia arriba. La norma de conflicto no es neutral, y eso está bien porque significa que puede elegir, que puede comprometerse, que puede proteger. Pero tampoco puede ser un abismo. Porque un abismo, por más justificado que esté en su génesis intelectual, por más elegante que sea su arquitectura técnica, sigue siendo, para quien cae en él, simplemente un abismo.

Convenciones especializadas interamericanas en el limbo. Venezuela y su cita con la codificación del derecho internacional privado

Claudia Lugo Holmquist*

Maritza Méndez Zambrano**

Mirian Rodríguez Reyes de Mezoa***

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 407-436.

Al maestro Didier Operti Badán, un “fiel escudero del Derecho internacional privado”, y a propósito de los 130 años de enseñanza del Derecho internacional privado en Venezuela

Resumen

Venezuela goza de un acervo de convenciones especializadas interamericanas de DIP que han dejado una impronta académica y práctica entre nuestros operadores jurídicos. Sin embargo, antes de la CIDIP VI (2002), oportunidad en que el Comité Jurídico Interamericano de la OEA cambió la metodología de codificación desligándose del *hard law* para dar paso al *soft law*, ya Venezuela experimentaba desde 1996 una desaceleración en el proceso de ratificaciones. Aquí revisaremos las 8 convenciones no ratificadas con el fin de recomendar o no su ratificación, a partir de la compatibilidad entre estas y las fuentes vigentes en el sistema venezolano de DIP.

Abstract

Venezuela possesses a substantial body of specialized Inter-American conventions on Private International Law (PIL), which have left a significant academic and practical imprint on domestic legal practitioners. Nevertheless, even before the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP VI) in 2002—when the Inter-American Juridical Committee of the Organization of American States (OAS) shifted its codification methodology from hard law toward soft law—Venezuela had already been experiencing, since 1996, a marked slowdown in its treaty-ratification process. This paper examines the eight conventions that remain unratified in order to whether their ratification should be recommended, based on their compatibility with the sources currently governing the Venezuelan system of Private International Law.

Palabras clave

Codificación interamericana. CIDIP. Derecho internacional privado. Domicilio de personas físicas. Adopción. Personalidad y capacidad de personas jurídicas. Obligaciones alimentarias. Tráfico de menores. Medidas cautelares. Competencia. Transporte de mercaderías.

Keywords

* Abogado e Ingeniero de Petróleo de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de pregrado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Metropolitana. claluhol@gmail.com

** Abogado y Licenciada en Estudios Internacionales de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de pregrado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Metropolitana. marimeza@gmail.com

*** Abogado *Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello, *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Doctora en Ciencias, Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Profesora de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela. mtrodriguez.mezoa@gmail.com

Inter-American Codification. CIDIP. Private International Law. Domicile of natural persons. Adoption. Legal personality and capacity of legal persons. Support obligations. Child trafficking. Provisional and protective measures. Jurisdiction. Carriage of goods.

Sumario

I. Introducción: importancia e influencia de las CIDIP. II. Las CIDIP no ratificadas por Venezuela: una revisión necesaria. A. Convención sobre parte general de DIP. Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado. B. Convenciones sobre derecho civil internacional. 1. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores. 2. Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado. 3. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias. 4. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores. C. Convenciones sobre derecho procesal internacional. 1. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares. 2. Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. D. Convención sobre derecho comercial internacional. Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera. III. Notas de cierre.

I. Introducción: importancia e influencia de las CIDIP

Las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (en adelante CIDIP) marcaron un cambio de paradigma en el proceso de codificación americano del Derecho internacional privado (en adelante DIP) al desplazar la etapa global, según la cual se buscaba integrar en un único instrumento todos los aspectos del DIP contenidos en los Tratados de Montevideo, el Código Bustamante y el *Restatement of the Law on the Conflict of Laws*, en un esfuerzo por armonizar gradual y progresivamente los dos sistemas del continente: *civil y common law*; para dar paso a convenciones sobre temas específicos según las necesidades de los países miembros de la Organización de Estados Americanos (“OEA”).

En enero de 2025 se cumplieron 50 años de la celebración de la primera conferencia especializada llevada a cabo en Ciudad de Panamá (Panamá) en 1975, por Resolución de la Asamblea General de la OEA. La trascendencia histórica de este hito motivó, entre otros eventos académicos¹, el curso virtual “Los 50 años de las CIDIPs y el trabajo del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos: pasado, presente y futuro del Derecho internacional privado regional”², organizado por tres universidades argentinas, Universidad Austral, Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional del Litoral. El curso contó con el aval del Departamento de Derecho Internacional de la OEA y el apoyo de otras instituciones, y reunió a un importante número de profesores panelistas y cursantes de la región.

¹ Por ejemplo, el evento promovido por la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, de la Universidad Central de Venezuela, en fecha 2 de octubre de 2025. Video accesible en: <https://bit.ly/4d7Sn5h>

² Video de presentación del curso accesible en: <https://bit.ly/48AH3NB>

El referido curso planteó y dejó como reflexión para los organizadores y catedráticos participantes, la evaluación del impacto o influencia que han tenido las CIDIP en los sistemas jurídicos de los estados americanos, incluso, la resonancia que estas conferencias han producido más allá de las fronteras de nuestro continente. A partir de esta premisa, destacó el llamado a apoyar y reforzar el trabajo que promueven el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la OEA, sobre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional en general, tanto público como privado, pero especialmente de este último.

Medir el impacto o influencia de las CIDIP a través de un único parámetro como puede ser el número de ratificaciones, resulta simplista. Por ello, compartimos la opinión de los juristas que no limitan tal impacto a esa mera referencia³, sino que además consideran de manera integral, entre otros indicadores: (i) el impacto derivado de su aplicación judicial⁴; (ii) el uso que han tenido en el ámbito arbitral⁵; (iii) su incidencia en el entorno académico⁶; y (iv) su influencia en las políticas estatales americanas⁷.

Una breve evaluación del impacto de las CIDIP en el sistema jurídico venezolano revela un balance positivo. En efecto, siguiendo los indicadores señalados *supra*, podemos constatar una tradición de adopciones que resulta en la ratificación de 12 convenciones (de un total de 21 aprobadas) y 2 protocolos adicionales. Asimismo, se refleja una influencia de las convenciones especializadas en el ámbito judicial, ciertamente con sus matices, que van desde su correcta hasta su errónea aplicación⁸. El plano académico es el ámbito donde se manifiesta indiscutiblemente su influencia. Ello ocurre tanto por la formación que se imparte en las principales

³ Ver referencias en Módulo 16 del Curso virtual “Los 50 años de las CIDIPs...” titulado “Influencia de las CIDIPs y de los instrumentos del CJJ” y en el “Cierre-Mesa redonda: visión a futuro del DIPr de las Américas” en: <http://bit.ly/4eZpiIM> y <https://bit.ly/4uuTumE> respectivamente.

⁴ Que no necesariamente debe medirse por el porcentaje o número de veces en que han sido aplicadas por los tribunales, sino más bien por la adopción de criterios o principios que estas convenciones contienen.

⁵ Esto no es poco si se habla de contratación internacional y de cómo los árbitros se apoyan en principios establecidos, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que hasta el momento sólo ha sido ratificada por México y Venezuela.

⁶ Especialmente, si consideramos que estas convenciones son de referencia obligatoria en las cátedras universitarias y en los foros impulsados por organizaciones académicas que promueven el DIP en la región, tales como la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP) y la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP).

⁷ A través de políticas de estado, los países de la región han impulsado reformas en sus legislaciones para responder al contexto económico, comercial y tecnológico global que impone la modernidad.

⁸ Véase, entre otros, Madrid Martínez, Claudia, Venezuela y la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado de la OEA, en: A. R. Brewer-Carías / C. Ayala Corao (coord.), *Libro Homenaje al Dr. Pedro Nikken*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Editorial Jurídica Venezolana, 2021, Tomo I, pp. 946-948 (la autora ha identificado a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de sentencias y laudos arbitrales extranjeros como el instrumento más aplicado por los jueces venezolanos); Méndez Zambrano, Maritza y Mirian Rodríguez Reyes, Las Convenciones Interamericanas sobre derecho internacional privado: revisión de su aplicación por parte del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en: *Estudios de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 267-283; Lugo Holmquist, Claudia y Mirian Rodríguez Reyes, Eficacia parcial de las sentencias extranjeras en materia de familia, V. Guerra / Y. Pérez / C. Lugo (coord.), en: *Derecho familiar internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Díké, Universidad del Rosario, Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela, 2014, p. 1040.

universidades venezolanas —donde las fuentes de derecho de origen internacional están permanentemente presentes en sus programas y temarios—, como por el conjunto de investigadores que siguen generando literatura en la materia. Quizás la incidencia de las CIDIP en las políticas estatales es el ámbito en donde pudiera sugerirse una mayor apatía. En los últimos 30 años, ya se venía manifestando una escasa presencia oficial venezolana —o al menos la presencia de expertos especializados en DIP— en los foros de discusión sobre codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, que se llevan a cabo en el seno de la OEA y en su estructura organizativa. Esta situación se vio aún más afectada a partir de 2017 por las políticas gubernamentales asumidas por Venezuela frente a ese organismo y que derivaron en la denuncia de la Carta que lo rige⁹.

Como parte de la necesidad de aunar esfuerzos para robustecer el trabajo de codificación del DIP, a través de esta colaboración, que no pretende ser exhaustiva, nos planteamos realizar una revisión de las 8 convenciones especializadas que quedaron en el limbo de pendientes y que pese a haber sido suscritas, no han sido ratificadas por Venezuela¹⁰. Tomaremos en cuenta las razones conocidas que influyeron para no ser consideradas aptas para su aprobación formal, y si tales razones subsisten, considerando las ventajas y desventajas que conllevaría su posible puesta en vigencia. Lo anterior con el fin de recomendar o no su ratificación, e independientemente de las eventuales actualizaciones que a futuro pudieran experimentar las CIDIP.

Aquí nos limitaremos a la revisión de las convenciones especializadas, de manera que nos circunscribiremos al *hard law* o “derecho duro” derivado de la voluntad de los estados integrantes de la OEA y que, por tanto, representa derecho vinculante para éstos, dejando para una posterior oportunidad los otros instrumentos aprobados en el marco del llamado *soft law* (leyes modelos, instrumentos uniformes, informes, guías, recomendaciones, etc.).

La revisión de los instrumentos de DIP tanto de *hard law* como de *soft law* que han surgido en los últimos 50 años adquiere una gran relevancia, si se parte del hecho de que la migración de millones de venezolanos con presencia en los países de la región y del mundo, nos ha situado como nunca antes muy cerca del DIP como sujetos de relaciones privadas internacionales. Más allá de una simple reflexión, existe una imperiosa necesidad de impulsar esfuerzos dirigidos a adoptar instrumentos de DIP, cualquiera que sea la metodología de codificación que se acoja, a fin de evitar vacíos de ley que conduzcan a la aplicación inexorable de derechos locales a situaciones jurídicas internacionalizadas.

⁹ Puede verse al respecto, Madrid Martínez, Venezuela y la Conferencia Interamericana..., ob. cit., pp. 949-951.

¹⁰ No hemos incluido en nuestro análisis la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de cheques suscrita por Venezuela en la CIDIP I, por cuanto dicha convención fue suscrita y ratificada en su versión de 1979 (CIDIP II).

II. Las CIDIP no ratificadas por Venezuela: una revisión necesaria

De los 27 instrumentos aprobados en el marco de la OEA que en total representan 21 convenciones, 2 protocolos adicionales, 2 instrumentos uniformes, 1 ley modelo y 1 reglamento a la ley modelo, Venezuela ha ratificado 12 convenciones y 2 protocolos adicionales. En esta sección analizaremos las 8¹¹ convenciones no ratificadas siguiendo un orden temático (parte general del DIP, derecho civil internacional, derecho procesal internacional y derecho comercial internacional) para, posteriormente, plasmar en cada caso las recomendaciones sobre su eventual ratificación o, por el contrario, prescindir de ese propósito. Para las recomendaciones consideraremos como un criterio pertinente, la compatibilidad o incompatibilidad que pudiera evidenciarse entre la convención respectiva y las fuentes nacionales e internacionales vigentes en el sistema venezolano de DIP.

A. Convención sobre parte general del DIP

1. Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado (CIDIP II)

Esta convención (en adelante convención sobre domicilio) fue aprobada en la segunda conferencia celebrada entre el 23 de abril y el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, Uruguay. La CIDIP II introdujo, con relación a la CIDIP I, un nuevo grupo temático en la reglamentación del DIP, ya no ocupándose sólo del derecho comercial internacional y el derecho procesal internacional, sino, además, de la parte general del DIP a través de la aprobación de dos convenciones sobre esta materia. De manera que, la Convención interamericana sobre domicilio de las personas físicas en el derecho internacional privado, junto con la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, fueron las que marcaron esta pauta. Por parte de Venezuela, de ese grupo sólo esta última fue ratificada¹².

El texto normativo de la convención que nos ocupa consta de 14 artículos, el primero de los cuales establece su ámbito de aplicación, limitándolo expresamente a la regulación del domicilio de las personas físicas en el DIP, con lo cual, las personas jurídicas quedan excluidas de ese ámbito.

La característica principal de esta convención viene determinada por su naturaleza sustantivista, al contemplar exclusivamente normas materiales que establecen calificaciones autónomas para las diversas categorías de domicilio previstas en los artículos 2 al 6, los cuales concentran el aspecto medular del instrumento. En tal sentido, el domicilio de las personas físicas se localiza, en un orden de prelación, en el lugar de la residencia habitual, el lugar del

¹¹ Ver nota al pie No. 10.

¹² Gaceta Oficial No. 33.252, 26 de junio de 1985. CIDIP II, Montevideo, Uruguay, 1979.

centro principal de sus negocios; el lugar de la simple residencia en ausencia de estas dos primeras circunstancias, y en su defecto, en el lugar donde se encontrare la persona (art. 2).

Por su parte, el domicilio de las personas incapaces se ubica en el de sus representantes legales, excepto en el caso de ser abandonados por estos, supuesto en el que aplica el domicilio anterior (art. 3)¹³. El domicilio de los cónyuges viene determinado por aquél donde vivan de consuno, sin perjuicio del derecho de cada cónyuge de fijar su propio domicilio según lo establecido en el artículo 2 (art. 4). El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de las personas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno se encuentra en el último que hayan tenido en el territorio del estado acreditante y en el estado que los designó, respectivamente (art. 5). Asimismo, en los supuestos de personas con domicilio en dos estados parte se les considera domiciliadas en donde tengan la simple residencia y si la tuvieran en ambos, en el lugar donde se encontraren (art. 6).

El resto de los artículos regulan aspectos generales típicos de las convenciones interamericanas: firma (art. 7), ratificación (art. 8), adhesión (art. 9), formulación de reservas (art. 10), entrada en vigor (art. 11), casos de estados con dos o más unidades territoriales (art. 12), denuncia (art. 13), idiomas originales de la convención y depósito en la Secretaría General de la OEA (art. 14).

A la fecha de esta publicación, ha sido ratificada por seis países¹⁴: Ecuador, Guatemala¹⁵, México¹⁶, Paraguay, Perú y Uruguay.

Ahora bien, actualmente, Venezuela cuenta con dos fuentes en materia de domicilio, una internacional, el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante (en adelante CB)¹⁷ y otra nacional, la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (en adelante LDIP)¹⁸. Veamos cada una.

En esencia, la convención sobre domicilio no plantea incompatibilidad manifiesta con respecto al CB. Este regula la materia domiciliar en su Libro Primero (Derecho Civil Internacional) Título I (De las personas), Capítulo II (Domicilio), artículos 22 al 26, de los cuales el 24 fue reservado por Venezuela¹⁹. Este instrumento no contiene una calificación autónoma del

¹³ Sobre este supuesto, la doctrina ha destacado la incertidumbre que genera la referencia al “domicilio anterior”, cuando este se desconoce. Véase, Barrios, Haydée, Del domicilio, en: *RFCJPUCV*, 2000, No. 117, p. 45.

¹⁴ <https://bit.ly/49rk9bH>

¹⁵ Respecto al artículo 2 de la referida convención, la República de Guatemala hizo reserva en el sentido de que no podrá invocarse como domicilio legal frente al estado de Guatemala, la simple estadía en este país, sin el cumplimiento de las normas internas establecidas para que un extranjero pueda adquirir domicilio en Guatemala. (Ver enlace de la nota al pie anterior).

¹⁶ México declaró respecto del artículo 3 que, en caso de abandono de incapaces por parte de sus representantes legales, el domicilio de aquellos se determinará con base a lo establecido por el artículo 2 de la convención. (Ver enlace de la nota al pie No. 14).

¹⁷ Suscrito en La Habana, Cuba, en 1928 y ratificado por Venezuela, Ley Aprobatoria promulgada el 23 de diciembre de 1931, depósito del instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1931 y publicado en Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.

¹⁸ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

¹⁹ De acuerdo con este artículo, el domicilio de la mujer y de los hijos no emancipados es el mismo del jefe de familia. Igual supuesto corresponde para los menores e incapacitados con respecto al domicilio del tutor o curador.

domicilio y destina la ley territorial para regir el concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general tanto de las personas físicas como jurídicas (art. 22), que por interpretación del propio código (art. 3.II) ha de asimilarse a la *lex fori*, obligando con esta remisión a la aplicación del Derecho interno.

En lo referente al domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional (art. 23). En cuanto al cambio de domicilio de las personas físicas y jurídicas, resulta aplicable la ley del tribunal si fuere el de uno de los estados interesados; en defecto de lo anterior, lo será la ley del lugar en que se pretenda haber adquirido el último domicilio (art. 25); y finalmente, para las personas que no tengan domicilio, se entenderá como tal el de su residencia o donde se encuentren (art. 26).

En lo que respecta a la LDIP, esta regula el concepto de domicilio en el Capítulo II, cuya aplicación correspondería —de acuerdo con su artículo 1 referido al orden de prelación de las fuentes— bien sea a los supuestos relacionados con los ordenamientos jurídicos de los estados parte del CB, en particular, por la remisión a la *lex fori* que hace el artículo 22 de dicho Código, o bien, en los supuestos en los que se evidencie la ausencia de tratados sobre la materia. Cabe destacar que la LDIP establece su ámbito de aplicación siempre que “se refiera al domicilio de una persona física y, en general, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales” (art. 15).

Al igual que la convención, la LDIP coincide en la utilización de la calificación autónoma para definir las categorías de domicilio establecidas en ella y, en general, no plantea incompatibilidad en cuanto: al domicilio de las personas físicas, en tanto lo ubica en el territorio del estado donde tiene su residencia habitual (art. 11); al de la mujer casada, adjudicándole domicilio propio distinto al del marido, siempre que lo hubiera adquirido conforme al artículo 11²⁰ (art. 12); y al de los funcionarios que son acreditados por organismos públicos, nacionales, extranjeros o internacionales, para los cuales desvincula su residencia habitual a la regulación prevista en la LDIP, excepción que la doctrina patria ha interpretado²¹ como el domicilio del estado que lo acredita (art. 14).

²⁰ Ver referencias al Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado y la redacción de los artículos 11 y 12, en, Hernández Bretón, Eugenio, El domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado venezolano actual, en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, 2002, No. 1, *Addendum*, pp. 150-154, especialmente p. 153. Guerra, Víctor Hugo, Artículo 12. Domicilio de la mujer casada, en: T. Maekelt et al. (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, p. 406.

²¹ Véase al respecto, Barrios, Del domicilio..., ob. cit., p. 46; Guerra, Víctor Hugo, Artículo 14. Domicilio de funcionarios, en: T. Maekelt et al. (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, p. 414; Hernández Bretón, El domicilio de las personas físicas..., ob. cit., p. 154-156.

Sin embargo, sí es evidente una discrepancia regulatoria en la que la LDIP se aparta de la convención sobre domicilio, y es en lo que atañe al domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, toda vez que la ley les atribuye un estatus autónomo al considerarlos domiciliados en el territorio del estado donde tienen su residencia habitual (art. 13), independientemente del que tengan las personas que sobre ellos ejerzan representación legal, en contraste con el artículo 3 de la convención.

Visto lo anterior, plantearse la interrogante de si convendría o no la ratificación de esta convención, no nos cabe duda de que la respuesta es sí, coincidiendo con quienes ya se han pronunciado al respecto²². De manera que, salvo en el caso del artículo 3 de la convención que resulta contradictorio con el artículo 13 de nuestra ley y en cuyo caso convendría apelar a la figura de la reserva²³, la convención sobre domicilio no plantea diferencias conceptuales con nuestras fuentes de DIP que no puedan ser salvadas a través de la mera interpretación de sus normas en el marco del sistema venezolano.

Ahora bien, en términos hermenéuticos, la ausencia entre nuestras fuentes de la convención sobre domicilio, no impide ni ha impedido que los supuestos de DIP referidos a la materia domiciliar puedan solucionarse, en tanto que el CB abarca el ámbito de los estados que sabemos son parte, en defecto de lo cual la LDIP asegura su regulación como segunda de las fuentes de DIP establecidas en el artículo 1 de dicha ley, es decir, no es estrictamente necesaria o imprescindible su ratificación. Sin embargo, y queremos hacer énfasis en esto, su ratificación es sin duda deseable a fin de ampliar el alcance de las fuentes internacionales y con ello reforzar las soluciones que no estuvieran relacionadas con los países ratificantes del CB²⁴ y sí con los de la convención: Ecuador, México, Paraguay y Uruguay.

B. Convenciones sobre derecho civil internacional

1. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III)

Esta convención (en adelante convención sobre adopción) fue aprobada durante la tercera conferencia interamericana especializada sobre derecho internacional privado en la ciudad de La Paz, Bolivia, entre los días 15 y 24 de mayo de 1984; y está vigente en nueve

²² Véase, Parra-Aranguren, Gonzalo, La segunda etapa de los tratados sobre derecho internacional privado en América (1945-1955), en: *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 534 y 535. Asimismo, Guerra, Víctor Hugo, Artículo 13. Domicilio de menores e incapaces, en: T. Maekelt et al. (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, UCV, 2005, Tomo I, pp. 410-411.

²³ En efecto, así quedó plasmado en los documentos presentados ante el Congreso venezolano de 1985, tal como lo señala Parra-Aranguren. Parra-Aranguren, La segunda etapa. ..., ob. cit., p. 534, nota No. 64.

²⁴ Sin reservas: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú; y con reservas determinadas: Bahamas, Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela.

países²⁵: Belice, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay. La misma entró en vigencia en mayo de 1988.

La convención sobre adopción contiene tanto normas materiales como de conflicto y está limitada a la adopción de menores, bajo las formas de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones que equiparen al adoptado a la condición de hijo cuya filiación esté legalmente establecida (art. 1), pudiendo extenderse su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores (art. 2) que podría ser, por ejemplo, la adopción simple. Se indica también que el o los adoptantes deben tener su domicilio en un estado parte y el adoptado, su residencia habitual en otro estado parte (art. 1). De igual manera, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, puede extenderse su ámbito de aplicación a aquellas adopciones internas, donde se manifieste la voluntad del o los adoptantes de establecer domicilio en otro estado parte después de constituida la adopción.

En cuanto a la ley aplicable, los artículos 3 y 4 establecen, respectivamente, la aplicación de la ley de la residencia habitual del adoptado y la ley del domicilio del o los adoptantes, también respectivamente. La primera, para regir la capacidad, el consentimiento y demás requisitos de fondo, así como los procedimientos y las formalidades extrínsecas; y la segunda, para la capacidad, los requisitos de edad y estado civil, el consentimiento del cónyuge (si fuere el caso) y los demás requisitos para ser adoptante.

Con relación a los efectos de la adopción, la convención establece dos soluciones: una para los casos de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines (art. 9) y otra para casos distintos a los ya mencionados (art. 10). En tal sentido, el mencionado artículo 9 somete a la ley que rige las relaciones del o los adoptantes con su familia legítima, la regulación de las relaciones —inclusive las alimentarias— entre estos y el adoptado, así como las del adoptado con la familia de su adoptante o adoptantes; asimismo, disuelve los vínculos del adoptado con su familia de origen, conservando los impedimentos para contraer matrimonio. El artículo 10 estipula la ley del domicilio del o los adoptantes para regir las relaciones entre éstos y el adoptado; mientras que para las relaciones entre el adoptado y su familia de origen, establece la ley de su residencia habitual, inmovilizando temporalmente el punto de conexión al momento de la adopción²⁶. Nótese que en esta última disposición no se hace referencia a las relaciones alimentarias.

La convención sobre adopción también plantea la posibilidad de conversión de la adopción simple en adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines, para lo

²⁵ <https://bit.ly/49rkT0t>

²⁶ Tal inmovilización temporal del punto o factor de conexión de la norma de conflicto, formal o indirecta, es particularmente útil para evitar los eventuales conflictos móviles —en este caso, de naturaleza personal— que pudieran producirse por la utilización de conexiones variables, como puede ser el domicilio o la residencia habitual de la persona.

cual es necesario el consentimiento del menor, siempre y cuando este sea mayor de 14 años (art. 13).

Con referencia a la competencia procesal, la convención otorga esta potestad a las autoridades de la residencia habitual del adoptado para el otorgamiento de la adopción (art. 15); misma que aplica para decidir sobre la anulación o revocación de la adopción, fijándola para el momento del otorgamiento de la adopción (art. 16, primer párr.). Asimismo, para la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, son competentes a elección del actor y de manera alternativa, las autoridades del estado de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción o las del estado donde tenga domicilio el o los adoptantes, o las del estado del domicilio del adoptado cuando éste tenga domicilio propio, al momento de pedirse la conversión (art. 16, segundo párr.). También confiere competencia para conocer de las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y el o los adoptantes y la familia de éste o éstos, a los jueces del domicilio del o los adoptantes, siempre que el adoptado no haya establecido domicilio propio. Ahora bien, si el adoptado ya tiene domicilio propio, la competencia recae, a opción del actor, en el juez del domicilio del adoptado o del o los adoptantes (art. 17).

Las razones que pudieron haber incidido en su momento para que la convención sobre adopción no fuera en su momento ratificada por Venezuela, podrían enmarcarse en las siguientes consideraciones, algunas de las cuales pueden deducirse de los comentarios de la doctrina patria²⁷: (i) la diferenciación del derecho aplicable al adoptante o adoptantes y al adoptado, previendo la aplicación del domicilio y de la residencia habitual, respectivamente, y la consecuente diferenciación de sus respectivas calificaciones; si bien hoy día no existe tal diferencia entre uno y otro, en razón del artículo 11 de la LDIP que equipara ambos conceptos; (ii) el tratamiento dispar que se da a las relaciones alimentarias para casos de adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines frente a otras formas de adopción internacional de menores distintas a las anteriores, estipulando la inclusión de tales relaciones para el primer grupo y omitiéndolas para el segundo, donde pudiera estar incluida la adopción simple, para entonces, permitida en Venezuela; (iii) la omisión de la regulación sobre patria potestad.

Actualmente, Venezuela cuenta con varias fuentes en materia de adopción internacional. En el ámbito internacional, el CB, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño²⁸, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional²⁹; y en el ámbito nacional, la Constitución de la República

²⁷ Véase, Barrios, Haydée, *La adopción en el derecho interno y en el derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 213-228.

²⁸ Gaceta Oficial No. 34.541, 29 de agosto de 1990.

²⁹ Gaceta Oficial No. 36.060, 8 de octubre de 1996.

Bolivariana de Venezuela³⁰ (en adelante CRBV), la LDIP y la Ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes³¹ (en adelante LOPNNA).

El CB, en su Libro Primero, Título I, Capítulo VIII, regula la adopción en los artículos 73, 75, 76 y 77 (Venezuela reservó el 74). En este contexto, destaca la norma de conflicto contenida en el artículo 73, que establece la aplicación distributiva de la ley personal de los interesados, es decir, del adoptante y del adoptado, que resulta concordante con el artículo 25 de la LDIP.

Al ratificar Venezuela la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño en 1990, son asumidas ciertas directrices de alcance general, establecidas en los artículos 9 y 11, y otras de alcance especial previstas en los artículos 20 y 21. A partir de entonces, nuestra legislación interna se inspira y adecúa a tales directrices³² y así son reflejadas en la CRBV (arts. 75 y 78), la LDIP (art. 25) y la LOPNNA (arts. 26, 27, 80, 394, 395, 396, 406 al 429), todas alineadas a un solo tipo de adopción, que es la plena. Cabe destacar que el referido Convenio de La Haya de relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional celebrado en 1993, también se inspira en los principios establecidos en la Convención de Naciones Unidas.

Tras revisar las concordancias entre las fuentes venezolanas vigentes y la convención sobre adopción, y evaluar la conveniencia o no de incorporarla a nuestro sistema, nos inclinamos por desaconsejar su ratificación. Esta convención se remonta a 1984, es decir, a 5 años antes de la firma y a 6 años antes de la vigencia de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, la cual contiene en materia de adopción, principios de alcance universal de derechos humanos, que si bien no son soluciones estrictamente *internacional iusprivatistas*, evidentemente superan en calidad a las previstas en la convención interamericana. Efectivamente, ese desfase temporal se evidencia en las soluciones que la convención interamericana contempla, que hacen notable que sus preceptos no están basados en los lineamientos establecidos en el instrumento universal de las Naciones Unidas, como sí lograron hacerlo la CRBV, la LDIP y la LOPNNA.

Por otra parte, conviene destacar que todos los países que ratificaron la convención sobre adopción, también forman parte de la Convención de Naciones Unidas. De manera que no recomendamos la ratificación del mencionado cuerpo normativo.

³⁰ Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario, 24 de marzo de 2000, enmendada el 15 de febrero de 2009 publicada en Gaceta Oficial No. 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009.

³¹ Gaceta Oficial No. 5.859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

³² Ver detalles en, Barrios, Haydée, Adecuación de la legislación venezolana en materia de adopción internacional a los tratados o convenciones internacionales vigentes para Venezuela, en: *Liber Amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Tomo I, pp. 107-130.

2. Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado (CIDIP III)

La Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el derecho internacional privado (en adelante convención sobre personas jurídicas) también fue aprobada en el marco de la CIDIP III. Este instrumento vino a llenar un vacío importante dentro de las fuentes interamericanas, al abordar de manera específica el estatuto personal de las personas jurídicas, materia que hasta entonces había sido tratada de forma dispersa en los ordenamientos internos y en algunos textos internacionales, pero sin una sistematización uniforme que facilitara la circulación de entidades jurídicas en el espacio regional. A diferencia de otras CIDIP, su recepción por parte de los estados ha sido limitada, lo cual no disminuye su relevancia conceptual ni su potencial utilidad para los sistemas jurídicos nacionales.

El texto de la convención consta de 17 artículos, cuyo núcleo esencial se encuentra en los primeros 6, dedicados a la determinación de la personalidad, la capacidad y los efectos del reconocimiento de las personas jurídicas constituidas en otro estado parte y los actos realizados por las mismas. La convención delimita su ámbito de aplicación a las personas jurídicas de carácter privado, excluyendo expresamente a las entidades de derecho público y a aquellas cuya existencia derive directamente de prerrogativas estatales. Asimismo, adopta una calificación autónoma de persona jurídica, siguiendo la línea metodológica presente en otros instrumentos interamericanos, lo cual permite evitar remisiones conflictuales y asegurar una interpretación uniforme entre los estados parte (art. 1).

El artículo 2 consagra el principio rector del instrumento: la personalidad y capacidad de las personas jurídicas se rigen por la ley del estado en el cual hayan sido constituidas. Este criterio, conocido como *lex societatis*, coincide con la tendencia predominante en el DIP contemporáneo.

En cuanto al reconocimiento y ejercicio de actividades en otros estados, se dispone que las personas jurídicas constituidas en un estado parte serán reconocidas en los demás, salvo que su existencia o fines sean manifiestamente contrarios al orden público del estado requerido (art. 3). Esta cláusula reproduce el esquema clásico de reconocimiento automático sujeto únicamente a la excepción de orden público internacional, entendida como un mecanismo de protección *a posteriori*. El artículo 3 complementa la regla del artículo 2 al establecer que la prueba de la existencia de la persona jurídica se acreditará conforme a la ley del estado de constitución, lo cual facilita su reconocimiento en los demás estados parte.

En cuanto al ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas (capacidad de obrar), la convención los somete a la ley del estado parte donde se realicen tales actos (art. 4). Además, a las personas jurídicas constituidas en un estado, que pretendan establecer una sede efectiva en otro estado parte, se le pueda obligar a cumplir con los requisitos legales que imponga el estado donde se pretenda actuar (art. 5). Ambas soluciones equilibran la libertad de circulación con la potestad regulatoria de cada estado.

Los artículos restantes contienen las cláusulas finales típicas de las convenciones interamericanas: firma, ratificación, adhesión, declaraciones interpretativas, entrada en vigor, aplicación en estados con múltiples unidades territoriales, denuncia y depósito del instrumento.

Desde la perspectiva venezolana, la compatibilidad de la convención sobre personas jurídicas con las fuentes nacionales de DIP es evidente. El CB presenta una notable concordancia con las soluciones adoptadas por la convención, especialmente si tomamos en cuenta que el CB fue redactado más de 50 años antes. En efecto, aunque el CB mantiene un sistema más fragmentado y menos sistemático, sus artículos 31 a 35 consagran principios que coinciden sustancialmente con el eje rector de la convención. Así, el artículo 33 del CB establece que la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiere creado o reconocido, lo cual reproduce el criterio de la *lex societatis* consagrado en el artículo 2 de la convención.

De igual modo, el artículo 32, al someter el concepto y reconocimiento de las personas jurídicas a la ley territorial, no se opone al mecanismo de reconocimiento previsto en la convención, pues ambos instrumentos admiten la posibilidad de negar efectos cuando concurren razones de orden público internacional. Incluso, la distinción que hace el CB entre corporaciones, fundaciones y asociaciones no contradice el esquema de la convención, sino que refleja una técnica legislativa distinta para alcanzar resultados compatibles. En suma, el CB no solo no presenta incompatibilidades con la convención, sino que comparte con ella los principios esenciales que rigen la existencia, personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el ámbito internacional.

Otra fuente internacional para tomar en cuenta es el Protocolo sobre personalidad jurídica de las compañías extranjeras³³, el cual constituye una fuente internacional de aplicación bilateral entre Venezuela y Estados Unidos, únicos Estados que lo ratificaron. Su finalidad es más limitada que la de la convención puesto que se concentra en garantizar la capacidad procesal de las sociedades extranjeras en el territorio del otro estado parte. El Protocolo establece que una persona jurídica constituida conforme a la ley de uno de los estados parte podrá comparecer en juicio —como demandante o demandada— en el territorio del otro, aun cuando no tenga en él asiento, sucursal o representación social³⁴. Esta regla asegura el acceso a la justicia y evita que la falta de presencia formal en el territorio impida la defensa de derechos o el cumplimiento de obligaciones. El Protocolo no regula la capacidad sustantiva ni la ley aplicable al estatuto personal, por lo que no interfiere con la *lex societatis*. Su contenido es plenamente compatible con la convención, a la cual complementa al garantizar un mínimo funcional de reconocimiento para fines procesales.

³³ Suscrito en Washington (EE.UU.), en 1936, con aprobación legislativa de fecha 17 de junio de 1937, y ratificación ejecutiva en fecha 31 de julio de 1937, depósito del instrumento de ratificación el 23 de septiembre de 1937.

³⁴ Madrid Martínez, Claudia, Breves consideraciones sobre el derecho aplicable a la capacidad procesal de las personas jurídicas, en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, 2002, No. 1, *Addendum*, p. 254.

En lo que respecta a la LDIP venezolana, la regulación de las personas jurídicas se encuentra concentrada en un único precepto, el artículo 20, el cual dispone que la existencia, la capacidad, el funcionamiento y la disolución de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por el derecho del lugar de su constitución, entendiendo por tal aquel en donde se cumplan los requisitos de forma y fondo exigidos para su creación. Esta solución coincide plenamente con el principio rector de la convención sobre personas jurídicas: la *lex societatis* como criterio determinante para la regulación del estatuto personal de las entidades privadas. Adicionalmente, la LDIP, al igual que la convención, opta por una calificación autónoma del lugar de constitución, evitando remisiones conflictuales y asegurando una mayor coherencia en la determinación de la ley aplicable.

Si bien la LDIP no desarrolla otros aspectos que sí trata la convención, relativos al reconocimiento, prueba de existencia o capacidad de obrar en otros estados, no existe contradicción alguna entre ambos instrumentos. Por el contrario, la LDIP se muestra plenamente compatible con la estructura conceptual de la convención, de modo que su eventual ratificación no implicaría ajustes normativos sustantivos en el ordenamiento venezolano, sino más bien una ampliación de sus fuentes internacionales en armonía con los criterios ya vigentes en el derecho interno.

Por otro lado, tampoco podemos dejar de mencionar el artículo 356 del CCom, el cual contiene una regulación cónsona con el Protocolo —y, por tanto, con la convención—, asegurando la misma compatibilidad al garantizar un mínimo funcional de reconocimiento para fines procesales.

Plantearse la conveniencia de que Venezuela ratifique esta convención sobre personas jurídicas conduce a una respuesta afirmativa. El instrumento no introduce criterios incompatibles con el sistema venezolano; por el contrario, refuerza y armoniza soluciones ya presentes en la LDIP, especialmente en lo relativo a la aplicación de la *lex societatis*, el reconocimiento automático sujeto a orden público y la distinción entre capacidad y requisitos administrativos. Su ratificación ampliaría el alcance de las fuentes internacionales aplicables en Venezuela³⁵. Si bien la ausencia del instrumento no ha impedido resolver los conflictos relativos a la personalidad y capacidad de personas jurídicas extranjeras, pues la LDIP ofrece soluciones adecuadas, su ratificación sería deseable para fortalecer la coherencia del sistema interamericano y facilitar la circulación de entidades jurídicas en la región.

3. Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV)

La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (en adelante convención sobre alimentos) fue aprobada en la cuarta conferencia especializada interamericana, celebrada en la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, entre el 9 y el 15 de

³⁵ Esta convención está vigente entre: Brasil, Guatemala, Nicaragua y México.

julio de 1989 y actualmente vigente en³⁶: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Ucrania.

El cuerpo normativo de esta convención abarca: ámbito de aplicación (arts. 1 al 5), derecho aplicable (arts. 6 y 7), competencia en la esfera internacional (arts. 8 al 10), cooperación procesal internacional (arts. 11 al 18), disposiciones generales (arts. 19 al 22) y disposiciones finales (arts. 23 al 33).

Respecto al ámbito de aplicación, se establece que la convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, siempre y cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro estado parte; y, adicionalmente, su aplicabilidad no solo abarca las obligaciones alimentarias respecto de menores sino además, a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o excónyuges, abarcando con ello una protección más amplia de las personas en situación de vulnerabilidad. A pesar de esa amplitud, la convención deja abierta la posibilidad a los estados de restringir su aplicación —mediante declaración— a las obligaciones alimentarias respecto de menores al momento de suscribir, ratificar o adherirse a ella (art. 1).

De la misma manera, permite instituir obligaciones alimentarias en favor de otros acreedores distintos de los menores de edad, cónyuges o excónyuges, pudiendo declarar el grado de parentesco u otros vínculos legales que determinen la calidad de acreedor y deudor de alimentos en sus respectivas legislaciones (art. 3).

Califica la figura de menor considerando como tal a quien no haya cumplido la edad de 18 años (art. 2) y recalca que toda persona tiene derecho a recibir alimentos, sin distinción de nacionalidad, raza, sexo, religión, filiación, origen o situación migratoria, o cualquier otra forma de discriminación (art. 4).

Con respecto al derecho aplicable, se presentan dos opciones para regir las obligaciones alimentarias: el ordenamiento jurídico del estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos; y el ordenamiento jurídico del estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, aplicándose finalmente aquel que resultare más favorable al interés del acreedor (art. 6).

El derecho más favorable también regirá las materias siguientes: el monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo; la determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos (art. 7).

³⁶ <https://bit.ly/4n8ho4F>

Con referencia a la competencia en la esfera internacional, serán competentes para conocer de las reclamaciones alimentarias (art. 8) y de las acciones de aumento de alimentos (artículo 9), a opción del acreedor: el juez o autoridad del estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; el juez o autoridad del estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o el juez o autoridad del estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como, posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos.

Se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia (art. 8) y serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos (art. 9).

En los artículos referentes a la cooperación procesal internacional, se observa que en el 11 se establece una serie de requisitos que deben cumplirse para que la sentencia extranjera sobre obligaciones alimentarias tenga eficacia extraterritorial en otro estado parte, a saber: la competencia internacional del juez; la traducción al idioma oficial del estado receptor; la legalización; la autenticidad; la debida notificación; la debida defensa; y que tengan el carácter de firme en el estado en que fueron dictadas. En caso de que existiere apelación de la sentencia, esta no tendrá efecto suspensivo.

Es de hacer notar que, al comparar el referido artículo de la convención sobre alimentos con respecto a la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros —ratificada por Venezuela— y el artículo 53 de la LDIP, resaltan varios aspectos: (i) no se establece como requisito la jurisdicción indirecta; (ii) no se menciona el orden público como sí lo hace esta última convención y la jurisprudencia venezolana cuando se aplica el artículo 53 de la LDIP; y (iii) que el artículo 11 de la convención interamericana sobre alimentos hace referencia a que tengan el carácter de firme en el estado en que fueron dictadas y no el carácter de cosa juzgada, debido a que las sentencias en materia de alimentos no gozan de este último efecto.

Sobre la cooperación procesal internacional, también se establecen los documentos indispensables que se deben anexar al escrito de solicitud del cumplimiento de la sentencia (art. 12). Se contemplan garantías procesales de no exigibilidad de caución a los acreedores extranjeros; el reconocimiento de beneficio de pobreza; el compromiso de los estados parte a prestar asistencia judicial gratuita cuando corresponda (art. 14). Igualmente se establece la autonomía del acto cooperacional en materia de medidas provisionales o cautelares (art. 16); y la posibilidad de ejecutar resoluciones interlocutorias y medidas provisionales dictadas en materia de alimentos —incluyendo aquellas dictadas en procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos u otros de naturaleza similar—, aun cuando hubiera recursos contra ellas en el foro de origen de dichas resoluciones y medidas (art. 17).

En las disposiciones generales es de resaltar lo establecido en el artículo 19, donde los estados parte procurarán suministrar asistencia alimentaria provisional, en la medida de sus posibilidades, a los menores de otro estado que se encuentren abandonados en su territorio (art. 22).

En las disposiciones finales, se destaca el artículo 29, que prevé que entre los estados miembros de la OEA que fueren parte de la convención y de las Convenciones de La Haya del 2 de octubre de 1973 sobre Reconocimiento y eficacia de sentencias relacionadas con obligaciones alimentarias para menores y sobre la Ley aplicable a obligaciones alimentarias, rige la convención. Venezuela no forma parte de estas convenciones de La Haya, por lo que de ratificar en un futuro la convención interamericana sobre alimentos, este sería el único tratado en la materia específica de obligaciones alimentarias.

Venezuela actualmente cuenta con dos fuentes en materia de familia, una internacional, el CB y otra nacional, la LDIP. En referencia al CB, en su Libro Primero (Derecho Civil Internacional), Título I (De las Personas), Capítulo V, regula la paternidad y filiación en los artículos 57 al 66 y en el Capítulo VI, los alimentos entre parientes en los artículos 67 y 68. No obstante, Venezuela reservó los artículos 57, 58, 62, 64, 65 y 67, limitándose su aplicación a las disposiciones contenidas en los artículos 59, 60, 61, 63, 66 y 68. Ahora bien, pese a no estar reservado, el 60 ha sido catalogado como inaplicable en tanto se funda en discriminaciones contrarias a los principios preceptuados en la CRBV³⁷.

Por tanto, de los artículos del CB que restan vigentes, entiéndase 59, 61, 63, 66 y 68, sólo el 59 y 68 se refieren al derecho de alimentos³⁸. Estos atribuyen el carácter de orden público internacional a la regla que da al hijo el derecho de alimentos, al deber de prestar alimentos, su cuantía, reducción y aumento, oportunidad en que se deben y forma de su pago, así como a las reglas que prohíben renunciar y ceder ese derecho; carácter que, en razón de la concepción apriorística del CB, remiten a la aplicación de la *lex fori*.

Por su parte, la LDIP regula las relaciones paternofiliales en el artículo 24, dentro de las cuales se deducen incluidas las obligaciones alimentarias —entendidas como obligación de manutención—, consagrando el estatuto autónomo del hijo al disponer la aplicación del derecho del domicilio de éste, concretamente de su residencia habitual en virtud del artículo 11.

Prácticamente es mínima la regulación sobre obligaciones alimentarias en las fuentes internacionales y la convención interamericana sobre alimentos proporciona una base normativa de conveniencia para el sistema de DIP, por lo que recomendamos su ratificación. Si bien

³⁷ Véase, Rodríguez, Luis Ernesto, La filiación y el sistema de derecho internacional privado venezolano, en: F. Parra Aranguren (coord.), *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, 2003, No. 12, p. 815.

³⁸ El 61 hace referencia a la prohibición de legitimar hijos no simplemente naturales; el 63 a la investigación de la paternidad y maternidad y su prohibición; y el 66 engloba la forma y circunstancias del reconocimiento de los hijos ilegítimos.

podría restringirse su aplicación a los menores —con base en el artículo 1 de dicha convención—, no hay razones para excluir del alcance de su aplicabilidad, aquellas obligaciones alimentarias que deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o excónyuges contempladas en la misma disposición. Ello, en los términos excepcionales que nuestro ordenamiento jurídico prevé para la figura de la pensión alimenticia al excónyuge en los artículos 185, ordinal 7, y 195 del CCV³⁹.

4. Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V)

Esta convención (en adelante convención sobre tráfico de menores) fue aprobada en la quinta conferencia especializada interamericana, celebrada en la ciudad de México, en marzo de 1994. Entró en vigor el 15 de agosto de 1997 y a la fecha ha sido ratificada o adherida⁴⁰ por Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay⁴¹.

Como antecedente a este convenio resaltamos la reunión de expertos convocada por el Instituto Interamericano del Niño, efectuada del 13 al 16 de octubre de 1992, en Oaxtepec, estado de Morelos, México, donde se decidió abordar tanto los aspectos penales como los civiles del tráfico internacional de menores, evitando algún solapamiento con la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (1984, CIDIP III) y la Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (1980), ambas ratificadas por Venezuela⁴².

La convención sobre tráfico de menores está estructurada en 4 capítulos, el primero de los cuales concierne a las normas generales (arts. 1 al 6), el segundo a los aspectos penales del tráfico internacional de menores (arts. 7 al 11) —no trataremos estos artículos en este reporte—⁴³; el tercero a los aspectos civiles del tráfico internacional de menores (arts. 12 al 22) y el cuarto a las cláusulas finales (arts. 23 al 35).

³⁹ Gaceta Oficial No. 2.990, 26 de julio de 1992. De acuerdo con los referidos artículos, el juez no puede decretar el divorcio sin asegurar la manutención del enfermo, cuando el divorcio estuviera fundado en la interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. Asimismo, al decretar el divorcio, puede conceder pensión alimentaria al cónyuge incapacitado para trabajar y sin medios para sufragar sus necesidades, sólo cuando no haya dado causa al juicio de divorcio fundado en unas causales expresamente indicadas.

⁴⁰ <http://bit.ly/4cNDtCf>

⁴¹ Llama la atención que esta convención no está vigente en México ni Venezuela, países que fueron los únicos que ratificaron otra de las convenciones celebradas en el marco de la CIDIP V, que es la Convención interamericana sobre derecho aplicable a contratos internacionales.

⁴² Para abundar en detalles, consúltase, Parra-Aranguren, Gonzalo, La quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP-V, México, 1994), en: *Codificación del derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, pp. 418 y 434.

⁴³ Sin embargo, consideramos que son disposiciones necesarias y que hacen de la convención un instrumento integral y de gran utilidad práctica.

Dentro de las normas generales previstas en el capítulo primero, se establece como objeto de la convención la prevención y sanción del tráfico internacional de menores, así como la regulación de los aspectos civiles y penales del mismo, fijando las obligaciones que los estados parte asumen en protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor (art. 1).

El articulado contempla calificaciones autónomas para: menor (todo ser humano inferior a 18 años); tráfico internacional (sustracción, traslado o retención, o tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos); propósitos ilícitos (incluyen, entre otros, prostitución, explotación sexual, servidumbre o cualquier otro propósito ilícito, ya sea en el estado de residencia habitual del menor o en el estado parte en el que el menor se hallara localizado); y medios ilícitos (entre otros, secuestro, consentimiento fraudulento o forzado, entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, personas o institución a cuyo cargo se halla el menor, o cualquier otro medio ilícito ya sea en el estado de residencia habitual del menor o en el estado parte en el que el menor se encuentre) — artículo 2.

Tanto los propósitos ilícitos como medios ilícitos mencionados en el artículo 2, no se establecen de manera taxativa sino enunciativa. Se mencionan ciertas conductas, dejando abierta la posibilidad de incluir otras, por ejemplo, la prostitución, la explotación sexual, el secuestro, el engaño, las acciones fraudulentas para ejercer coerción sobre el consentimiento de los progenitores o de otros miembros de la familia o de las instituciones que tienen a su cargo la responsabilidad sobre los menores, dando origen por ejemplo a las adopciones viciadas.

La convención abarca también los aspectos civiles de la sustracción, el traslado y la retención ilícitos de los menores en el ámbito internacional no previstos por otras convenciones internacionales sobre la materia (art. 3); y contempla el deber de los estados a velar por el interés del menor, procurando que los procedimientos de aplicación de la convención permanezcan confidenciales en todo momento (art. 6).

Con respecto a los aspectos civiles del tráfico internacional de menores, el derecho del estado de la residencia habitual del menor indicará quiénes son los titulares que podrán promover la solicitud de localización y restitución del menor derivada de la convención (art. 12); así como los tribunales competentes para conocer de dicha solicitud que, a opción de los reclamantes, serán las autoridades judiciales o administrativas del estado parte de la residencia habitual del menor, o las del estado parte donde se encontrare o se presume que se encuentra retenido; y, finalmente, ante razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá presentarse la solicitud en el lugar donde se produjo el hecho ilícito (art. 13).

La convención prevé mecanismos que facilitan y promueven la celeridad de los trámites judiciales y administrativos relacionados con la localización y la restitución, incluso asegurando el cuidado, custodia o guarda provisional de los menores, a través de la gestión ante la autoridad

central o las autoridades competentes (art. 14); llegando a establecer un foro de necesidad para impedir el traslado indebido del menor víctima de tráfico internacional a otro estado (art. 16).

Finalmente, establece la acción de anulación para los supuestos de adopciones u otras instituciones afines (art. 18), así como la revocación para los casos de guarda o custodia (art. 19), siempre que el origen o el fin de estas instituciones sea el tráfico internacional de menores, para lo cual tendrá competencia legislativa y administrativa o judicial, según sea el caso, el estado en donde dichas instituciones hubieran sido constituidas. Cabe destacar que, los casos de guarda o custodia son objeto de revocación y no de anulación, porque no derivan de sentencias que constituyen cosa juzgada⁴⁴.

En cuanto a la concordancia de la convención sobre tráfico de menores con otras fuentes venezolanas vigentes, internacionales y nacionales, podemos mencionar la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, y el Protocolo de venta, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía⁴⁵. Dicha convención contiene disposiciones que establecen el deber de los estados parte a adoptar medidas contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, para lo cual deberán promover la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes (art. 11), y medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35); para todo lo cual debe prevalecer el principio del interés superior del niño (art. 3, párr. 1). Resulta importante destacar que todos estos mandatos fueron acatados por la convención sobre tráfico de menores.

Por su parte, el referido Protocolo, celebrado en Washington en el año 2000, es un complemento de la Convención sobre los Derechos del Niño, y tiene como objetivo proteger a los niños de formas graves de explotación y abuso, incluyendo la venta de niños, su utilización en la pornografía y la prostitución infantil.

En relación con el tráfico de menores, este protocolo en su artículo 2 las calificaciones de lo que debe entenderse por: venta de niños (todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución); prostitución infantil (la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución); y utilización de niños en la pornografía (toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales).

⁴⁴ Véase, Parra-Aranguren, La quinta conferencia..., ob. cit., p. 430.

⁴⁵ Gaceta Oficial No. 37.355, 2 de enero de 2002.

Asimismo, el artículo 3.1 establece para los estados parte, la adopción de medidas para sancionar diferentes actividades y actos calificados como penales, los cuales son más limitados que los indicados en la convención sobre tráfico de menores, por lo que de ratificar esta convención se ampliaría el listado de supuestos regulados.

También debe considerarse la vigencia del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores —ambas ratificadas como se indicó al inicio de este apartado— aunque es de mencionar que ninguna de las dos presenta fórmulas contradictorias o incompatibles con las disposiciones de la convención sobre tráfico internacional.

En el ámbito de las fuentes internas podemos señalar la inexistencia de disposiciones sobre el tema en la LDIP. De acuerdo con lo anterior, no se observa impedimento alguno la ratificación de la convención sobre tráfico de menores, tanto por la especialidad de la materia como en razón de la relevancia del principio del interés superior del menor, tan importante en la práctica para nuestros tribunales nacionales.

C. Convenciones sobre derecho procesal internacional

1. Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares (CIDIP II)

De los cuatro instrumentos de derecho procesal internacional aprobados en el marco de la CIDIP II, Venezuela ratificó sólo tres⁴⁶, dejando a un lado la Convención sobre cumplimiento de medidas cautelares (en adelante convención sobre medidas cautelares). Las razones que se han argüido para justificar su falta de ratificación han sido expuestas por autores, todas las cuales coinciden en la naturaleza jurídica de las medidas cautelares y, como consecuencia de ello, en el obstáculo que representa el medio o vía para su tramitación en el país donde pretenden cumplirse; dicho de otro modo, en la idoneidad del exequátur y del exhorto o carta rogatoria como medios de tramitación para su cumplimiento⁴⁷.

En efecto, la convención en su artículo 13, y allí reside el principal obstáculo, condiciona el cumplimiento de las medidas cautelares al trámite mediante exhorto o carta rogatoria por cualquiera de las vías conocidas para ello: particular, judicial, diplomática o consular, o autoridad central. Regulación esta que se corresponde con la concepción que enmarca las medidas

⁴⁶ Estos son, las convenciones sobre Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y sobre Prueba e información acerca del derecho extranjero, y el Protocolo adicional a la Convención sobre exhortos y cartas rogatorias.

⁴⁷ Al respecto puede consultarse, B. de Maekelt, Tatiana, Eficacia extraterritorial de las sentencias y demás actos de autoridades extranjeras, en: *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2001, No. 31, pp. 93-94; Madrid Martínez, Claudia, Ejecución de medidas cautelares dictadas en el extranjero, en: T. Maekelt (coord.), *Derecho procesal civil internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2010, pp. 401-419, especialmente, pp. 416-417; Parra-Aranguren, La segunda etapa de los tratados..., ob. cit., p. 534; y Rodríguez Reyes de Mezoa, Mirian, *La cooperación judicial internacional y la tutela judicial efectiva*, Universidad Central de Venezuela, Universidad Metropolitana, 2014, Serie Trabajos de Grado, No. 26, pp. 47-52.

cautelares dentro del ámbito de la cooperación jurídica internacional, en concreto, a la cooperación de segundo grado o cooperación cautelar; que a toda costa busca favorecer y facilitar la asistencia judicial internacional entre la jurisdicción requirente, rogante o exhortante de donde emana la medida y la requerida, rogada o exhortada donde se espera cumplirla. En contraste, en Venezuela las medidas cautelares dictadas en el marco de procesos extranjeros son consideradas sentencias que requieren del pase legal, pero al no ser definitivamente firmes, encuentran su principal escollo en la imposibilidad de ser cumplidas mediante el juicio de exequátur, el cual está limitado a decisiones que tengan cosa juzgada y no admitan recurso alguno en su contra. Se trata pues de un obstáculo conceptual que ha trabado la ratificación de esta importante convención.

Al margen de ese obstáculo, para nosotros salvable, la referida convención merece una segunda oportunidad. Esta posee un ámbito de aplicación amplio que buscó integrar la diversidad jurídica de los estados de la OEA. Esta vocación de alcance integral se manifiesta claramente en su artículo 1. Así, establece terminologías equivalentes para referirse a este tipo de sentencias (medidas cautelares, medidas de seguridad o medidas de garantía) y anuncia su ámbito material —detallado en el artículo 2⁴⁸— conceptualizándolas como “procedimientos o medios” que tiendan a “garantizar las resultas o efectos de un proceso actual o futuro”, que abarca personas, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer, tanto en procesos civiles, comerciales, laborales como penales en lo que respecta a la reparación civil; y más aún, prescribe la posibilidad de que los estados expresen declaraciones dirigidas a limitar algunos aspectos de este ámbito.

En Venezuela es claro que dicho ámbito extendido a procesos “futuros” puede ser, como se ha señalado, otro escollo para ratificar la convención sobre medidas cautelares⁴⁹. A todo evento, con fundamento en el *in fine* del mismo artículo 1, bastaría para salvar tal escollo una declaración por parte de Venezuela que limite este aspecto sólo para garantizar las resultas de procesos “actuales o pendientes” y excluya aquellos que aún no hubieran iniciado, vale decir, descartando las medidas dictadas anticipadamente. De ser este el caso, se evaluaría también limitar a través de una declaración, la posibilidad de cumplir aquellas medidas de urgencia que se dictaren antes de iniciar el proceso, aludidas en el último párrafo del artículo 10 que consagra la llamada cooperación cautelar de urgencia. Este precepto contempla un foro de necesidad mediante el cual se otorga la potestad a los jueces de los estados partes a dictar medidas conservatorias o de urgencia cualquiera que fuera la jurisdicción internacional competente, esto

⁴⁸ El artículo 2 precisa su aplicación para el cumplimiento de medidas cautelares dirigidas a garantizar “la seguridad de las personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales”, así como de “los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda o administración e intervención de empresas”.

⁴⁹ Esto no es más que el requisito de instrumentalidad que se atribuye a las medidas cautelares a partir de la interpretación de los artículos 588 y 585 del CPCV, que dan pie a la necesidad de pendencia de las medidas a un proceso en curso. En tal sentido, puede verse, Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares. . . , ob. cit., pp. 407-408. A todo evento, Madrid plantea la procedencia del orden público internacional al que puede apelar el juez venezolano frente a medidas anticipadas al proceso dictadas en el extranjero.

es, aunque carezcan de jurisdicción para conocer el fondo del litigio, a fin de garantizar los resultados de un juicio pendiente o “eventual”, siempre que la medida tenga carácter territorial, en el sentido de que el “el bien o derecho objeto de la medida” se encuentre dentro del territorio del juez que la dicta.

En otro orden de ideas, la convención establece el derecho aplicable a la materia cautelar, el cual fluctúa entre el derecho del lugar donde se lleva a cabo el proceso principal y el derecho donde se pretende cumplir la medida. Así, al derecho del lugar del proceso están sujetas: la procedencia o admisibilidad de la medida cautelar (*lex fori regit processum*) —principio recogido en las fuentes nacionales e internacionales de DIP venezolanas— (art. 3); y la sustanciación de la oposición en materia de medidas cautelares referidas a bienes (art. 5). Mientras que al derecho del lugar de cumplimiento están sometidas: la ejecución de la medida cautelar y las contracautelas o garantías (art. 3); la modificación de la medida cautelar y las sanciones por peticiones maliciosas o abusivas (artículo 4); la tercería excluyente de derechos reales sobre bienes embargados (art. 5 *in fine*), esto último, en correspondencia con el principio en materia de derechos reales establecido en las fuentes de DIP venezolanas, según el cual los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles se rigen por el derecho del lugar de situación o *lex rei sitae*; y la potestad de dictar medidas cautelares en el marco del cumplimiento de sentencias extranjeras, a petición de parte (art. 7).

Como aspecto medular, la convención sobre medidas cautelares recoge en su artículo 6 el principio de autonomía del acto cooperacional, previsto en otras fuentes internacionales de DIP venezolanas⁵⁰. A partir de ello, el cumplimiento del acto solicitado en cooperación —en este caso, de la medida cautelar— no compromete al juez requerido al reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera que se dicte en el juicio principal. Asimismo, prevé el orden público internacional en su artículo 12 concebido como excepción o concepción *a posteriori* y alineado con otras fuentes venezolanas de DIP, permitiendo al juez requerido rehusarse a cumplir las medidas cautelares que sean manifestamente contrarias a su orden público⁵¹.

Ahora bien, más allá del principal obstáculo que ha incidido en la falta de ratificación de la convención, debemos insistir en la conveniencia de ratificarla; esto, al margen de los esfuerzos interpretativos de la doctrina nacional para dar cabida a las medidas cautelares a

⁵⁰ Por ejemplo, artículo 9 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; artículo 8 de la Convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero; artículo 13 del Convenio de La Haya sobre notificación y traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial.

⁵¹ Como ejemplo de ello podemos mencionar la Convención interamericana sobre normas generales de derecho internacional privado, artículo 5, la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, artículo 17, o la Convención interamericana sobre eficacia de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, artículo 2, literal h, entre otras.

través de exhortos⁵², y de la clara ventaja que supondría ampliar el alcance de nuestras fuentes de DIP especialmente con los países de la región⁵³.

El cumplimiento de las medidas cautelares dictadas en el extranjero debe concebirse como un proceso auxiliar de la cooperación jurídica internacional, por tanto, demanda contar con un mecanismo de aplicación que facilite el curso natural de dicho proceso y evite que “la sentencia extranjera llegue demasiado tarde, cuando ya no existan posibilidades de hacerla efectiva”⁵⁴. Esta concepción encuentra fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya efectividad no se garantiza si su protección se agota a nivel nacional, es decir, en el estado del juez requirente, toda vez que la protección exige la cooperación de los otros estados, en particular, del requerido⁵⁵.

Bajo esa concepción de la cooperación jurídica internacional como fundamento del derecho a la tutela judicial efectiva, debe interpretarse la convención sobre medidas cautelares. Podrá considerarse una ratificación, en todo caso, con una declaración que limite, por ejemplo, el ámbito material a procesos actuales y no futuros, a partir del *in fine* del artículo 1 de la referida convención.

Asimismo, cabe destacar que, a partir del artículo 3 de la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias que excluye su aplicación a actos que “impliquen ejecución coactiva” y con la reserva invocada por Venezuela al literal “b” del artículo 2 *ejusdem*, que establece dentro de su alcance la recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, nuestro país restringió la aplicación de dicha convención sólo al ámbito de los actos de mero trámite señalados en el literal “a” como: notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero. Con esto, de ser ratificada la Convención interamericana sobre cumplimiento de medidas cautelares, sería esta y no la de Convención sobre exhortos o cartas rogatorias, la aplicable a la tramitación de las medidas cautelares. En este caso, la propia convención sobre medidas cautelares establece los requisitos para la tramitación del exhorto (arts. 14, 15 y 16).

⁵² Concreta y acertadamente, Madrid Martínez ha apelado a los artículos 10 del Acuerdo Boliviano, 388 del CB y 59 de la LDIP, para fundamentar la procedencia del exhorto como medio de tramitación de medidas cautelares dictadas en el extranjero, pese a reconocer que ni éste ni el exequátur responden satisfactoriamente a la naturaleza jurídica de estas medidas. Ver al respecto, Madrid Martínez, Ejecución de medidas cautelares..., ob. cit., pp. 416-417.

⁵³ La convención en cuestión se encuentra vigente en Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay, con lo cual su ratificación permitiría aplicarla como fuente directa en supuestos internacionalizados relacionados con los ordenamientos jurídicos de estos países.

⁵⁴ Tellechea Bergman, Eduardo, La dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur, en: *Curso de Postgrado sobre Derecho Internacional Privado Procesal dictado en la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, Centro de Estudios de Derecho, Universidad de la República, p. 244.

⁵⁵ Rodríguez Reyes de Mezoa, *La cooperación judicial...*, ob. cit., p. 157; Rodríguez Reyes de Mezoa, Mirian, La cooperación judicial internacional como garantía de la tutela judicial efectiva en el derecho internacional privado, en: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 2014, No. 15-Ano 13, pp. 395-416, especialmente, pp. 400-406.

2. Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (CIDIP III)

La Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (en adelante convención sobre competencia) fue la otra convención aprobada en el marco de la CIDIP III, que no fue ratificada por Venezuela. Este instrumento surge como complemento necesario de la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1979, cuyo artículo 2, inciso d), exigía la existencia de criterios uniformes de competencia internacional para evitar conflictos entre los estados parte. La convención sobre competencia responde precisamente a esa necesidad, al establecer parámetros comunes que permitan determinar cuándo una sentencia extranjera ha sido dictada por un órgano jurisdiccional internacionalmente competente, requisito indispensable para su reconocimiento y ejecución en otro estado parte. Su finalidad es, por tanto, asegurar una mayor previsibilidad y coherencia en la cooperación judicial interamericana, reduciendo la posibilidad de denegación de justicia y fortaleciendo la circulación de decisiones judiciales en la región.

El texto consta de 16 artículos, cuyo núcleo esencial se encuentra en los primeros 6. El artículo 1 establece los criterios de competencia internacional en función de la materia, distinguiendo entre acciones personales de naturaleza patrimonial, acciones reales sobre bienes muebles corporales, acciones reales sobre bienes inmuebles y acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales. En todos los casos, la convención adopta un enfoque basado en la conexión razonable entre el litigio y el estado cuyo tribunal dictó la sentencia, privilegiando elementos como el domicilio o residencia habitual del demandado, el establecimiento principal de las personas jurídicas, la localización de los bienes o la existencia de acuerdos de elección de foro válidamente celebrados.

La convención introduce una cláusula excepcional que permite reconocer competencia cuando ello sea necesario para evitar una denegación de justicia, lo cual evidencia la orientación garantista del instrumento (art. 2); regula la competencia en materia de contrademandas (art. 3); reconoce la posibilidad de negar eficacia extraterritorial a sentencias que invadan competencias exclusivas del estado requerido (art. 4); exige, adicionalmente al carácter de cosa juzgada, que la sentencia sea susceptible de reconocimiento o ejecución en el estado de origen, reforzando la coherencia interna del sistema; delimita el ámbito material de aplicación de la convención, excluyendo materias tradicionalmente reservadas a regímenes especiales, como estado civil, familia, sucesiones, quiebras, liquidación de sociedades, arbitraje, responsabilidad extracontractual y cuestiones laborales o de seguridad social (art. 6).

Los artículos restantes contienen las cláusulas finales típicas de las convenciones interamericanas: firma, ratificación, adhesión, declaraciones interpretativas, entrada en vigor, aplicación en estados con múltiples unidades territoriales, denuncia y depósito del instrumento.

Desde la perspectiva venezolana, la convención sobre competencia resulta plenamente compatible con el sistema de fuentes de DIP vigente en el país. Dos fuentes internacionales deben ser reportadas en este punto: el Acuerdo sobre ejecución de actos extranjeros de 1911 o Acuerdo Boliviano y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

La correspondencia de la convención con el Acuerdo Boliviano es evidente, pese a la distancia temporal y metodológica entre ambos instrumentos. El Acuerdo Boliviano ya exigía, en su artículo 5, que las sentencias extranjeras sólo surtieran efectos si habían sido dictadas por un “tribunal competente en la esfera internacional”, pero no definía qué debía entenderse por tal competencia, dejando ese juicio a la apreciación del estado requerido. La convención sobre competencia viene precisamente a llenar ese vacío histórico al establecer criterios uniformes y objetivos —domicilio del demandado, establecimiento principal de la persona jurídica, localización de bienes, acuerdos de elección de foro y conexiones razonables— que permiten determinar cuándo un tribunal extranjero puede considerarse internacionalmente competente. En este sentido, la convención no contradice el Acuerdo Boliviano, sino que lo perfecciona, al proporcionar los parámetros que aquel tratado asumía implícitos, pero nunca desarrolló, fortaleciendo así la coherencia del sistema interamericano de reconocimiento de sentencias.

La correspondencia entre la convención sobre competencia y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros es directa y estructural, pues como señalamos al principio de este apartado, la primera fue concebida precisamente para complementar y operacionalizar el inciso d) del artículo 2 de la segunda, relativo a la verificación de la competencia internacional del tribunal de origen. Mientras la convención de 1979 establece los requisitos generales para el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras —autenticidad, notificación válida, defensa, cosa juzgada y compatibilidad con el orden público—, deja abierta la determinación del criterio de competencia internacional, remitiéndolo a la “ley del estado donde deban surtir efecto”.

La convención sobre competencia llena ese vacío al fijar parámetros uniformes que los estados parte deben considerar satisfechos para entender que el tribunal extranjero era internacionalmente competente: domicilio o residencia habitual del demandado, establecimiento principal de la persona jurídica, localización de bienes, acuerdos de elección de foro y conexiones razonables con el litigio. De este modo, ambas convenciones funcionan como un sistema integrado: la convención sobre eficacia establece el marco general del reconocimiento, mientras que la convención sobre competencia define el elemento más conflictivo y variable

del sistema —la competencia internacional—, reduciendo la incertidumbre y fortaleciendo la circulación de decisiones judiciales en el espacio interamericano.

Por su parte, la LDIP regula el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en sus artículos 53 a 55, estableciendo como requisito esencial que el tribunal de origen haya sido internacionalmente competente conforme a los criterios venezolanos. La convención sobre competencia, al fijar parámetros objetivos y uniformes de competencia internacional, no contradice este esquema, sino que lo complementa, al ofrecer un marco común que facilita la cooperación judicial con los estados parte. Además, la LDIP admite la eficacia de acuerdos de elección de foro y reconoce la importancia del domicilio y la localización de bienes como factores de competencia (jurisdicción en el léxico de la LDIP), elementos que coinciden con los criterios previstos en el artículo 1 de la convención. En consecuencia, la eventual ratificación de este instrumento por parte de Venezuela no implicaría modificaciones sustantivas en el ordenamiento interno, sino que ampliaría el alcance de sus fuentes internacionales y reforzaría la seguridad jurídica en materia de reconocimiento de sentencias extranjeras, especialmente en el ámbito patrimonial y mercantil.

A pesar de que esta convención sólo se encuentra actualmente vigente entre México y Uruguay, su contenido técnico y su coherencia sistemática con el resto del sistema interamericano justifican plenamente promover su ratificación por los demás estados de la región. La convención ofrece criterios claros, modernos y uniformes de competencia internacional que fortalecen la cooperación judicial y reducen la incertidumbre en el reconocimiento de sentencias, un aspecto crucial para la seguridad jurídica y la integración regional. En este sentido, un paso adelante por parte de Venezuela —cuyo ordenamiento interno ya es plenamente compatible con las soluciones del instrumento— podría servir como referencia y estímulo para otros estados, reactivando la vocación integradora de las CIDIP y otorgando a esta convención el alcance práctico que su diseño técnico merece.

D. Convención sobre derecho comercial internacional

1. Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera (CIDIP IV)

La regulación del contrato de transporte internacional terrestre representa la cuestión de menor éxito en el proceso de codificación del DIP a cargo de la OEA. La Convención interamericana sobre contrato de transporte internacional de mercadería por carretera (en adelante convención sobre transporte de mercadería), suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989 en el marco de la CIDIP IV, a la fecha no ha sido ratificada por ningún país. Se suma a esto, el hecho de que los esfuerzos que se encomendaron posteriormente a la CIDIP VI (Washington, 2002) para presentar documentación uniforme sobre la referida convención de 1989 —incluyendo un protocolo adicional sobre conocimiento de embarque o carta de porte—

y que derivaron en dos instrumentos uniformes: Carta de porte directa uniforme interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera, en sus dos versiones de carta de porte “negociable” y “no negociable”, tampoco han tenido repercusión práctica.

Así, no ha bastado el esquema de codificación de *hard law* en el que estuvo enmarcada la convención —por cierto, absolutamente sustantivista, en contraste con las convenciones interamericanas que incluyen pluralidad metodológica adoptando normas materiales y conflictuales⁵⁶— ni de *soft law*, mismo que representan los dos instrumentos de cartas de porte negociable y no negociable, para lograr zanjar las profundas diferencias, intereses y prácticas comerciales existentes entre los países del sistema interamericano. La propia aprobación de estos instrumentos uniformes, que están destinados a ser utilizados directamente por las partes involucradas en el contrato de transporte, denotan en sí mismos, por un lado, la existencia de dos modalidades prácticas distintas para el transporte regidas por derechos opuestos⁵⁷ y, por otro, el esfuerzo por lograr una solución transaccional que conciliara tales diferencias⁵⁸.

La convención sobre transporte de mercadería, tal como se ha señalado, “representa un intento serio y sistemático de regular materialmente aspectos principales del contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera”⁵⁹; principalmente, lo que es el elemento medular del contrato de transporte que es la responsabilidad de las partes. La convención en cuestión reguló este aspecto (arts. 12 al 14), así como una serie de calificaciones autónomas (art. 1), el ámbito de aplicación (art. 2), la documentación requerida y, en particular, el conocimiento de embarque (arts. 3 al 11), la jurisdicción competente (art. 15), el arbitraje (art. 16) y las cláusulas de rigor contenidas en las convenciones interamericanas (arts. 17 al 24).

⁵⁶ La ausencia de normas de conflicto subsidiarias para regular el derecho aplicable a los vacíos normativos de esta convención —que sí estaban previstas en el anteproyecto de la convención, pero fueron suprimidas por la Comisión II, por considerarlo prematuro en tanto la misma comisión trabajaría lo que sería la futura convención sobre derecho aplicable a los contratos internacionales— ha sido identificada como una de las cuestiones que debían abordarse en desarrollos posteriores, como un protocolo adicional a la convención. Véase al respecto, Solari Barrandeguy, Marcelo, El transporte internacional de mercaderías por carretera en la CIDIP-IV, en: *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, 1989, Vol. A12, Nos. 49-50, pp. 144-145; asimismo, Vázquez Pando, Fernando Alejandro, La Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercadería por Carretera, en: *Revista de Derecho Privado*, 1992, No. 7, pp. 144-145.

⁵⁷ En efecto, en la carta de porte no negociable, su interpretación, validez, cumplimiento y ejecutabilidad se rige por “las leyes (excepto la ley de conflicto) del primer país en que el primer transportista efectivo haya tomado posesión física de toda o parte de la mercadería” (artículo 17); mientras que en la negociable, la validez, ejecución, cumplimiento, interpretación y responsabilidades emergentes lo están por “la ley del país del destino final de las mercaderías (salvo las normas de conflicto), donde las mismas se entregaron o debieron ser entregadas de acuerdo con lo pactado” (art. 17). Es decir, una está sujeta a la ley de expedición y la otra a la ley de destino. Los aspectos que representaron mayor discusión de estos instrumentos pueden verse en: Fresno de Aguirre, Cecilia, Carta de porte uniforme interamericana para el transporte internacional de mercaderías por carretera. Dificultades y logros en CIDIP-VI, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado*, 2003, No. 5, pp. 43-59.

⁵⁸ Los países norteamericanos originarios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Estados Unidos, Canadá y México) utilizan cartas de porte no negociables, que son documentos que encierran el contrato de transporte y el recibo de las mercaderías transportadas que deben ser entregadas directamente al consignatario; son intransferibles a terceros en tanto no constituyen títulos de propiedad. Por el contrario, las negociables son títulos que representan la propiedad de las mercaderías, por lo que pueden ser transferidas mediante endoso incluso estando en tránsito, y son predominantemente utilizadas en el transporte terrestre por los países sudamericanos.

⁵⁹ Vázquez Pando, La Convención Interamericana sobre Contrato..., ob. cit., p. 145.

Sin embargo, ratificar la referida convención no tiene sentido alguno, puesto que la falta de ratificaciones ha impedido su entrada en vigor. Por su parte, el panorama que ofrece el CB luce poco alentador. Este regula el contrato de transporte terrestre en los artículos 259 y 260, previendo para ello en el primer precepto, la aplicación de “la ley que le corresponda según su naturaleza”, cuestión que abre un amplio como incierto abanico de interpretaciones para el operador jurídico; y, en el segundo precepto, prevé la aplicación de la ley del lugar en que se produzcan los hechos que las originen para los plazos y formalidades para el ejercicio de las acciones derivadas del contrato que no estuvieran previstos en éste.

Frente a esto, sería sensato que el estado venezolano recomendara a través de sus órganos competentes a empresas de transporte radicadas en Venezuela, la adopción de los instrumentos uniformes de cartas de porte, negociables y no negociables, para ser utilizadas a interés de las partes contratantes según la modalidad que estas establezcan. Con ello, se dispondría de reglas claras para el transporte de mercaderías por vía terrestre, aunque estamos conscientes de la incertidumbre jurídica que ello plantea, tomando en cuenta que el uso de uno u otro instrumento dependerá de la región a la cual pertenezca el transportista.

III. Notas de cierre

El recorrido realizado a lo largo de este trabajo nos permite constatar que las 8 convenciones especializadas interamericanas suscritas pero no ratificadas por Venezuela han permanecido en un verdadero limbo normativo, cuya existencia no se explica por incompatibilidades técnicas insalvables, sino por una combinación de factores institucionales, políticos y de política exterior que han ralentizado la participación del país en los procesos de codificación del DIP en el ámbito interamericano. Ese limbo, más que un simple estado de suspensión, ha tenido efectos concretos en la capacidad del sistema venezolano de DIP para armonizarse con las tendencias regionales y responder adecuadamente a la creciente internacionalización de las relaciones privadas.

Consideramos que no deben cesar los esfuerzos orientados a la codificación gradual y progresiva del DIP a través de conferencias especializadas, al margen de que esta se solape con el sistema de codificación *soft law* hacia donde apuntan actualmente los trabajos del Comité Jurídico Interamericano. En retrospectiva, realizar un repaso por las convenciones que no han sido ratificadas por Venezuela con miras a evaluar su posible ratificación, involucra un ejercicio necesario para seguir avanzando en la consolidación del sistema jurídico venezolano de DIP, el cual ha experimentado una desaceleración desde 1996, oportunidad en que se ratificó el último instrumento⁶⁰.

⁶⁰ Se trata de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores (CIDP IV, Montevideo, 1989), Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 5.070 Ext. de fecha 28 de mayo de 1996.

Asimismo, no podemos pasar por alto el esfuerzo de los doctrinarios venezolanos por impulsar el proceso de codificación del DIP, nacional e internacionalmente. Es el caso de la profesora Claudia Madrid quien, en 2009, propuso un proyecto de convención interamericana sobre la responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios en el derecho internacional privado, después de haber analizado la heterogeneidad de las soluciones en el campo de los servicios. Este proyecto de convención de la profesora Madrid contiene normas para determinar tanto jurisdicción como derecho aplicable, por lo que esta reseña representa una oportunidad para retomar el tema en el ámbito regional⁶¹.

A partir de estos dos ejes —la necesidad de retomar el impulso codificador y el reconocimiento del aporte doctrinario venezolano—, el análisis realizado permite afirmar que la mayoría de las convenciones examinadas no presentan incompatibilidades sustantivas con el sistema venezolano de DIP. Por el contrario, en muchos casos ofrecen soluciones más modernas, claras o armonizadas con las tendencias contemporáneas del DIP en las Américas. La LDIP, como pieza central del sistema venezolano, muestra una notable compatibilidad con varios de estos instrumentos, lo que facilitaría su eventual incorporación mediante reservas puntuales o interpretaciones sistemáticas.

Si bien la ausencia de ratificación no ha impedido que el ordenamiento venezolano disponga de mecanismos para resolver los supuestos que estas convenciones regulan, su incorporación ampliaría el alcance de las fuentes internacionales aplicables y reforzaría la coherencia del sistema. En un país cuya diáspora ha generado un volumen sin precedentes de situaciones jurídicas transfronterizas —en materia de familia, obligaciones, capacidad, medidas cautelares, adopción, entre otras—, la adhesión a instrumentos interamericanos contribuiría a evitar vacíos normativos y a ofrecer respuestas más uniformes y previsibles.

Finalmente, superar el limbo en el que han quedado estas convenciones no es solo un ejercicio de actualización normativa, sino un paso necesario para reinsertar a Venezuela en el diálogo jurídico interamericano y fortalecer un sistema de DIP capaz de responder adecuadamente a las exigencias de un mundo crecientemente interconectado. La revisión realizada constituye, así, un llamado a retomar la senda de la codificación gradual y progresiva, a valorar el aporte de la doctrina nacional y a reconocer que la modernización del DIP venezolano pasa necesariamente por reconstruir sus vínculos con los instrumentos multilaterales que han guiado la evolución del derecho internacional privado en la región durante las últimas cinco décadas.

⁶¹ El texto del proyecto de convención puede verse en: Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos internacionales*, Caracas, ACPS, Serie Tesis No. 4, 2009, pp. 401-408.

Otras consideraciones sobre el artículo 151 CRBV con ocasión de la reciente Ley Orgánica de Hidrocarburos

Javier L. Ochoa Muñoz*

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 437-473.

Resumen

Este trabajo analiza las interpretaciones formuladas para flexibilizar la “cláusula de reserva” del artículo 151 de la CRBV con ocasión de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos de 2026, la cual permite el arbitraje en contratos petroleros. El autor sostiene que una interpretación literal de dicho artículo actuaría como un “cepo jurídico” que impide renunciar a la jurisdicción y a la ley venezolanas en los contratos de interés público, lo que invalidaría la posibilidad de someter las controversias a tribunales (judiciales o arbitrales) o leyes extranjeras. Al considerar que las tesis tradicionales son técnicamente débiles e insuficientes ante las exigencias de la seguridad jurídica, y que la norma es un anacronismo que contradice otros principios y normas constitucionales, se propone una interpretación correctiva que desplace la noción de “naturaleza del contrato” hacia la “naturaleza práctica del negocio”.

Abstract

This paper analyzes the interpretations aimed at streamlining the “reserve clause” of Article 151 of the CRBV in light of the new 2026 Hydrocarbons Act, which permits arbitration in oil contracts. The author contends that a literal interpretation of said article would act as a “legal trap” that prevents waiving Venezuelan jurisdiction and law in public interest contracts, thereby invalidating the possibility of submitting disputes to foreign courts (judicial or arbitral) or laws. Considering that traditional theories are technically weak and insufficient to meet the demands of legal certainty, and that the provision is an anachronism that contradicts the other State's goals, a corrective interpretation is proposed. This approach shifts the focus from the “nature of the contract” toward the “practical nature of the deal”.

Palabras clave

Artículo 151 CRBV. Ley de Hidrocarburos. Arbitraje internacional. Contratos de interés público. Inmunidad de jurisdicción.

Keywords

Article 151 CRBV. Hydrocarbons Act. International arbitration. Public interest contracts. Jurisdictional immunity.

Contenido

Introducción. I. Algunas consideraciones históricas. II. Los debates del constituyente de 1999 y la exposición de motivos de la CRBV. III. Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para escapar del rigor de la norma. A. Restricción de la noción de “contratos de interés público”. B. La interpretación (inversa) de la excepción sobre la naturaleza de los contratos. C. La vinculación del precepto con la noción de inmunidad de jurisdicción relativa. D. La invocación del principio de promoción del arbitraje. IV. La interpretación correctiva como vía de solución. Conclusiones.

* Profesor de Derecho internacional privado (UCV) y Derecho procesal civil internacional (UCAB). Magister en Derecho internacional privado y comparado (UCV), Doctor en Ciencias Mención Derecho (UCV). Email: javierochoa@bora.legal

Previo. Al Maestro y Amigo

Es un privilegio, además de un acto (incompleto) de profunda gratitud, dedicar las siguientes consideraciones al gran Maestro Didier Operti Badán.

En el marco de este merecido homenaje, las próximas páginas no solo pretenden contribuir al debate jurídico, sino testimoniar el afecto y la admiración hacia quien ha hecho de nuestra disciplina una herramienta de diálogo y civilidad.

Didier es, para quienes hemos tenido la fortuna de conocerle, mucho más que una figura insigne del Derecho internacional privado continental; es un referente ético. En lo personal, me une a él una amistad que atesoro, cimentada en su generosidad intelectual y en una sensibilidad humana poco común.

Para los venezolanos, Operti ha sido siempre un aliado y un observador comprometido.

Su preocupación por Venezuela no ha sido una postura de ocasión, sino una ocupación genuina y activa. Su corazón y sus acciones han estado cerca de nosotros, ofreciendo esa luz que solo poseen quienes comprenden que el Derecho carece de sentido, si no se vuelca al servicio de la libertad, la justicia, la dignidad humana y el bienestar general.

El tema que aquí se desarrolla, estoy seguro, no le es ajeno. Me aventuro a presentarlo sabiendo que, aun en la muy posible discrepancia con mis planteamientos, estas líneas podrían encontrar eco en el pensamiento crítico que lo caracteriza. La apertura al debate y la revisión sin vacilaciones de los paradigmas, definen su magisterio en gran medida.

Vaya este modesto aporte como un reconocimiento a su figura, con el honor que supone escribir para un Maestro de maestros que, desde Montevideo, ha sabido ser ciudadano ejemplar de toda nuestra “Gran Comarca”...

Introducción

La reciente reforma de la Ley Orgánica de Hidrocarburos venezolana, promulgada el 29 de enero de 2026, intenta flexibilizar el marco regulatorio para la inversión extranjera.

Entre las reformas orientadas a tal fin, despunta la norma sobre “resolución de controversias” (art. 8)¹. Esta disposición no solo faculta al Estado y sus entidades la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos de actividades petroleras, sino que excluye expresamente el

¹ Art. 8. “En los contratos para la realización de las actividades reguladas en esta Ley las partes podrán acordar que las dudas y controversias de cualquier naturaleza, suscitadas con motivo de la realización de dichas actividades y que no puedan ser resueltas amigablemente por las partes, **podrán ser decididas** por los Tribunales competentes de la República o **mediante mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo mediación y arbitraje**.

El Ministerio con competencia en materia de hidrocarburos, en consulta con la Procuraduría General de la República, fijará los lineamientos generales para establecer las cláusulas de resolución de controversias a las que hace referencia este artículo. **Las cláusulas acordadas conforme a dichos lineamientos no requerirán la opinión o autorización prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Ley de Arbitraje Comercial**”. (Resaltado nuestro).

requisito de opiniones o autorizaciones previas contempladas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y en la propia Ley de Arbitraje Comercial.

Con ello, se reaviva un prolongado y amplísimo debate sobre la interpretación del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), acertadamente calificado como “cláusula de reserva”², cuyo texto es el siguiente:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Si bien dicho debate parece haber quedado superado por nuestra doctrina y jurisprudencia (incluyendo la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional), acogiendo una visión flexible que permite someter a arbitraje ciertos contratos de interés público esencial, tales posturas se han construido sobre argumentaciones que no consideramos suficientemente plausibles.

Adicionalmente, al menos hasta el año 2005, se reportaba “una tendencia general por parte de los funcionarios públicos a negar la posibilidad de incluir cláusulas de arbitraje internacional en los contratos que celebran con particulares, producto de una errónea interpretación del artículo 151 de la Constitución de 1999”³. Es destacar también que en el comunicado oficial del gobierno de Venezuela del 24 de enero de 2012 a los efectos de justificar la denuncia del Convenio CIADI, se expresó que el texto de esta norma “invalida las disposiciones del convenio”. Entre nuestra doctrina más reciente, Eugenio Hernández-Bretón, reconoce que las dificultades no están resueltas y que: “El artículo 151 seguirá siendo fuente de discusiones con respuestas muy poco precisas. El debate será más político y ‘circunstancial’ que jurídico”⁴.

En efecto, una interpretación de la norma atada rígidamente a su literalidad y sintaxis, incluso a su propósito original, se podría convertir en un cepo jurídico que asfixie las fuerzas productivas del país. Este razonamiento conduciría a una conclusión inevitable: la inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos y de todo acto del Estado que pretenda derivar contratos de interés público hacia jurisdicciones o leyes distintas a las nacionales.

² Boscán de Ruesta, Isabel, La Inmunidad de jurisdicción en los contratos de interés público, en: *Revista de Derecho Público*, 1983, No. 14, pp. 23-46, esp. pp. 38-45.

³ Huen Rivas, Margot Y., El arbitraje internacional en los contratos administrativos, en: AA.VV., *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”. Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Caracas, FUNEDA, 2005, Vol. I, pp. 403-455, esp. p. 428.

⁴ Hernández-Bretón, Eugenio, La inmunidad (de jurisdicción) de la República en el arbitraje (comercial) internacional en el marco de la Constitución de Venezuela de 1999, en: AA.VV., *Perspectivas y Desafíos del Estado Constitucional de Derecho, Libro homenaje al 50° aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas UCAB, Abediciones, ACPS, 2025, pp. 1189-1122, esp. p. 1117.

El país clama con urgencia por inversiones extranjeras de gran escala, especialmente en el sector de hidrocarburos y energías. Solo mediante este flujo vital de capital y la entrada de actores con inmensa capacidad operativa, será posible rescatar a Venezuela del abismo social donde ha permanecido cautiva la última década, ocasionado un éxodo de casi un tercio de su población.

Dada la vastedad de la discusión en la materia, evitaremos el análisis pormenorizado para priorizar los ejes más ilustrativos. El enfoque de este trabajo se orienta hacia una revisión crítica que, más que reiterar lo conocido, intenta señalar las fisuras de las lecturas convencionales. Así, el análisis se concentra exclusivamente en el núcleo del problema para llegar al mismo resultado desde una base distinta.

Coincidiendo con ese resultado de la tendencia flexibilizadora, pero advirtiendo las debilidades de su sustento argumentativo, consideramos imperativo señalar que la seguridad jurídica en esta materia exige declarar la impertinencia y el evidente anacronismo de la referida disposición constitucional.

En este sentido abogamos por la conveniencia de una interpretación correctiva, fundada en argumentos más sólidos, y que resuelva las contradicciones del enunciado con otros postulados constitucionales, entre tales, los propios “fines esenciales” del Estado como la “promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo” (art. 3 CRBV), así como normas y principios del mismo rango, como la “productividad” y el aseguramiento del “desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad” (art. 299 CRBV), y el deber de promoción del arbitraje y otros medios alternativos (arts. 353 y 358 CRBV).

Como veremos, la propia redacción del artículo 151 de la CRBV adolece de una complejidad gramatical que encubre una contradicción interna; por ello, su comprensión solo es posible a través de una labor interpretativa de naturaleza correctiva.

Asimismo, conviene indicar que la norma se sitúa en un complejo epicentro donde convergen el Derecho constitucional y la política, con el Derecho internacional (público y privado), el administrativo y el contractual. Esta concurrencia de visiones, de naturaleza tan diversa y marcado sincretismo jurídico, proyecta una sombra de dificultad que, casi irremediablemente, la condena a la incertidumbre y la confusión.

No obstante la proximidad temática y sistemática con el artículo 150 CRBV, el presente análisis prescinde del examen y las implicaciones de dicha norma para centrarse en el artículo 151. Esta separación nos permite concentrar el enfoque en la especificidad del problema planteado.

I. Algunas consideraciones históricas

La disposición contenida en el artículo 151 CRBV, aparece en nuestro orden constitucional en 1893, con una redacción ligeramente diferente:

Art. 149: Ningún contrato de interés público celebrado por el Gobierno Nacional o por los Estados podrá ser traspasado, en todo ni en parte, a Gobierno extranjero. En todo contrato de interés público se establecerá una cláusula de que «las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre su inteligencia y ejecución serán decididas por los Tribunales venezolanos y conforme a las leyes de la República, sin que puedan tales contratos ser, en ningún caso, motivo de reclamaciones internacionales.

El profesor Fermín Toro Jiménez, en su exhaustivo estudio sobre esta norma, advierte que su antecedente primigenio se remonta a un contrato de 1859 suscrito con la Compañía Ferrocarril del Este. Este hallazgo resulta medular, pues evidencia que la regla ya imperaba en la praxis nacional con anterioridad a la difusión de las tesis de Carlos Calvo, cuya obra emblemática no vería la luz sino hasta 1868⁵. Ello permite afirmar que nuestra fórmula es de factura autóctona y no una mera recepción de la referida doctrina. No obstante, existe un nítido paralelismo histórico y conceptual entre el precepto venezolano y dicha corriente; una asimilación tan acentuada, que casi toda la comunidad jurídica nacional ha terminado categorizando nuestra disposición constitucional como “cláusula Calvo”.

Los debates del constituyente de 1893 y el análisis que sobre este punto efectuó Toro Jiménez, apuntan a que la norma, en particular, la segunda frase del artículo, perseguía dos objetivos fundamentales específicos y diferenciables, a saber, (i) que los contratos de interés público celebrados por el Estado necesariamente debían someterse a los tribunales y leyes la República y (ii) que no se pudieran iniciar reclamaciones diplomáticas al respecto. Pero también es importante recalcar que, desde entonces, los debates reflejaron la inconveniencia e inutilidad de la norma en el criterio expresado por algunos diputados⁶. Inconveniencia, por la dificultad que esta norma implicaría para atraer capitales extranjeros, e inutilidad, porque la norma pretendía regular un aspecto del Derecho internacional público como la protección diplomática, y los Estados extranjeros harían caso omiso a nuestra norma constitucional, si su connacional solicitare protección diplomática.

Debe tenerse en cuenta que se trataba de una época borrascosa, en la cual imperaba aún la “diplomacia de las cañoneras”. En aquel contexto, las potencias europeas no vacilaban en emplear la fuerza militar contra los Estados de la región para dar cumplimiento a las pretensiones económicas de sus ciudadanos⁷. Según renombrados internacionalistas de la época, como Vattel, una ofensa dirigida a un ciudadano extranjero era una ofensa también al Estado de su

⁵ Toro Jiménez, Fermín, *Derecho internacional público*, Caracas, UCAB, Vol. II, 2002, p. 623. Madrid Martínez, Claudia, El artículo 151 de la Constitución de la República ¿Inmunidad? ¿Exclusividad? o ¿Las dos cosas?, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Nro. 143, 2005, pp. 423-448, esp. p. 437. Enlace: <https://bit.ly/3bZdLZs>.

⁶ *Ibid.*, pp. 605-606.

⁷ Explica Toro Jiménez: “El origen de las reflexiones y afirmaciones citadas por Calvo, parece haber sido producto de la experiencia de las intervenciones armadas europeas, de Francia en México, de 1861 a 1867, y de Francia e Inglaterra en el Río de la Plata, de 1838 a 1850. Durante dichas intrusiones se plantearon reclamaciones pecuniarias contra los gobiernos de mexicano y argentino, a través de la ‘vía diplomática’, de acuerdo con una supuesta regla de Derecho Internacional Público”. Toro Jiménez, *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 623.

nacionalidad, y ese Estado tenía todo derecho a obtener justicia, inclusive mediante la fuerza armada⁸. Precisamente, uno de los casos más emblemáticos, resultantes de esta concepción, fue el asalto y bloqueo naval de Venezuela en 1902 por parte de Alemania, Italia e Inglaterra, a causa de deudas contraídas por el gobierno venezolano.

En la Constitución de 1901 la norma se ratifica (art. 139), pero con una ligera modificación en su segunda frase, que buscaba reforzar el sometimiento a tribunales y leyes venezolanas de los contratos de interés público: “Y en todos ellos **se considerará incorporada, aún cuando no lo esté**, la cláusula siguiente...” (resaltado nuestro)

El texto se mantiene casi igual en las reformas constitucionales de 1909, 1914, 1922, 1929 y 1936.

La génesis de la regla no solo antecedió a la doctrina Calvo, sino también a la llamada doctrina Drago, formulada en 1907 por el ministro de asuntos exteriores argentino Luis María Drago e inspirada por el asalto marítimo a Venezuela. Drago abogaba en contra de las intervenciones armadas por deudas económicas, y su doctrina hoy se reconoce como uno de los primeros grandes pasos hacia la consolidación de los principios de no intervención y de prohibición del uso de la fuerza en el Derecho internacional, universalmente aceptados en la actualidad.

Pero, a pesar de estos avances, consagrados incluso en la Carta de Naciones Unidas⁹ y la Carta de la OEA¹⁰, nuestra historia constitucional siguió incluyendo la disposición bajo análisis¹¹.

En las constituciones de la región persisten, “como si fuese un punto de honor” artículos alineados con los postulados de la doctrina Calvo”¹². Bajo esa misma directriz, Venezuela ha mantenido la vigencia de este precepto.

El enunciado se repitió en la Constitución de 1947, aunque con la aparición de lo que Toro Jiménez consideró como una “aparente excepción”¹³. En su artículo 108 se estableció que, en los contratos de interés público, “si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza” se consideraría incorporada la referida cláusula de reserva. Esta redacción, aunque en esencia significa

⁸ Tamburini, Francesco, Historia y destino e La “Doctrina Calvo”: ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2002, No. XXIV, pp. 81-101, esp. p. 25.

⁹ Art. 2.4.

¹⁰ Arts. 2.b, 19, 21, 22.

¹¹ Véase, en nuestra doctrina, Ramos Martínez, José Antonio, Contratos de Interés Público, en: AA.VV., *El Derecho constitucional y Público en Venezuela. Libro Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Caracas, UCAB, 2003, Tomo II, pp. 433-652, esp. 650. “...el artículo constitucional hasta ahora comentando nació justamente como remedio a los conflictos que pudieran originar los contratos de crédito público. Cabe sostener, sin embargo, que tal interpretación puede ser descartada, y debe serlo, en vista del actual estado de las cosas en materia de relaciones internacionales, pues hoy no es concebible el uso de la fuerza para el cobro de deudas entre Estados: se han desarrollado mecanismos de presión, más civilizados y menos traumáticos, y además se ha acentuado el repudio internacional a las vías de hecho”.

¹² Tamburini, *Historia y destino de la “Doctrina Calvo”*..., ob. cit., p. 90. Entre los países que han consagrado fórmulas de la denominada cláusula Calvo se han identificado las de Perú, El Salvador, Bolivia, Honduras, México, Nicaragua y Costa Rica, países en todos los cuales se han planteado debates similares al que se ha desarrollado en Venezuela.

¹³ Toro Jiménez, *Derecho internacional público*..., ob. cit., 645.

lo mismo, es más clara e inteligible que la del actual artículo 151 CRBV. Es evidente del texto que, si conforme a la naturaleza del contrato, es procedente someterse a las leyes y a la jurisdicción venezolana, debe considerarse que se formuló ese sometimiento, aunque que no se diga expresamente.

Posteriormente, siguiendo esa corriente regional impregnada de un nacionalismo exacerbado, el constituyente de 1961 rescató esta disposición en el artículo 127. En este sentido, en lugar de flexibilizar la norma, se limitó a invertir la sintaxis de su excepción, con el siguiente texto: “si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza...”. La modificación surgió originalmente como un aspecto de “forma” sugerido por Rafael Caldera “...por considerar que es una defensa de la República frente a los Estados más poderosos...”¹⁴. Si bien la propuesta de Caldera no modificaba realmente casi nada del artículo 109 de la Constitución de 1947, en los debates que siguieron se llegó a la redacción actual¹⁵.

Estos datos, junto a la propia exposición de motivos del texto de 1961, revela que la *ratio legis* de la disposición es un anclaje a una tradición normativa, en un momento histórico completamente diferente al actual, en el que, entre otras cosas, no se había desarrollado el arbitraje comercial internacional, ni el de inversiones¹⁶. Reza al respecto la exposición de motivos:

En cuanto a las cláusulas en contratos de interés nacional que han de dejar a salvo la soberanía y la seguridad de la República y que son ordenadas en las constituciones anteriores, la redacción de los artículos respectivos se ha adaptado a la índole de los documentos, para no desconocer las variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional y ha sido consultado cuidadosamente con expertos de la cancillería.

Haber supeditado una materia de tal trascendencia a su tradición constitucional y al criterio exclusivo de “expertos de la cancillería” revela un abordaje reduccionista. Sin denostar de la solvencia de dichos funcionarios en su área natural, la diplomacia, las relaciones internacionales y el Derecho internacional público, resulta evidente que se desplazó hacia un plano de corte más político, el rigor de las distintas áreas del derecho que confluyen en la norma¹⁷. Esta

¹⁴ *Ibid.*, p. 643.

¹⁵ La propuesta de Caldera realmente era ligero ajuste de forma: “En los contratos de interés público, si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual...”. El artículo 108 de la Constitución de 1947 rezaba: “En los contratos a que se refiere el Artículo anterior, si fuere procedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporado, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula por la cual se establezca que las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de Venezuela, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.” Véase, Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República..., ob. cit., p. 1111.

¹⁶ El desarrollo del arbitraje internacional debe entenderse a través de su binomio normativo fundamental: por un lado, la Convención de Nueva York (1958), piedra angular que garantiza la ejecución transfronteriza de acuerdos comerciales; por el otro, el Convenio CIADI (1966), marco que profesionalizó el arbitraje de inversión al dotarlo de un foro especializado y un sistema de cumplimiento independiente. Juntos, estos instrumentos transformaron la justicia privada en el estándar de oro de la economía global. Tal desarrollo, además, no fue inmediato a esas fechas, sino un proceso lento.

¹⁷ En sentido similar, la visión limitada de los expertos de cancillería, es cuestionada también por Toro Jiménez, *Derecho internacional público*, ob. cit., p. 655.

visión parcial limitó la comprensión técnica del asunto, ignorando las complejidades contractuales que solo un abordaje jurídico especializado (multidisciplinario) habría podido advertir.

Pero la Comisión Constituyente ni siquiera atendió el criterio de tales expertos, despreciando la consideración clara para entonces de que la cláusula pretendía dar respuesta a un contexto decimonónico ya superado.

El resultado es una disposición de una rigidez anacrónica que compromete las necesidades de desarrollo y debilita la seguridad jurídica exigida por los grandes flujos de inversión.

Si efectivamente se habían identificado las “variedades surgidas con la evolución del Derecho Internacional”, el error derivó de su propia estructura sintáctica. La excepción fue redactada de tal modo que, solo mediante una interpretación forzada de su tenor literal, es posible conferirle algún sentido útil¹⁸.

Entre los especialistas consultados se encontraba principalmente (o incluso, únicamente) Ramón Carmona, quien se había pronunciado sobre la cuestión en un informe anterior dirigido a la Comisión redactora de la Constitución de 1961. Carmona destacó la inutilidad de la cláusula por su dudosa validez a la luz del Derecho internacional público frente a tribunales extranjeros, además de ser perjudicial y contraria los intereses nacionales, por lo que incluso sugirió su eliminación. El informe fundamentaba buena parte de sus planteamientos en los cambios de esos momentos en torno a la figura de la inmunidad de jurisdicción, por lo que las “variedades surgidas del Derecho internacional” referidas en la exposición de motivos pueden tener relación con ello¹⁹.

A pesar de que dicho informe fue respaldado formalmente mediante una opinión consignada por el diputado Gonzalo García Bustillos, en la que también cuestionaba la cláusula y manifestaba su inutilidad práctica en el contexto internacional, la Comisión hizo caso omiso a todo ello y aprobó el artículo 127.

En efecto, no hubo “variedades” algunas incorporadas al texto, sino, más bien, una modificación de forma, diferente a la propuesta inicialmente por Caldera, que lejos de avanzar sobre las aludidas variedades, retrocedió en cuanto al acento de su rigor. A través de la doble negación, se impuso un mayor rigor técnico a la norma²⁰, bajo una apariencia de condicionalidad.

¹⁸ Véanse epígrafes III.B y III.C.

¹⁹ Giral José, Alfredo, Comentarios al Dictamen 4211 del Procurador General de la República, en: *RFCJPUCV*, 1997, No. 102, pp.311-321, esp. p. 319. Boscán de Ruesta, *La Inmunidad de jurisdicción...*, ob. cit., p. 37. Toro Jiménez, *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 637-644. Balzán, Juan Carlos, El arbitraje en los contratos de interés público a la luz de la cláusula de inmunidad de jurisdicción prevista en el artículo 151 de la Constitución de 1999, en: AA.VV., *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías", Los contratos administrativos. Contratos del Estado*, Caracas, FUNEDA, 2006, Vol. II, pp. 349-357, esp. p. 329.

²⁰ Desde la óptica de la lingüística, la doble negación trasciende la simple anulación lógica para constituirse en un mecanismo de refuerzo enfático. Véase, Bosque Muñoz, Ignacio y Violeta Demonte Barreto, *Gramática Descriptiva de la lengua española, Las Construcciones Sintácticas Fundamentales. Relaciones Temporales, Aspectuales y Modales*, Madrid, Espasa, 3ª reimp. de la 1ª ed.,

Puede especularse que, bajo los influjos ideológicos que inspiraban la disposición, se permitió que la opacidad sintáctica prevaleciera sobre la claridad que exige la seguridad jurídica. Pero si fue así, el resultado fue todo lo contrario al esperado. Tal como se explica más adelante, esa opacidad condujo finalmente a que la excepción se entendiera en sentido inverso, o se le vinculara con la excepción de inmunidad relativa de la jurisdicción, abriendo paso más bien a las interpretaciones flexibilizadoras²¹.

II. Los debates del constituyente de 1999 y la exposición de motivos de la CRBV

La redacción del actual artículo 151 CRBV repitió el texto del artículo 127 de 1961²². Los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 y la exposición de motivos final, ratifican la tesis central de esta contribución: el artículo 151 es una norma anacrónica y ambigua, que corre el riesgo de ser interpretada de modo de generar un candado jurídico que impida (o anule internamente) el sometimiento a otras jurisdicciones o al arbitraje en los contratos de interés público; su *ratio legis* originaria responde a una tradición anclada a un nacionalismo dogmático e ideologizado que tenía un fundamento razonable en circunstancias superadas hace más de un siglo.

En el proyecto de Constitución presentado a la Asamblea por Hugo Chávez, el artículo fue presentado sin la excepción referente a la naturaleza del contrato:

En los contratos celebrados por la República que sean considerados de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes²³.

Se deduce claramente de esta redacción, que dicho proyecto pretendía retrotraer la realidad decimonónica.

El Diario de Debates revela una discusión que, por un lado, pretende la imposición de tribunales venezolanos como una barrera infranqueable ante la voluntad de los gobernantes y, por otro, dejar ver distintas lecturas de la “excepción” incorporada posteriormente.

Cuando apenas se estaba discutiendo el reglamento interno de la Asamblea Constituyente, el 20 de agosto de 1999, el tema ya había salido a relucir. Entre el paroxismo ideológico

2000, Vol. 2, p. 3217. “En estos contextos de doble negación (de negación léxica en el verbo y de negación sintáctica en el adverbio), la oración asume un valor afirmativo y el SN [sintagma nominal] tiene un carácter existencial. ...el indicativo otorga una mayor relevancia informativa al contenido de la relativa que el subjuntivo, que se utiliza para enfatizar la idea contraexpectativa contenida en la oración, o sea, el hecho de que el SN tenga un carácter existencial cuando lo normal y esperable sería lo contrario.” En: <https://sl1nk.com/67yfv1g>

²¹ Véanse epígrafes III.B y III.C.

²² Las diferencias entre los dos textos son de mero estilo: una coma y la sustitución de un “en” por un “de conformidad...”; lo que no merece comentarios adicionales. Puede decirse que se trata de normas idénticas.

²³ Véase, Brewer-Carías, Allan R., *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente) Vol. I (8-Agosto-8-Septiembre 1999)*, Caracas, Fundación de Derecho Público, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, pp. 209-211.

de esas circunstancias, los “constituyentistas”²⁴ más vehementes cuestionaron las interpretaciones flexibles del artículo 127 de la Constitución de 1961, por parte de los gobiernos y el poder judicial anterior, precisamente en el marco de contratos petroleros y empréstitos públicos, realzando la necesidad de que la norma se mantenga con rigor. En particular, el 20 de agosto de 1999, Pablo Medina expresó:

Pero ella antes de irse, la doctora Cecilia Sosa, hizo una trastada: sentenció la demanda que había introducido Ali Rodríguez y Fundapatria con relación a la apertura petrolera, donde fija posición con relación al principio de jurisdicción, artículo 127, donde los contratos de interés público tienen que ser ventilados en la soberanía del país, en la Constitución y con las leyes venezolanas, y lo pone en entredicho.

A mí me gustaría que el doctor Brewer Carías se refiriese a ese punto, por ejemplo, donde ciertos intereses transnacionales salen favorecidos con esa decisión...²⁵.

Cuando se presentó el anteproyecto de la Constitución por parte de la Comisión encargada, el 12 de octubre de 1999, ya se había modificado el texto de la propuesta de Chávez. En su lugar, se había incorporado la misma redacción del artículo 127 de la Constitución de 1961.

Hernán Escarrá, expuso al respecto, que el Título IV es del poder público y en este:

...se resuelve el problema de los contratos de interés público para evitar la corrupción, el despilfarro y la falta de control que caracterizó a la mayor parte de los gobiernos de la partidocracia. Si alguna norma es fundamental, es, casualmente, ésta; la de los contratos de interés público.

No podemos dejar de apuntar lo difícil que nos resultar pensar, cómo se resuelve la duda de una norma con otra idéntica.

En la sesión del 18 de octubre de 1999, Elías López Portillo explicó, respecto de la sección que se refiere a los contratos de interés público, lo siguiente:

²⁴ En Venezuela se ha hecho uso generalizado de la expresión “constituyentista”, especialmente, después de la Asamblea Constituyente de 1999, para diferenciar al individuo que forma parte de la asamblea del Poder Constituyente como tal. Esta palabra, sin embargo, no se encuentra en el Diccionario de la RAE. Se trata de un venezolanismo. Al respecto, explica el sistema de consultas FundeuRAE: “El término constituyente es plenamente válido para la persona que forma parte de una asamblea constituyente, tal como recoge el diccionario académico.

El término constituyentista no está mal formado, pero remitiría más en general al partidario de alguna corriente social o ideológica que se llame constituyentismo, que a su vez se referiría a la idea de promover o defender una asamblea constituyente.

En Venezuela, no obstante, la voz constituyentista está asentada desde hace tiempo para aludir a las personas que son miembros de una asamblea constituyente, uso que se puede considerar válido.” Enlace: <https://tinyurl.com/finfurxjx>.

²⁵ Anteriormente, el mismo Medina había dicho también lo siguiente: “Yo recuerdo ese día, el 24 de febrero de 1986, y lo recuerdo como el día más negro en la historia del país, con el perdón de Aristóbulo, y el perdón de Claudio, porque ese día el Presidente de la República en nombre de ella, renunció a la inmunidad, a la jurisdicción y a la soberanía. Quiero recordarle al doctor Brewer Carías que esa Constitución anterior en su artículo 1º señala que Venezuela es y será siempre independiente de toda potencia extranjera, y renunciamos a la inmunidad, a la jurisdicción y soberanía de manera irrevocable, para siempre. Y se violentó el artículo 126 de esa Constitución, que en materia de contratos de interés público señala que cuando hay controversia o duda es la Corte Suprema de Justicia y es la Constitución el ámbito para resolver las controversias de esta materia, y a partir de ese momento, nuestra Corte Suprema es la ley de Nueva York, y es el juez Spriso, un siciliano, porque ni siquiera es que nos hemos amoldado a la Constitución o la Ley de Estados Unidos; es a la Ley del Estado de Nueva York y al juez John Spriso, a partir de la firma de esos convenios”.

...Hicimos un estudio exhaustivo del cual tuvimos importantes aportes de personalidades venezolanas vinculadas con este tipo de contratos. Y una parte referida a las relaciones internacionales del país, tocada muy someramente ya que hay una comisión especializada al efecto.

Posteriormente, el 1 de noviembre de 1999, cuando se trae a discusión la Sección Cuarta, referente a los contratos de interés público, se debate el texto actual artículo 151 CRBV (en ese momento art. 165 del proyecto). En esa ocasión se plantean los problemas de interpretación general. Inmediatamente, después de la lectura del artículo propuesto, intervino Alberto Franceschi con un lenguaje mordaz, y el acta refleja lo siguiente:

Ciudadano Presidente, amigos constituyentes. En honor a la verdad, esto podría llamarse el artículo Pablo Medina.

(Varios constituyentes le dirigen palabras al orador no captadas por la taquígrafa).

Honor a quien lo tiene. Amigos, aprobar que sólo tribunales venezolanos pueden decidir sobre todas esas materias, es atar de pies y manos y colgados por el pescuezo en el futuro de Venezuela a todo gobierno que quiera realizar operaciones de empréstitos. Entonces, voten. Asuma cada quien su responsabilidad. Aquí somos todos adultos. No voy a explicarles que ningún banco, ni pool de bancos va a someterse a tribunales venezolanos. Es una tradición en los empréstitos, son miles de bancos, son sindicatos de enormidad de grupos bancarios que se unen, liderados por un grupo, etcétera, o por un banco matriz de la negociación, y eso tiene generalmente la ciudad de Nueva York, París o Tokio como sedes.

Ahora, si vamos a impedir constitucionalmente que el país no pueda celebrar ningún contrato sino regulado por leyes o bajo tribunales venezolanos ¡prepárense para que no nos fien ni medio!

En respuesta inmediata a las palabras de Franceschi, Gastón Parra Luzardo, expresó:

Este artículo es de vital importancia para la soberanía del país y debe merecer una reflexión exhaustiva. La Corte Suprema de Justicia, precisamente bajo el argumento que el artículo 127 de la Constitución actual señala: “En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”, sentenció sin lugar la demanda de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad, que un grupo de venezolanos, entre ellos el doctor Luis Vallenilla, constituyente que dignamente nos acompaña en esta Asamblea Nacional Constituyente, introdujeron ante la Corte Suprema de Justicia, y eso fue un golpe duro al interés nacional, porque era una violación flagrante al artículo 127 de la Constitución venezolana.

Por eso vamos a proponer que en vez de decir: “...si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”, se diga: “...salvo que un tratado internacional suscrito por la República disponga otra cosa...”. No es posible concebir que en acuerdos con empresas transnacionales para operar en el territorio nacional se les dé la facultad de dirimir controversias en los tribunales internacionales.

El propio Presidente de la República, en las ideas fundamentales que presentó a la consideración de esta Asamblea, señala simplemente que en los contratos en los que participe la República y sean de interés público, se considerará incorporada, aun cuando no

estuviese expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con las leyes.

Si una concepción debemos darle a esta nueva Carta Magna, desde el punto de vista bolivariano, es precisamente restituir esa soberanía para que no exista duda alguna, para que no existan falsas interpretaciones. Muchas gracias, ciudadano Presidente. (*Aplausos*).

Hernán Escarrá tomó de seguido la palabra para expresar:

...La historia venezolana, sobre todo a principios de siglo, estuvo marcada dolorosa y tortuosamente por violación a nuestra dignidad y a nuestra soberanía, y esta norma casualmente nace de allí. Nace de un hecho insólito que trajo como consecuencia que un Canciller de un país hermano tuviese que expresar una doctrina según la cual no podía haber reclamaciones extranjeras, y muchísimo menos, plantear situaciones bélicas ante deudas no canceladas.

Esa doctrina es la que está expresada en la Constitución de 1961 en esa norma y es la misma que ahora aparece en la propuesta que sabiamente hace la Comisión.

En consecuencia, no creo que haya que hacer ninguna adición al planteamiento que está aquí. En realidad, queridos amigos, es un planteamiento de fondo. O nos dedicamos a debilitar gravemente los intereses nacionales, o asumimos vigorosamente la idea de fortalecerlos.

...Quisiera decir que esta cláusula debe ser intangible, debe ser invariable, debe ser inmodificable. No nos vengán con esos cantos de sirena según los cuales el aprobar esta cláusula significa que no nos van a prestar, que no nos van a ayudar, que no van a invertir, que no van a seguir considerando al país como aquel mito de El Dorado, que es como a nosotros nos han considerado, constituyente Luis Vallenilla. (resaltado nuestro).

Claudio Fermín intervino en ese momento para señalar que apoyaba la propuesta del artículo tal como lo había presentado la respectiva Comisión (igual al art. 127 de la Constitución de 1961), explicando que la salvedad que hace la norma sobre la naturaleza del contrato, era suficiente para aplacar los temores expresados por Franceschi²⁶.

En efecto, el nuevo texto, que modificaba la propuesta de Chávez y volvía a incorporar la excepción de la naturaleza del contrato, habría sido propuesto por el Dr. Brewer Carías²⁷, quien sostiene una interpretación inversa al texto de la excepción²⁸.

No obstante, la redacción de esta excepción padece de una ambigüedad estructural. Al desglosar su contenido, se hace concluyente que el texto dice lo contrario a lo que sus

²⁶ “La verdad, constituyente Franceschi, para lo que usted piensa eso es simplemente improcedente, de acuerdo con la naturaleza de ese negocio. Es decir, que para ese tipo de asunto siempre se apelará a esta coletilla que dice: “...si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”. De tal manera que esta frase es a este artículo lo que era el artículo 5º a la Ley de Nacionalización. Aquí está prevista la excepción. Tampoco es que es un artículo a rajatablas. Creo que es sana, higiénica, pero entonces digamos que hay una excepción y no lo expongamos como si fuese un artículo contundentemente cerrado”.

²⁷ Brewer-Carías, *Debate Constituyente*..., pp. 209–233.

²⁸ Véase epígrafe III.B.

defensores sostienen²⁹, validando el temor de un constituyente, quien tildó tales posturas como “interpretaciones perversas”. Así, Luis Vallenilla, manifestó:

Es obvio que estoy a favor del contenido de este artículo, disposición constitucional que por lo demás viene desde el siglo pasado y hasta ahora, pasando por el general Gómez, por el inicio de esta era “democrática” pero que al principio, quién sabe si por considerarla democrática los inversionistas no querían venir del exterior, allá hacia 1958 o 1959, siguieron viniendo inversiones y siempre han venido inversiones a Venezuela.

¿De manera que es ahora cuando estamos asustados de que no vengan inversiones?

Ojalá que no vengan esas inversiones golondrinas. ¡Ojalá que no vengan! Son unas plagas de langostas que dejan las praderas económicas completamente desguarnecidas.

No voy a insistir en el tema, porque creo que además con mucha más elocuencia lo han señalado constituyentes como Hermann Escarrá, a quien le agradezco sus muy generosas palabras, lo mismo que a Gastón Parra Luzardo.

Me voy a referir únicamente a la excepción, como la llama el constituyente Claudio Fermín. Sí es una excepción, constituyente Claudio Fermín, pero es una excepción que se prestó por su vaguedad —caemos de nuevo en el problema de las interpretaciones—, a interpretaciones perversas. Eso fue exactamente lo que hizo hace pocas semanas la Corte Suprema de Justicia presidida por la doctora Cecilia Sosa Gómez cuando dictó sentencia en contra de esta disposición que era obvia, pero basándose precisamente en esa frase un poco ambigua, o bastante ambigua.

Vamos a establecer excepciones, pero vamos a establecerlas que no sean ambiguas, para algo sirve la experiencia. Por qué vamos a dejar abierta una mala experiencia que la acabamos de vivir, que por cierto significa una sentencia que durante tres años no se produjo y que se produce en el momento cuando empieza a moverse el aparato judicial, exactamente el mismo día que comenzó la discusión aquí y que determinó la Emergencia Judicial, se produce curiosamente —como lo dijo el Ministro de Energía y Minas por no decir una palabra más fuerte— esa decisión.

Independientemente de que aprobemos el texto tal como viene de la Comisión, creo que la excepción como la concibe de una manera mucho más clara y diáfana el constituyente Parra Luzardo, es la más conveniente para evitar, precisamente, esas confusiones de interpretación o esas inclinaciones hacia una interpretación incorrecta como acaba de ocurrir, y la experiencia —insisto— para algo debe servir.” (resaltado nuestro)

²⁹ Véase epígrafe III.B.

La intervención inmediata de Franceschi, deja ver que su lectura era fiel a la letra de la propuesta:

Ciudadano Presidente, colegas constituyentes. Para dejar constancia que si los que se llenan la boca con decir que el aprobar el artículo son patriotas y los que discreparíamos no lo son, les llamó la atención sobre un hecho elemental. Se supone que el Gobierno electo, “vuestro Gobierno”, es un legítimo representante de toda la cháchara nacionalista que podrán agregarle para justificar la aprobación de ese artículo.

...Ahora, ustedes nacionalistamente quieren amarrarles las manos al Gobierno, pues, amárrense, al fin y al cabo no es contra mí que están haciendo ese artículo, sino inhabilitando a un Gobierno que ustedes suponen ultranacionalista y ultrapatriota.

Entonces, reclamo para ese Gobierno nacionalista y patriota el que ustedes confíen en él para eventualmente negociar con una mayor flexibilidad que la que impide ese artículo.

¡Disfrútenlo! En nombre de la Patria apruébenlo, pero al Gobierno le atan de pies y manos. ¡Recuérdenlo!” (Resaltado nuestro)

Ante este planteamiento, intervino el Presidente de la Asamblea para aclarar que no se estaba “inventando nada”, ya que el artículo era copia textual del artículo 127 de la Constitución de 1961. Acto seguido se sometió a votación la propuesta de Parra Luzardo de sustituir a expresión “...si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos...”, por “...salvo que un tratado internacional suscrito por la República disponga otra cosa...”. La propuesta no contó con apoyo suficiente, quedando posteriormente aprobado el artículo con el texto propuesto por la Comisión, es decir, el texto actual.

Pero la propuesta de Parra Luzardo volvió a presentarse en la sesión del 13 de noviembre de 1999, suscitando otro debate en torno a las mismas dificultades. Esta vez, también se trajo de nuevo una propuesta en la que se eliminaba la discutida excepción sobre la naturaleza del contrato³⁰.

El mismo debate, en términos similares y revelando de nuevo la gran confusión en torno a la ambigüedad de la excepción (“si no fuera improcedente de acuerdo a la naturaleza”), se volvió a presentar. Para varios de los constituyenteistas, que parecen haber prevalecido en el debate, la interpretación de la excepción abría las puertas al posible sometimiento a jurisdicciones extranjeras, lo que consideraban sano y apropiado, y por eso la apoyaron, mientras que para otros, la excepción no permitía ese juego, y para evitar interpretaciones “torcidas”, debía aclararse el sentido de la norma³¹. Sin embargo, la lectura de las actas deja ver cierto agotamiento

³⁰ Proposición del constituyente Francisco Visconti: “En los contratos de interés público se considerará incorporada aun cuando no estuviere expresa una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente, por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, en conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa, puedan dar origen a reclamaciones extranjeras”.

³¹ Resultan ilustrativas al respecto las palabras de Luis Vallenilla: “Esa frase que dice allí, salvo que por su naturaleza, etcétera, establezca lo contrario, como es una frase ambigua, ha sido objeto de interpretaciones torcidas y diferentes. Se ha visto varias veces, inclusive, en interpretaciones de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, es bastante clara, usted lo decía, establecer la salvedad de contratos internacionales. En ese sentido, me parece más conveniente”.

del debate y, finalmente, la norma quedó redactada como ya sabemos, desechándose las otras redacciones propuestas.

Cómo puede observarse, no había claridad ni unidad de criterios entre quienes aprobaron el texto final. El debate más bien, tal como hemos dicho, pone claramente de relieve la ambigüedad de dicho enunciado y las diferentes lecturas que de éste hacían los constituyentistas.

No obstante, una “mano amiga” intentó salvar las dificultades estableciendo una interpretación específica del precepto en la exposición de motivos de la CRBV:

Por otra parte, se conserva como regla general el sometimiento de dichos contratos a las leyes y a la jurisdicción venezolana. Sin embargo, **por vía de excepción, en los casos en que la naturaleza del negocio así lo permita, determinadas controversias** del contrato podrán someterse a otra jurisdicción. (Resaltado nuestro).

Resultan ilustrativas al respecto las palabras del profesor Fermín Toro Jiménez, encoñado detractor de quienes han defendido la flexibilización del artículo 151 CRBV (y sus precedentes), así como rabioso paladín de la inmunidad de jurisdicción absoluta,³² quien además de calificar ese extracto como un “contrabando de última hora”, manifiesta:

En esta oportunidad fue agregada una “Exposición de Motivos” que no sabemos si la elaboró la Asamblea Constituyente, disuelta por esas calendas. En todo caso, la norma cuyo estudio hemos seguido, sufrió una desmejora por causa de una interpretación dudosamente “auténtica” comprendida en la referida Exposición de Motivos...³³.

Aunque disentimos diametralmente de las opiniones de Toro Jiménez en esta materia, no puede negarse que la exposición de motivos parece intentar enmendar el texto del artículo 151 CRBV, pues las “expresiones subrayadas no se corresponden con la redacción de la norma aprobada por el Constituyente”³⁴. Por otra parte, no son un secreto las polémicas que se presentaron en torno dicha exposición de motivos y su autoría. No fue incluida en el texto sometido a votación popular y fue publicada en Gaceta Oficial (dos veces, con modificaciones) meses después de la propia Constitución, por lo que se puede considerar que no forma una parte verdaderamente oficial de nuestra Constitución.

Es de justicia admitir que la intervención de Brewer-Carías, al reintroducir la excepción sobre la naturaleza del contrato, fue un acierto de enorme trascendencia (independientemente de que no compartamos su exégesis). Brewer-Carías se apoyaba en el *status quo* establecido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Accidental del 17 de agosto de 1999, del caso *Apertura Petrolera* (precisamente la sentencia a la que hacían referencia Pablo Medina y otros constituyentistas en los extractos transcritos del debate)³⁵. La presencia de este

³² Véase nota 57.

³³ Toro Jiménez, *Derecho internacional público*, ob. cit., p. 761.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Véase Brewer-Carías, Allan R. (comp.), *El Caso de La Apertura Petrolera (Documentos del juicio de nulidad contra la autorización parlamentaria para los convenios de asociación petrolera 1996-1999*, Caracas, 2001. En el libro puede se transcribe el

polémico inciso evitó que el texto se blindara ante cualquier lectura flexibilizadora, algo vital frente a una propuesta oficialista que no dejaba margen de maniobra. En la coyuntura política de la época, la eliminación de la norma lucía imposible, lo cual se evidencia de los extractos de debate transcritos.

Por ello resulta fascinante que, en un giro de ironía y paradoja histórica, la misma excepción que se intentó desvirtuar en 1961 para darle más rigor a la norma y sellarla³⁶, terminó siendo el agujero por donde se filtraron las interpretaciones flexibilizadoras³⁷.

III. Los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales para escapar del rigor de la norma

Nuestra doctrina ha dedicado “ríos de tinta” a proponer interpretaciones que permitan sortear el cepo jurídico de la cláusula de reserva, en un loable intento por facilitar la apertura económica y la atracción de capitales. A ello se han sumado opiniones de la Procuraduría General de la República³⁸, la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia y del actual Tribunal Supremo de Justicia. El carácter vinculante de los pronunciamientos de este último, en su Sala Constitucional, resuelven de algún modo más permanente el problema, aunque, como veremos, siguen enlazados a una confusión que no resulta conveniente para la claridad y seguridad jurídica en la materia.

Si bien podemos discrepar de estas posturas, apreciamos en ellas elementos valiosos. No puede dejar de reconocerse, que la mayor parte de estos planteamientos, surgieron en tiempos en los que todavía se agitaban pasiones en torno a la idea de reserva de nuestra jurisdicción, y cualquier interpretación flexibilizadora corría el riesgo de ser cuestionada con furia.

En este sentido, puede hoy admitirse que dichas interpretaciones evitaron confrontar una realidad incómoda: la norma padece de una invalidez técnica originada por su pronunciado anacronismo, sus contradicciones con otros postulados constitucionales y su sintaxis confusa. Antes que forzar el texto para que “diga lo que no dice”, creemos que es importante dejar expuestas estas falencias, y reconocer la conveniencia de una interpretación sinceramente correctiva.

Tal como expresa Badell, “el criterio para definir cuándo puede ser conocida una controversia suscitada de un contrato de interés público por una jurisdicción ajena a la venezolana no ha sido uniforme sino variante, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia nacional”³⁹.

texto completo de la sentencia (pp. 279-328). En: <https://sl1nk.com/jyubdn2>. Véase también, Hernández-Bretón, *La inmunidad (de jurisdicción) de la República...*, ob. cit., p. 1112.

³⁶ Véase epígrafe anterior.

³⁷ Véanse epígrafes III.B, III.C y III.D.

³⁸ En general, salvo el dictamen de 21 de abril de 1997, antes referido, la Procuraduría General de la República se ha pronunciado a favor de la posibilidad de renunciar a la ley y la jurisdicción venezolana en contratos de interés público.

³⁹ Badell Madrid, Rafael, Contratos de interés público, en: *Revista de Derecho Público*, 2019, Nos. 159/160, pp. 9-41, esp. p. 37.

A grandes rasgos, los planteamientos o argumentos que procuran flexibilizar la cláusula de reserva, podrían clasificarse en cuatro grupos, que tienden a combinarse en las distintas concepciones o exposiciones, según: (1) traten de restringir la noción de “contratos de interés público”, (2) se enfoquen en la interpretación de su “excepción” (“si no fuere improcedente de acuerdo a la naturaleza” del contrato), (3) recurran a la noción de inmunidad de jurisdicción y sus restricciones o, (4) Se fundamenten en el principio *pro arbitraje*.

A continuación, resumimos estas posiciones y exploramos las posibles limitaciones que presentan para el cumplimiento de sus objetivos.

A. Restricción de la noción de “contratos de interés público”

Algunas opiniones, en especial, de la Procuraduría General de la República, en el pasado, han procurado establecer una interpretación restrictiva de la noción de contratos de interés público para excluir del ámbito de la cláusula de reserva algunas contrataciones claves del Estado como los empréstitos públicos⁴⁰.

En sentido similar se pronunció Gonzalo Pérez Luciani, para quien la calificación interés público “no puede dársele a un contrato de Empréstito” y “tampoco es aplicable a los mismos, la norma contenida en el artículo 127 de la Constitución Nacional”. Afirmaba tajantemente que es “necesario concluir que el Contrato de Empréstito Público no puede considerarse ni ha sido considerado nunca como un Contrato de Interés Público”⁴¹.

Desde nuestra perspectiva, las interpretaciones que excluyen este tipo de contratos de la noción prevista en la norma, entrañan una argumentación compleja que encuentra un asidero limitado. Dicha postura tiene mayor aceptación en la doctrina cuando se vincula la intención del constituyente con la regla de la inmunidad de jurisdicción estatal⁴², punto que será objeto de un análisis más detallado en el epígrafe siguiente.

⁴⁰ Tal como reseña Toro Jiménez, la doctrina de la Procuraduría General de la República “desde el año 1970, en Dictamen No. P.F. de fecha 8 de julio de 1973, parece insinuar o afirmar el carácter de contratos de derecho privado de la Administración que tienen los empréstitos públicos, opinión que parece culminar en el año 1977, con el dictamen No. A-E de fecha 14 de enero de 1977, donde se les califica abiertamente y, sin reservas, como *contratos mercantiles*”. (cursivas del original). Toro Jiménez, *Derecho internacional público*..., ob. cit., p. 704. Un análisis compacto de los criterios variantes de la Procuraduría General, puede verse en: Balzán, El arbitraje en los contratos de interés público..., ob. cit., pp. 339-348. Huen Rivas, El arbitraje internacional en los contratos administrativos, ob. cit., pp. 430-432.

⁴¹ Pérez Luciani, Gonzalo, Contratos de Interés Público Nacional, Contratos de Interés Público y Contratos de Empréstitos Público, en :AA.VV., *Libro Homenaje a Eloy Lares Martínez*, Caracas, FCJP UCV, 1984, Tomo I, pp. 91-163, esp. p. 161-163. Este criterio, en particular sobre los empréstitos públicos también ha sido defendido por Maeklet, Tatiana y Eugenio Hernández-Bretón, Jurisdicción y derecho aplicable en materia de contratos de empréstitos públicos, en *RFCJPUCV*, 1997, No. 102, pp. 323-332, esp. p. 332.

⁴² Así, por el ejemplo en la referida Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Accidental del 17 de agosto de 1999, caso *Apertura Petrolera*, luego de establecer que la excepción de la naturaleza del contrato recogía la tesis de inmunidad de jurisdicción, se señala: “En razón de lo expuesto, estima esta Corte que, en el caso concreto de los Convenios de Asociación autorizados por el Acuerdo del Congreso de fecha 4 de julio de 1995, su naturaleza no solamente comercial sino de trascendencia para la consecución de las medidas económicas adoptadas por la Administración y validadas por el Congreso Nacional, se subsume en el supuesto previsto en la norma

En estos comentarios evadimos deliberadamente el examen de la noción de contratos de interés público, su tipología y su identificación con los contratos administrativos, así como su tratamiento doctrinal y jurisprudencial. En nuestro criterio, indudablemente, existen una serie de contrataciones de interés primordial del Estado que no pueden extraerse del supuesto previsto en el dispositivo bajo análisis y que, precisamente, constituyen buena parte del núcleo de negociaciones en las que se hace necesario romper el cerrojo que plantea el enunciado de la norma.

En efecto, la categorización de contrataciones públicas de importante alcance general como negocios ajenos a la noción de “contratos interés público”, se separa de lo que ha señalado la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia en la materia. Esencialmente, los contratos celebrados por el Estado y sus entidades, que tienen un impacto muy relevante en la economía o en el patrimonio del país, son los que previó el constituyente desde 1893 en la norma en cuestión⁴³.

Pensamos que los empréstitos, bonos de la República, contratos de financiamiento de la República o sus entidades⁴⁴, así como las grandes contrataciones mineras, petroleras, gasíferas o energéticas, en general, en que participen la República o sus entidades, incluyendo las empresas del Estado, recaen en el ámbito de la norma. La importancia de una interpretación flexibilizadora radica principalmente en permitir que tales negocios no se encuentren impedidos por una cláusula de amarre para los actores internacionales, imponiendo un sometimiento necesario a la jurisdicción y las leyes de Venezuela.

B. La interpretación (inversa) de la excepción sobre la naturaleza de los contratos

Parte de nuestra doctrina más autorizada sostiene que la norma permite renunciar a la jurisdicción nacional si ello es procedente conforme a la “naturaleza del contrato”.⁴⁵ Es decir,

constitucional, por lo que al no infringirla debe declararse improcedente el alegato de inconstitucionalidad por esta causa y así se declara”.

⁴³ Diversos estudios han desarrollado con minuciosidad esta noción, al punto que nos parece aventurado aportar comentarios adicionales o adentrarnos en el análisis de ellos. Sin desmeritar otros, creemos que son consulta obligatoria al respecto, los siguientes trabajos: Badell Madrid, *Contratos de interés público...*, ob. cit., Melich Orsini, José, La Noción de contrato de interés público, en: *Revista de Derecho Público*, 1981, No. 7, pp. 33-63. Balzán, El arbitraje en los contratos de interés público..., ob. cit., pp. 306-321.

⁴⁴ En este mismo sentido Morles Hernández, Alfredo, La inmunidad de Jurisdicción y las operaciones de crédito público, en: AA.VV., *Estudios Sobre la Constitución, Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Caracas, UCV, 1979, Vol. III, pp. 1701-1721, esp. pp. 1717-1721. En materia de empréstitos públicos, por ejemplo, señala Brewer-Carías, Allan R., *Arbitraje en el sector público y arbitraje internacional de inversión, Estudios*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2023, p. 130: “En todo caso, si se utiliza la distinción de actos de autoridad y actos de gestión (*jure imperii-jure gestione*) nadie podía afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad, y no sea un contrato administrativo: más público, en cualquier sentido, que un contrato de empréstitos, no habría”.

⁴⁵ Entre quienes han seguido esta lectura, véase, Melich Orsini, La noción del contrato de interés público..., ob. cit., p. 58, 63. Brewer-Carías, *Debate Constituyente...*, ob. cit., p. 210. Giral, Comentarios al Dictamen 4211..., pp. 315,317. Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución..., ob. cit., p. 448. Huen Rivas, El arbitraje internacional en los contratos administrativos..., ob. cit., p. 428. Morles Hernández, *La inmunidad de Jurisdicción...*, ob. cit., p. 1717. Sin embargo, Morles Hernández enlaza esta lectura

que la excepción sobre la naturaleza del contrato significa que: si tal naturaleza permite la renuncia a las leyes y a la jurisdicción venezolana, en consecuencia, el Estado puede someterse a leyes y jurisdicciones diferentes. No puede olvidarse que esta interpretación también se encuentra plasmada en la exposición de motivos de la Constitución, en la que, como advertimos antes, se expuso: “...por vía de excepción, **en los casos en que la naturaleza del negocio así lo permita**, determinadas controversias del contrato **podrán someterse a otra jurisdicción...**” (resaltado nuestro). Además, es también la interpretación y la intención del proponente de dicha excepción (o de la continuidad del artículo 127 de la Constitución de 1961), Allan Brewer-Carías⁴⁶.

Sin embargo, una interpretación literal y meticulosa de la excepción, teniendo en cuenta la intención histórica inicial, revela que su mandamiento es completamente el inverso, esto es, impone más bien una presunción de reserva de la ley y la jurisdicción, que solo se desaplica si la “naturaleza del contrato” impidiera o hace improcedente el sometimiento a la jurisdicción y la ley de Venezuela. En otras palabras, el texto de la excepción nos indica que ésta solo actúa cuando la naturaleza del contrato hace improcedente renunciar a nuestra ley y nuestro foro. Un parafraseo respetuoso de su sintaxis, permite también exponerla en los siguientes términos, para entenderla mejor:

En los contratos de interés público, se considerará incorporada la cláusula de reserva de la ley y la jurisdicción de Venezuela, si no ello fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos.

Ahora bien, tal como acertadamente advirtió tiempo atrás Isabel Boscán de Ruesta, esta reserva es inoperante en la práctica si se interpreta literalmente, pues no existe categoría contractual en nuestro derecho que, por su naturaleza jurídica, como tal, sea incompatible con el sometimiento a leyes y tribunales venezolanos⁴⁷.

con la figura de inmunidad de jurisdicción y termina concluyendo que los contratos de financiamiento del estado, no son actos de gestión, sino de imperio y, por lo tanto, no puede renunciarse a la inmunidad de jurisdicción venezolana.

⁴⁶ Brewer-Carías, *Debate Constituyente...*, ob. cit., pp. 209–233.

⁴⁷ Boscán de Ruesta, *La Inmunidad de jurisdicción...*, ob. cit., p. 45. Esta lectura del enunciado ha sido también identificada por Toro Jiménez, *Derecho internacional público*, ob. cit., p. 658-659. Con relación al artículo 127 de la Constitución de 1961, expuso: “Si tratamos de definir el concepto de ‘naturaleza’ del contrato que no estaría protegido por la inmunidad de jurisdicción, dentro de los límites del propio artículo 127, el concepto sería ininteligible, pues el término ‘naturaleza’ aludiría a nuestro juicio, a ‘tipo’ o ‘especie’ de contrato. Si partiendo de esta premisa, pasamos revista a la tipología de contratos a la que se refiere la legislación civil, mercantil o especial, ninguno de los ‘tipos’, o ‘especies’, por las características que definen su ‘naturaleza’, es decir, su ‘especie peculiar’, podría tener cabida como excepción a la jurisdicción”. García Brito, Luis, Régimen constitucional de los contratos, en: *Revista de Control Fiscal*, 1968, No. 50, 1968, pp. 71-129: “La Constitución únicamente admite que se pueda dejar de considerar incorporada la cláusula aludida, cuando la misma ‘fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza’ de los respectivos contratos. Lamentablemente, no añade el texto constitucional mayores precisiones acerca de cuáles pudieran ser estos contratos cuya naturaleza es incompatible con la cláusula de sometimiento a la jurisdicción de los tribunales de Venezuela”. Ramos Martínez, Contratos de Interés Público, ob. cit., p. 648. “En efecto, hasta ahora no ha sido posible determinar cuáles contratos son, ‘por su naturaleza’, inconciliables con la estipulación expresa o tácita que los someta al foro y la legislación venezolanos, tal vez porque no existen semejantes contratos, por cuanto la referida estipulación parece tener cabida en todo tipo de convenciones”.

En este sentido, la ambigüedad de la excepción “en la práctica plantea problemas insolubles”⁴⁸ y genera una paradoja. Si se interpreta conforme a su letra y sintaxis, la excepción se hace inútil, pues, no existen contratos de interés público que, por su naturaleza jurídica, podrían impedir o hacer improcedente el sometimiento a las leyes y a la jurisdicción venezolana⁴⁹. Y si la excepción se interpreta a la inversa de su sentido literal, como ha venido siendo interpretada por muchos⁵⁰, entonces, es la norma entera la que se hace inútil, pues, prácticamente, la naturaleza jurídica de todos los contratos permitirían la renuncia a la jurisdicción venezolana⁵¹.

La mayor parte de los que sostienen esta última interpretación apelan también a la idea de inmunidad, como comentamos en el siguiente epígrafe; pero, realmente, la invocación de la inmunidad sería totalmente innecesaria si la excepción se lee en ese sentido inverso a su mandato literal. Nuevamente, si se interpreta de ese modo, quiere decir que el constituyente admitió que en todo contrato de interés público cuya naturaleza lo permita, puede renunciarse a la jurisdicción y la ley venezolana y, prácticamente, en todos esos contratos puede efectuarse válidamente dicha renuncia⁵².

Por eso hemos insistido tanto en la necesidad de reconocer la obsolescencia de la intención originaria de la norma, y admitir una interpretación correctiva de su pretendida excepción.

C. La vinculación del precepto con la noción de inmunidad de jurisdicción relativa

Esta fórmula es la más extendida y consolidada en nuestra doctrina y jurisprudencia, por lo que amerita comentarios más extensos.

⁴⁸ Lares Martínez, Eloy, *Manual de Derecho Administrativo*, Caracas, UCV, 12ª ed., 2001, p. 289.

⁴⁹ Toro Jiménez, siguiendo esta lectura apegada al texto, señalaba que los únicos contratos que pudieran tener cabida en esa excepción son los celebrados entre la República y otros Estados u Organizaciones Internacionales, pues, se trataría de tratados internacionales. Aunque esta interpretación pudiera darle algún sentido práctico a la norma, pensamos que tampoco es correcta, pues la naturaleza de un tratado de por sí, no hace necesariamente improcedente que las diferencias se sometan a las leyes y la jurisdicción venezolanas, si las partes así lo convinieren. E independientemente de ello, tal interpretación parece de algún modo rebuscada y no pareciera ser la intención práctica de generar una excepción en el contexto de los contratos de interés público. La historia de estos contratos apunta a los empréstitos y otras negociaciones con entidades privadas. Toro Jiménez, *Derecho internacional público...*, ob. cit., p. 659-662. En la misma directriz, Brito García, Régimen constitucional de los contratos, op. cit., pp. 71-129. Aunque se trate de una interpretación que, en apariencia, evita dejar sin sentido práctico la excepción, realmente no logra tal objetivo. El sentido práctico real de la excepción no está en los tratados internacionales, sino en contratos claves del Estado y sus entidades en los que el negocio exige para su concreción que la resolución de controversias no esté necesariamente sujeta a la jurisdicción o a la ley de Venezuela. Respecto a este último punto, véanse los epígrafes III.A y III.C.

⁵⁰ Véase nota 45.

⁵¹ Cabría la discusión acerca de si la norma de inderogabilidad de la jurisdicción prevista en el art. 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (que impide la derogatoria en casos de derechos reales sobre bienes inmuebles situados en Venezuela y en materias no transables o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano) podría penetrar la naturaleza del contrato y darle sentido a la norma en el marco de esta interpretación. Sin embargo, no pensamos que se trate de un elemento que responda realmente a la naturaleza jurídica del contrato, sino a una limitación legal que tiene en cuenta los elementos materiales del mismo y que, en cualquier caso, puede ser relevada por otra norma del mismo rango como el art. 8 de la nueva Ley de Hidrocarburos.

⁵² Nuevamente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado referido en la nota anterior.

En nuestra comunidad jurídica se ha consolidado la convicción de una clara interconexión entre la disposición bajo análisis y la figura de la inmunidad de jurisdicción del Estado. Quizás sus semejanzas con la doctrina Calvo, entre los análisis de los juristas, constituyentistas, legisladores y magistrados, desde comienzos del siglo pasado, hayan apuntalado la idea generalizada de que esta antigua disposición consagra el principio de inmunidad de jurisdicción estatal.

Es también probable que esa convicción tan generalizada desde el pasado, haya tomado a ser parte de la interpretación histórica de la norma. En este punto valdría tener en cuenta las posturas del “realismo jurídico”; y con autores como Guastini y Tarello, considerar que, en realidad, “por ‘derecho’ debe entenderse, entonces, no ya el conjunto de enunciados normativos emanados del legislador, sino más bien el conjunto de las normas que de esos enunciados extraen los intérpretes”; o, en palabras de Tarello, “la norma no precede como un dato al producto interpretativo, sino que lo sigue como producto”⁵³.

Así, podría sostenerse que la convicción sobre la identificación entre lo que dispone el artículo 151 CRB y la inmunidad de jurisdicción, pasó a formar parte de nuestro sistema jurídico.

En este contexto, resulta imperativo señalar que el abandono definitivo de la doctrina de la inmunidad absoluta en favor de la inmunidad relativa, no fue un simple cambio de matiz, sino una ruptura paradigmática en el Derecho internacional⁵⁴.

Esta evolución hacia la inmunidad restringida fue instrumentalizada en Venezuela para erigir un puente interpretativo que permite eludir el pernicioso obstáculo del precepto bajo análisis. Al equipararlo con la noción de inmunidad restringida, el dispositivo constitucional analizado implicaría que si el contrato de interés público configura un acto de imperio del Estado (*acta jure imperii*), nuestra jurisdicción sería irrenunciable, pues el Estado gozaría de

⁵³ Véase Guastini, Ricardo, *Distinguiendo: estudios de teoría y metateoría del Derecho* (trad. J. Ferrer), Barcelona, Gedisa Editorial, 1999, pp. 34-38. Agrega Guastini: “La cultura jurídica moderna —especialmente la de la Europa continental y, en general, la de los sistemas de derecho codificado— está ampliamente dominada por aquella variante ingenua del positivismo jurídico que define al derecho como el conjunto de leyes emanadas de un legislador soberano. El derecho es concebido, entonces, como una entidad que los juristas encuentran preconstituida, como posible objeto de interpretación, de descripción sistemática, de uso y de aplicación. En suma, en este universo conceptual, el término ‘derecho’, igual que el término ‘norma’, es usado para referirse a aquello que es objeto, no producto, de la interpretación. De manera tal que la expresión ‘interpretación del derecho’ sería una expresión bien formada. ...se trata de una doctrina ahora algo desacreditada, al menos entre los estudiosos más precavidos”.

⁵⁴ Lalive observaba ya en 1953 que esta era una doctrina universalmente condenada por los internacionalistas. Lalive, Jean- Flavien, L’Immunité des Juridictions des États et des Organisations Internationales, en: *Recueil des Cours*, 1953-III, Tomo 84, p. 239. También en 1980, Sinclair, luego de analizar un número importante de prácticas estatales, llega a la conclusión de que existe sin lugar a dudas una indetenible tendencia hacia la limitación del principio de inmunidad. Sinclair, Ian, The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments, en: *Recueil des Cours*, 1980, Tomo 167, 1980, p. 196. Entre nosotros, salvo Fermín Toro Jiménez, toda la doctrina contemporánea se alinea en esta dirección. “Lejos ha ido quedando la época en que un concepto absoluto de soberanía proporcionaba a los Estados el revestimiento de inmunidad plena...”. Mackelt, Tatiana, Inmunidad de jurisdicción de los Estados, en: AA.VV., *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, FCJPUCV, 1982, pp. 211-236, esp. p. 211.

inmunidad de jurisdicción. Pero si el contrato encaja en la noción de actos de gestión (*acta jure gestionis*), no aplicaría la cláusula de reserva del ahora artículo 151 CRBV.

En la búsqueda loable de una solución al cerrojo jurídico que pretendió establecer el constituyente del pasado, la mayoría de los juristas y la propia jurisprudencia, han canalizado la salida a través de este argumento.

Entre estos planteamientos, algunos vinculan la idea de inmunidad de jurisdicción con la excepción sobre la “naturaleza” del contrato⁵⁵. y otros entienden que la norma, simplemente, consagra el principio de inmunidad de jurisdicción, por lo que permite una interpretación consona con la evolución restrictiva de esta última figura⁵⁶. Tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a omitir la explicación sobre el origen de la vinculación del precepto con la regla de inmunidad estatal.

Cualquiera sea el origen de dicha combinación, todas estas posiciones nos resultan insuficientemente plausibles, por las siguientes razones:

(i) La inmunidad de jurisdicción es una institución del Derecho Internacional público y su fuente primordial es la costumbre internacional, lo cual constituye el criterio pacífico de la doctrina internacionalista⁵⁷. De hecho, nuestra propia jurisprudencia, cuando ha analizado la

⁵⁵ Morles Hernández, La inmunidad de Jurisdicción..., ob. cit., p. 1715. Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución..., ob. cit., p. 448. Huen Rivas, El arbitraje internacional en los contratos administrativos..., ob. cit., p. 428. Badell Madrid, Contratos de interés público..., ob. cit., pp. 35-36. Balzán, El arbitraje en los contratos de interés público..., ob. cit., pp. 330-331. Ramos Martínez, Contratos de Interés Público..., ob. cit., p. 648. Sentencia varias veces citada de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Accidental del 17 de agosto de 1999, del caso *Apertura Petrolera*. “Por lo que se refiere a la concepción que adoptó el artículo 127 de la Constitución de la República, **resulta a todas luces evidente para esta Corte, que la redacción de la citada norma no deja la menor duda de que el Constituyente al incorporar en los contratos de interés público la excepción ‘si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos’ se acogió al sistema de inmunidad relativa que ya había establecido la Constitución de 1947.** Sistema que, por lo demás, impera en los países desarrollados, que permanentemente someten sus controversias internacionales a los árbitros que elijan uno y otro Estado, buscando con ello evitar que la jurisdicción interna de alguno de ellos tienda -como pareciera inevitable- a favorecer a su país en la disputa de que se trate”. (Resaltado nuestro). Este criterio fue acogido y ratificado expresamente por diferentes sentencias el TSJ, quedando de algún modo consolidado. En este sentido, véase, Sentencia de la Sala Constitucional TSJ, del 17/10/2008, caso *Hildegard Rondón de Sansó y otros*. En: <https://11nq.com/43wa5cr>. En casi todas las sentencias posteriores sobre el art. 151 CRV, se ratifica el criterio de esta última, citando un extracto en el que también se ratifica la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Accidental del 17 de agosto de 1999, del caso *Apertura Petrolera*. Véase, por ejemplo, casos Fermín Toro Jiménez y otros (recurso de interpretación), Sala Constitucional TSJ, del 11/02/2009. En: <https://11nq.com/a6fo92j>. Sentencia de la Sala Político Administrativa TSJ, del 16/07/2013, caso *Diques y Astilleros Nacionales, C.A., (DIANCA) v. Raytheon Marine GmbH*. En: <https://11nq.com/zm804tz>

⁵⁶ Maeklet y Hernández-Bretón, Jurisdicción y derecho aplicable en materia de contratos de empréstitos públicos..., ob. cit., p. 332. Brewer-Carías, Debate Constituyente..., ob. cit., p. 210. Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución..., ob. cit., p. 435.

⁵⁷ En la doctrina venezolana de este siglo Fermín Toro Jiménez es un caso excepcional de la doctrina internacional publicista. Sus planteamientos al respecto se encontraban desfasados de la realidad comparada en la materia. Profesamos un gran aprecio y respeto al profesor Toro Jiménez, quien era un dedicado estudioso y una persona de una calidad humana extraordinaria, pero su pensamiento jurídico estaba profundamente sesgado por una posición ideológica muy acentuada, lo que descarrilaba parte de sus aportes del cauce del razonamiento jurídico acertado. Sobre este particular, Toro Jiménez cuestionaba a los autores que habían hecho la observación de que una norma interna no podría ser fuente de Derecho internacional: “...la inmunidad de jurisdicción del Estado venezolano no se fundamenta en norma alguna de Derecho internacional público. Ella está consagrada, sin excepción alguna, en forma objetiva, como principio fundamental de la comunidad histórica venezolana, en la Constitución”. Toro Jiménez, *Derecho internacional público*..., ob. cit., p. 640.

inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, recurre generalmente a la costumbre o praxis internacional como fuente de la misma, y no la regla del artículo 151 CRBV⁵⁸.

Hay que advertir, no obstante, para comprender mejor la razón de las confusiones en torno al tema, que la inmunidad de jurisdicción ha sido catalogada como una materia, a la vez, “irritante y apasionante”⁵⁹, y como un tema de “permanente actualidad”⁶⁰. Los problemas relacionados con las inmunidades jurisdiccionales nacen desde su misma ubicación conceptual entre las diversas ramas del Derecho. Se sitúa en una “zona gris” entre el Derecho internacional público, el Derecho internacional privado y el Derecho procesal interno de cada Estado⁶¹. “Jueces y abogados enfrentan, pues, un *pot puorri* de reglas jurídicas, fallos judiciales y opiniones doctrinarias”⁶². Pero al mismo tiempo se trata de una noción “clásica”,⁶³ “fundamental”⁶⁴ y “elemental”⁶⁵ del Derecho internacional público.

De ningún modo puede considerarse la inmunidad como una regla que emane de una soberanía individualmente considerada. Es precisamente el conjunto de prácticas jurisprudenciales y legislaciones estatales⁶⁶, así como las convenciones y proyectos de convenciones internacionales⁶⁷, junto a las declaraciones oficiales de los Estados al respecto, entre otras, las fuentes que conforman el contenido y el alcance de las inmunidades estatales⁶⁸.

⁵⁸ Un análisis compacto de nuestra jurisprudencia en materia de inmunidad de jurisdicción puede verse en, Olivares Hernández, Andrea y José Antonio Briceño Labor, La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana, en: AMDIPC, 2020, No. 2, pp. 299-338.

⁵⁹ Lalive, L’Immunité des Juridiction. . . , ob. cit., p. 209.

⁶⁰ Chueca Sancho, Ángel, Inmunidad Jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española, en: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, No. 65, p. 8.

⁶¹ Olivar Jimenez, Martha Lucía y Valesca Borges, Las Inmunidades de Estado extranjero en la Pauta del Judiciario brasileño: avances y desafíos, en: AAVV., *Derecho internacional privado y Derecho de la integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*, Asunción, CEDEP, 2013, pp. 747-762, esp. p. 748. Otra versión de este artículo se encuentra disponible online en el enlace: <https://sl1nk.com/zf0q9nh>

⁶² Villagrán Kramer, Francisco, La Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, excepciones civiles y comerciales, en: AA.VV., *Temas de Derecho Internacional*, Caracas, Italgráfica, T. II, 1996, p. 68.

⁶³ Hafner, Gehrard y Leonor Lange, La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, en: *Annuaire Français de Droit International*, 2004, Vol. L, pp. 45-76, esp. p. 45. En: <https://sl1nk.com/1mns146>

⁶⁴ Sucharitkul, Sompong, Immunities of Foreign States Before National Authorities: some aspects of progressive development of contemporary International Law, en: AA.VV., *Libro Homenaje al profesor Adolfo Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, 1979, pp. 477-503, esp. p. 478.

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, 16/04/2016. En: <https://sl1nk.com/9d83c4c>

⁶⁶ Whytock, Christopher A., Foreign State immunity and the right to court access, en: *UC Irvine School of Law Research Paper*, 2014, No. 10, p. 2042. En: <http://ssrn.com/abstract=2383372>

⁶⁷ En la determinación de la costumbre como fuente de Derecho internacional la Corte Internacional de Justicia asentó, desde el caso de la Plataforma Continental de la Jamahiriya Libia Árabe v. Malta, que las convenciones multilaterales pueden jugar un rol importante tanto para en definir las reglas derivadas de la costumbre o como desarrollarlas. Véase, Negro, Dante, La inmunidad jurisdiccional de los Estados: El caso Alemania contra Italia – Corte Internacional de Justicia, 2012, en: *Agenda Internacional*, 2012, XIX, No. 30, pp. 243-262, esp. p. 249. En: <https://sl1nk.com/jy78itx>

⁶⁸ En el caso citado a continuación en el texto, la CIJ reconoció expresamente la existencia de una normativa consuetudinaria que consagra las inmunidades de jurisdiccionales estatales, sobre la base de una “práctica sólidamente arraigada”: “56. La Corte estima que esta conclusión, que reposa sobre un análisis exhaustivo de la práctica de los Estados, ha sido desde entonces confirmada por un conjunto de leyes nacionales, de decisiones judiciales, de afirmaciones de un derecho a la inmunidad, al igual que por los comentarios de los Estados sobre lo que sería luego la Convención de Naciones Unidas”.

No es discutible el carácter esencialmente consuetudinario de las inmunidades estatales, entendida la costumbre como una “práctica efectiva acompañada de una *opinio juris*”, lo cual es una exigencia “particularmente requerida para que exista tal regla”. Este aspecto fue debatido en detalle por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en su famosa sentencia del caso *Italia contra Alemania, Grecia interviniente*, del 3 de febrero de 2012. Al considerar el valor y la formulación de la costumbre como fuente del Derecho internacional, la CIJ se detuvo a puntualizar:

55. La Corte debe entonces, conforme al literal b) del párrafo 1 del artículo 38 de su Estatuto, determinar la existencia de una “costumbre internacional como prueba de una práctica general aceptada como derecho” confiriendo la inmunidad al Estado y, de ser el caso, cual es el alcance y la extensión. Esta aplicará para ello los criterios que tantas veces ha enunciado y que permiten la identificación de una regla de derecho internacional consuetudinario. **Tal como lo indicó de forma clara en los casos de la Plataforma continental del mar del Norte, una “práctica efectiva” acompañada de una *opinio juris* es particularmente requerida para que exista tal regla** (Plataforma continental del mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Holanda), sentencia, C.I.J. Recueil 1969, p. 44, par. 77)⁶⁹. (Resaltado nuestro).

Similares consideraciones ha formulado repetidamente el Tribunal Europeo de Derecho Humanos⁷⁰.

Vale añadir, que las inmunidades de los Estados ya no solo se desprenden de la fuente consuetudinaria. Acertadamente, apuntan Hazel Fox y Philippa Webb, que también clasifican dentro de varias de las fuentes enunciadas en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ⁷¹, pues pueden considerarse además como parte de “un principio general aceptado por las naciones civilizadas”, amén de desprenderse de “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones”⁷².

⁶⁹ Abello-Galvis, Ricardo y Crisithian Ferrer Acuña, Traducción del Fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de las “Inmunidades Jurisdiccionales del Estado” (Alemania contra Italia; Grecia interviniente) Decisión sobre el Fondo 3 de febrero de 2012, en: *ACDI*, 2013, Vol. 6, pp. 163-255, esp. p. 216-217. En: <https://11nq.com/pwdyju1>

⁷⁰ Casos, *Cudak v. Lituania*, solicitud No. 15869/02 (Gran Sala, 23/03/2010). *Sabeh El Leil v. Francia*, solicitud No. 34869/05 (Gran Sala, 29/06/2011). *Wallishauser v. Austria*, solicitud No. 156/04 (Primera Sección, 17/07/2012). *Oleynikov v. Rusia*, solicitud No. 36703/04 (Primera Sección, 14/03/2013). *Naku v. Lituania y Suecia*, solicitud No. 26126/07 (Cuarta Sección, 8/11/2016). Las sentencias de todos estos casos pueden accederse desde: <https://11nq.com/ma8z6zi>

⁷¹ Art. 38: “1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

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

⁷² A pesar de las válidas críticas que se le han dirigido a la redacción de estas disposiciones, es de considerar, que cualquiera sea su lectura, la inmunidad de jurisdicción queda comprendida en sus previsiones. Toda vez que se trata de un principio pacíficamente aceptado por casi todas las naciones (más allá de su calificación de “civilizadas”), así como por la jurisprudencia y la doctrina

En consecuencia, para nosotros resulta claro que una norma de derecho interno estatal aislada no puede estimarse como fuente de una regla del Derecho internacional público. Solo si se manifiesta con tal frecuencia en la comunidad internacional, que llegue a considerarse como configuradora de una práctica generalizada, acompañada de la *opinio juris*, puede contribuir a integrarse como fuente del Derecho internacional.

Si bien existe una tendencia en el derecho comparado a dictar leyes o normas especiales sobre inmunidad de jurisdicción estatal⁷³, estas se hacen en sintonía con los predicados del Derecho internacional⁷⁴, y efectivamente, contribuyen al mismo tiempo a delinear los contornos de la noción de inmunidad.

Pero estas legislaciones no pretenden imponer la inmunidad de jurisdicción que deben reconocer los tribunales extranjeros al país que las dicta; simplemente les señalan a sus propios jueces el contenido y el alcance que deben atribuirle a la inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros que sean demandados en ese respectivo foro. En tal sentido, si tal legislación regula la inmunidad de jurisdicción de manera contraria a la costumbre, se trataría de una legislación violatoria del Derecho internacional.

La única actuación unilateral de un Estado con alguna incidencia en la determinación de la inmunidad de jurisdicción ante instancias internacionales es el reconocimiento que este otorga a los Estados extranjeros demandados en su propio foro. Bajo este supuesto, ante un reclamo por violación de las normas de inmunidad, los tribunales internacionales, como la CIJ⁷⁵ o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁷⁶, han valorado la práctica y la normativa interna de los Estados en disputa. Dicho análisis tendría como fin último ayudar a determinar, bajo el principio de reciprocidad y coherencia, la medida en que pudo haberse materializado una transgresión de la regla de inmunidad en el caso concreto. Por el contrario, carece de eficacia jurídica cualquier norma unilateral mediante la cual un Estado pretenda imponer el alcance de la inmunidad que otros Estados deben reconocerle en sus respectivas jurisdicciones (como lo sería el art. 151 CRBV si se considera que consagra el principio de inmunidad); tal disposición no podría ser invocada en provecho propio para condicionar la valoración internacional.

Por otra parte, si bien nuestra norma constitucional se asimila a la llamada cláusula Calvo, ocasionalmente asociada con la inmunidad de jurisdicción, la doctrina Calvo realmente

comparada; sin perjuicio de las divergencias en la concepción del principio en cuanto a su alcance. Fox, Hazel y Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, Nueva York, Oxford University Press, 3rd ed., 2013, p. 13.

⁷³ Entre tales destacan las legislaciones o normativas especiales destacan las de Australia, Canadá, España, Estados Unidos, Israel, Japón, Pakistán, Reino Unido, Singapur, Sudáfrica y Suecia.

⁷⁴ De hecho, España, Japón, y Suecia adoptaron las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes como parte de su legislación nacional.

⁷⁵ Véase la sentencia del citado caso de *Alemania v. Italia, Grecia interviniente*, del 3/02/2012.

⁷⁶ Véase, decisiones de casos *Cudak v. Lituania*, solicitud No. 15869/02 (Gran Sala, 23/03/2010). *Sabeh El Leil v. Francia*, solicitud No. 34869/05 (Gran Sala, 29/06/2011). *Wallishauser v. Austria*, solicitud No 156/04 (Primera Sección, 17/07/2012). *Oleynikov v. Rusia*, solicitud No. 36703/04 (Primera Sección, 14/03/2013). *Naku v. Lituania y Suecia*, solicitud No. 26126/07 (Cuarta Sección, 8/11/2016). Las sentencias de todos estos casos pueden accederse desde: <https://legal.un.org/avl/ha/cjistp/cjistp.html>

no propugna la inmunidad de jurisdicción como tal. Además, tal doctrina es inobjetablemente obsoleta y nunca llegó a prosperar en el Derecho internacional. La tesis Calvo plantea hoy: “Un completo y articulado panorama donde ... aparece sin duda alguna anacrónica y como un rasgo de tiempos que nunca más pueden volver”⁷⁷.

En fin, nuestro artículo 151 CRBV no es fuente de inmunidad de jurisdicción, ni del Estado venezolano en el extranjero, pues los jueces extranjeros no tienen por qué tomarlo en cuenta⁷⁸, ni de los Estados extranjeros frente a los jueces venezolanos, porque esa no es su intención⁷⁹. La disposición tampoco corresponde al campo del Derecho internacional público; se trata de una norma unilateral de Derecho internacional privado, que ordena una reserva o atribución de competencia a los tribunales venezolanos y una reserva o aplicación del derecho interno, aunque también entraña un mandato a las autoridades venezolanas⁸⁰.

En esta orientación, es enfático el profesor Luis Ernesto Rodríguez:

Sorprende que se mantenga la confusión entre la noción de inmunidad de jurisdicción y la de inderogabilidad (o exclusividad) de la jurisdicción... El que la jurisdicción venezolana en determinadas materias no pueda ser derogada o simplemente se califique como exclusiva no tiene relación con la prerrogativa de inmunidad, que en todo caso tendría que alegar el Estado venezolano ante un foro extranjero que pretende juzgarlo, o un Estado extranjero ante nuestros tribunales. Dicha norma no recoge ese supuesto⁸¹ (resaltado nuestro).

Podría pensarse que la cláusula de reserva era una suerte de reflejo del sentir del constituyente venezolano en ese aspecto de la inmunidad de jurisdicción. Al respecto, sostiene la profesora Claudia Madrid, que el dispositivo “alberga una fuerte dosis de inmunidad de jurisdicción. Pero esto no quiere de ninguna manera decir que la norma consagre el principio de inmunidad de jurisdicción”⁸². Posiblemente, se trata de solo de eso, de una “dosis”, que parece más bien haberse suministrado con posterioridad al origen de la regla, desde diversos aportes im-
pregnados de la misma confusión.

⁷⁷ Tamburini, Historia y destino de la “Doctrina Calvo”..., ob. cit., p. 98. Incluso es definida como: “Práctica contractual hoy obsoleta que lleva el nombre del jurista argentino que la auspició y que consiste, en un contrato suscrito por un particular con un Estado extranjero, en que aquel consiente en ser equiparado a los nacionales de ese Estado a efectos de reclamaciones, las cuales solo podrán plantearse ante las autoridades de este, renunciando a solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad”. Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española, la Cumbre Judicial Iberoamericana y la Asociación de Academias de la Lengua Español.

⁷⁸ En este mismo sentido, entre otros véase, Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución..., ob. cit., p. 447. Melich Orsini, La noción del contrato de interés público, ob. cit., p. 58.

⁷⁹ Tal como hemos señalado antes, la jurisprudencia venezolana en materia de inmunidad de jurisdicción de Estados extranjeros tiende generalmente a observar la costumbre internacional y no el artículo 151 CRBV. Véase, Olivares Hernández y Briceño Labori, La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana..., ob. cit.

⁸⁰ En sentido similar Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República..., ob. cit., p. 1118.

⁸¹ Rodríguez Carrera, Luis Ernesto, Algunas consideraciones sobre la jurisdicción inderogable y la jurisdicción exclusiva (Tres niveles de la exclusividad), en: *DeCITA*, 2005, No. 4 (Litigio Judicial Internacional), pp. 147-173, esp. p. 168.

⁸² Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución..., ob. cit., p. 477.

Eugenio Hernández-Bretón, ha manifestado recientemente:

Siguiendo a los profesores Luis Ernesto Rodríguez y Claudia Madrid... la inmunidad de jurisdicción que le pueda corresponder a Venezuela respecto de autoridades extranjeras dependerá de la recepción de la noción de inmunidad por parte del Estado ante el cual Venezuela sea llamada a litigar⁸³.

De modo más terminante, Hernández-Bretón concluye:

Lo que sigue es claro es que **el artículo 151 tantas veces referido no consagra la inmunidad de jurisdicción de la República**, lo que consagra es una limitación a la posibilidad de que la República y otros órganos del Estado venezolano sometan controversias a la decisión de órganos jurisdiccionales extranjeros cuando la naturaleza del contrato de interés público no la permita, y de someterse quedaría vedada la eficacia de tal decisión en Venezuela. La inmunidad de jurisdicción la debe hacer Venezuela ante tribunales extranjeros de conformidad con el derecho internacional y en los términos del derecho del foro ante el cual es llamada a litigar. **El artículo 151 lo que plantea es un problema de derecho interno y no de derecho internacional**⁸⁴ (resaltado nuestro).

(ii) Adicionalmente, incluso, si admitiéramos que en el artículo 151 de la CRBV subyace la noción de inmunidad, surge un escollo conceptual que no es fácil de sortear, al intentar vincularlo con la evolución de esta figura en el Derecho Internacional. Tal evolución, en efecto, “flotó” sobre la incertidumbre y las divergencias de una práctica internacional variante que, para entonces, carecía de codificaciones y desarrollos suficientes.

En contraste, nuestra disposición ha mantenido su estructura esencial desde 1893. Si bien ha experimentado ligeros cambios, tal como hemos expuesto antes, lejos de flexibilizar el postulado, parecen haberle dado mayor rigor⁸⁵. Con un matiz quizás exagerado, Toro Jiménez señala que las reglas contenidas en la norma: “No han variado un ápice desde su formulación inicial en la constitución de 1893”⁸⁶.

En cualquier caso, resulta contradictorio pretender que un enunciado que se ha mantenido casi estático y absoluto en nuestra codificación interna, pudiera seguir la trayectoria de una costumbre internacional que se volvió dinámica y relativa⁸⁷.

⁸³ Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República..., ob. cit., p. 1100.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1117-1118.

⁸⁵ Véase epígrafe I.

⁸⁶ Toro Jiménez, *Derecho internacional público*..., ob. cit., p. 658.

⁸⁷ En divergencia con esta idea del carácter estático de la norma, Véase, Brewer-Carías, *Debate Constituyente*..., ob. cit., p. 213. “En la Constitución de 1947 estos dos elementos se cambiaron: se abandonó el sistema de inmunidad absoluta, sustituyéndose por uno de inmunidad relativa, porque la cláusula se consideraba incorporada en los contratos ‘si fuera procedente de acuerdo a la naturaleza de los mismos’; y, además, se adoptó el esquema actual de considerar incorporada la cláusula aún cuando no estuviera expresa, con lo cual no es necesario que se indique en el texto del contrato que esa cláusula forma parte del mismo, sino que en virtud de la Constitución ella está incorporada (art. 108)”. Esta última opinión es compartida también por Balzán, *El arbitraje en los contratos de interés público*..., ob. cit., p. 328.

(iii) La conexión del artículo 151 con la noción de inmunidad estatal como fórmula de salida para facilitar o hacer posible las inversiones extranjeras, es también insuficiente y peligrosamente oscura.

Existen negocios estratégicos en materia de hidrocarburos, energía y minas, así como la emisión de bonos de la República y otras fórmulas de financiamiento estatal, como los empréstitos públicos que, por su naturaleza, podrían catalogarse como actos de imperio⁸⁸.

Y precisamente para estos actos o negociaciones de mayor envergadura es que el Estado tiene la necesidad más apremiante de atraer inversión extranjera, la cual difícilmente aceptará someterse a la jurisdicción e incluso, eventualmente, a las leyes locales⁸⁹.

Limitar la solución a los “actos de gestión” puede dejar excluidos los negocios de mayor interés nacional o, en el mejor de los casos, abandonarlos a la deriva de esta determinación, que se ha mostrado fluctuante y divergente en la práctica comparada.

En efecto, es de capital importancia tener en cuenta que la distinción entre actos de imperio y actos de gestión ha generado grandes problemas en la jurisprudencia comparada, y los desacuerdos al respecto han sido permanentes.

Resulta particularmente ilustrativo que, mientras se discutía la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, las divergencias entre todas las manifestaciones del principio de inmunidad eran tales, que la Comisión de Derecho Internacional llegó a preguntarse si se trataba realmente de una norma consuetudinaria del Derecho Internacional o solo de un conjunto de prácticas, tan divergentes, que ni siquiera configuraban el elemento material de la costumbre. Aun así, la Comisión admitió la existencia de una norma consuetudinaria, salvando las dudas que para ese momento existían en cuanto a su contenido⁹⁰.

⁸⁸ En materia de empréstitos públicos, por ejemplo, señala Brewer-Carías, *Arbitraje en el sector público...*, ob. cit., p. 130: “En todo caso, si se utiliza la distinción de actos de autoridad y actos de gestión (*jure imperii-jure gestione*) nadie podía afirmar que un contrato de empréstito público no sea un acto de autoridad, y no sea un contrato administrativo: más público, en cualquier sentido, que un contrato de empréstitos, no habría”. En la misma línea, Morles Hernández, *La inmunidad de Jurisdicción...*, ob. cit., p. 1719. “En el estado actual de nuestro desarrollo legislativo no puede admitirse, aunque sea forzoso admitirlo desde el punto de vista financiero, que en ningún negocio de crédito público figure una cláusula de renuncia a la inmunidad de jurisdicción”.

⁸⁹ Al respecto llaman la atención las más recientes licencias emitidas en febrero y marzo de 2026 por la OFAC, en el marco de las sanciones impuestas al gobierno de Venezuela, que autorizan la realización de ciertas actividades restringidas, pero impone la condición de que los contratos que se suscriban estén sujetos a la ley y la jurisdicción de los Estados Unidos de América. Por otra parte, tal como apuntan Mackelt y Hernández-Bretón, Venezuela es parte de la Convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, de México 1994, cuyo art. 1, segundo aparte establece: “Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá declarar en el momento de firmar, ratificar o adherir a esta Convención que ella no se aplicará a todos o a alguna categoría de contratos en los cuales el Estado o las entidades u organismos estatales sean parte”. Venezuela no formuló reserva alguna al respecto, con lo cual ha admitido la posibilidad de elegir un derecho diferente al nacional en los contratos internacionales en que participe el Estado venezolano o sus entidades. Véase, Mackelt y Hernández-Bretón, *Jurisdicción y derecho aplicable en materia de contratos de empréstito público...*, ob. cit., p. 331.

⁹⁰ Chueca Sancho, *Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero...*, ob. cit., p. 124.

Desde tiempo atrás, se ha abandonado el criterio de la *finalidad* del acto para atender más bien a su *naturaleza* o modalidad intrínseca, a los efectos de determinar si se trata de un acto de imperio o de gestión⁹¹. Pero esta precisión, tal como explica la doctrina, no resuelve los problemas:

Ahora bien, ¿cómo se determina si un acto tiene naturaleza pública o privada? Atendiendo a la jurisprudencia de los tribunales que adoptan este criterio cabría afirmar que un acto tendrá naturaleza pública cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo —o pudiendo ejercer— prerrogativas de poder público; por el contrario, tendrá naturaleza privada cuando el Estado actúa en el marco de una relación de Derecho privado. Otro modo de aplicar el criterio que nos ocupa consiste en distinguir los actos que solamente puede realizar el Estado de aquellos que pueden ser objeto de iniciativa privada⁹².

Aunque se intenten definir mejor las nociones, se llega siempre a criterios que dependen de interpretaciones subjetivas. La práctica nos ilustra las interesantes contradicciones a las que puede llegarse sobre la base de la distinción fundada en la naturaleza del acto:

Así, por ejemplo, ¿debe entenderse que la asunción por el gobierno de Turquía de una obligación de garantía en relación con un préstamo concedido a la ciudad de Constantinopla constituye un acto de poder público? El tribunal de Apelación de París en sentencia dictada en 1957 en el asunto *Société Baure-Marschal* estimó que sí. El Tribunal de apelación de Rouen sostuvo en cambio la posición contraria en una sentencia pronunciada en 1965, tras la revocación del primer fallo por la *Cour de Cassation*. ¿Qué decir, por otra parte, de un contrato de suministro para el Ejército? Los tribunales italianos estimaron en el asunto *Guverno Rumeno c. Trutta* que la compra por un Estado extranjero de botas para el ejército constituía un acto de naturaleza privada. Por el contrario, en el asunto *Guggenheim* (1961) la *Cour de Cassation* francesa calificó la celebración por Vietnam de un contrato de suministro de cigarrillos para las fuerzas armadas como un acto realizado en el ejercicio de funciones de administración pública, concediendo a dicho Estado inmunidad⁹³.

Tales contradicciones se desnudan aún más, con otros ejemplos relevantes. En 1979 el Tribunal Federal suizo sentenció que la actividad de promoción de las oficinas de turismo estatales de Egipto constituía actos de imperio; mientras que un Tribunal alemán llegó a conclusión contraria en 1977 en un caso concerniente a la Oficina Española de Turismo⁹⁴. La Corte Suprema de los Estados Unidos negó la inmunidad de jurisdicción a Argentina en el asunto *Weltover* (1992), referente a una demanda por impago de bonos de la República, señalando que ésta había actuado en la forma que lo haría una persona privada. Del mismo modo, un tribunal de los Estados Unidos negó la inmunidad de jurisdicción de Chile en una acción de

⁹¹ Véase, Maekelt y Hernández-Bretón, Jurisdicción y derecho aplicable en materia de contratos de empréstito público..., ob. cit., pp. 330-331.

⁹² Remiro Brotóns, Antonio, Rosa Riquelme Cortado, Esperanza Orihuela Calatayud, Javier Díez-Hochleitner y Luis Pérez-Prat Durban, *Derecho Internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, pp. 803.

⁹³ *Ibid.*, pp. 800-804.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 803.

indemnización, consecuencia del asesinato político de Orlando Letelier que habría sido perpetrado en Estados Unidos por funcionarios policiales chilenos⁹⁵.

Si bien, la incertidumbre y las discrepancias pudieran haberse reducido significativamente gracias a la labor codificadora, culminada en cierto modo con la celebración en 2004 de la referida convención de Naciones Unidas sobre inmunidades de los Estados, todavía continúan algunos debates intensos sobre diversos aspectos de la inmunidad de jurisdicción⁹⁶. Además, dicha convención no ha entrado todavía en vigencia en ningún estado, ni ha sido suscrita por Venezuela, con lo que nuestra jurisprudencia sigue todavía apegada a la distinción tradicional y problemática entre actos de imperio y de gestión⁹⁷.

Estas dificultades, sumadas a la apremiante necesidad del Estado venezolano de poder celebrar negociaciones de cualquier nivel, sin camisas de fuerza heredadas del pasado, dejan ver claramente la insuficiencia y los riesgos de las tesis que recurren a la regla de inmunidad relativa para eludir el dispositivo del artículo 151 CRBV.

D. La invocación del principio de promoción del arbitraje

Si bien en oportunidades anteriores se negó la validez del acuerdo de arbitraje en contratos de interés público, sobre la base del artículo 151 CRBV⁹⁸, la jurisprudencia dio un vuelco al respecto en el que percibimos una interpretación correctiva, aunque de modo soterrado.

En efecto, Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 14 de febrero de 2001 con ocasión de un recurso de nulidad interpuesto por Fermín Toro Jiménez y Luis Britto García, contra el Decreto con rango y fuerza de Ley de Promoción y Protección de Inversiones, basado en el artículo 151 CRBV, entre otros alegatos:

Estima esta Sala que con **la previsión del arbitraje en los términos desarrollados en la normativa impugnada, no se violenta la soberana potestad de los tribunales nacionales para administrar justicia**, tal como lo afirma la parte actora, sino que, efectivamente —se reitera— se desarrollan las normas programáticas arriba señaladas, contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela... (resaltado nuestro).

Este criterio se desarrolló en sentencia de la Sala Constitucional de fecha 17 de octubre de 2008, con ocasión de un recurso de interpretación de la norma contenida en el único aparte del artículo 258 CRBV (“...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos...”), interpuesto dicho recurso

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 800-804.

⁹⁶ Quizás el más emblemático de ellos es el referido a la tensión entre los derechos humanos (especialmente, el derecho de acceso a la justicia) y la doctrina de la inmunidad de jurisdicción.

⁹⁷ Véase, Olivares Hernández y Briceño Laborí, La inmunidad de jurisdicción y su tratamiento por la jurisprudencia venezolana, ob. cit.

⁹⁸ Sentencia de la Sala Político-Administrativa TSJ, de 5/04/2006, caso *Venezolana de Televisión, C.A. v. Elettronica Industriale SpA.* Véase, Hernández-Bretón, Eugenio, El arbitraje internacional con entes del Estado venezolano, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2009, No. 147, pp. 141-168.

por la Dra. Hildegard Rondón de Sansó y otros, en representación de la Procuraduría General de la República. Al respecto, la sentencia afirma:

...la Sala advierte que **la posibilidad de someter a arbitraje u otros medios alternativos de resolución de conflictos contratos de interés general, surge entre otras circunstancias de la indiscutible necesidad del Estado de entrar en relaciones comerciales en forma directa o indirecta con factores extranjeros para el desarrollo de actividades de interés común**, que en muchos casos no puede acometer la administración pública o el sector privado del Estado, por lo que no sólo celebra contrataciones con empresas foráneas sino fomenta y regula junto con otros Estados nacionales, facilidades y condiciones para la inversión extranjera. Así, dentro de esas condiciones generales que fomentan y permiten la inversión extranjera resulta una práctica común y deseada por la mayoría de los inversionistas, la necesidad de someter las posibles diferencias derivadas del desarrollo de las correspondientes actividades económicas, a una jurisdicción que a juicio de las partes interesadas no tienda a favorecer los intereses internos de cada Estado o de particulares envueltos en la controversia.

...Por el contrario, **es bajo las circunstancias fácticas del comercio internacional** en el cual convergen los intereses (opuestos) tanto de los Estados, en desarrollar proyectos o generar situaciones económicas favorables que garanticen la realización de sus fines -vgr. Bien sea mediante la construcción de obras de interés general o con la adopción de políticas que promuevan la inversión productiva de capital foráneo-; como de los inversionistas, en la de participar en negocios o actividades económicas que les generen la mayor cantidad de beneficios económicos; **que debe determinarse el alcance y contenido del artículo 151 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

En tal sentido, **la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país.**

De ello resulta pues, que **la referencia constitucional en la expresión “(...) si no fuera improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos (...)” (artículo 151), no debe entenderse como relativa a una distinción formal o doctrinaria entre contratos de derecho público o privado, sino se vincula a la posibilidad efectiva de desarrollar una determinada actividad económica o negocio, que versan o inciden en materias de interés público**, entendido éste como “(...) el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el quehacer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos” (Cfr. Héctor J. Escola, *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 249 y 250). Por lo cual, en aquellos contratos de interés general

en los cuales se incorpore una cláusula arbitral no resulta errado afirmar que los mismos deben inscribirse dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa -Vid. Kaj Hobér. *Arbitration Involving States*. En la obra de Lawrence W. Newman y Richard D. Hill (Editores). *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration*. Second Edition, Juris Publishing, Inc., Suiza, 2004-.

Por lo tanto, en el contexto constitucional vigente y desde una perspectiva relativa a la determinación de la jurisdicción, resulta imposible sostener una teoría de la inmunidad absoluta o afirmar en términos generales la inconstitucionalidad de las cláusulas arbitrales en contratos de interés general, por el contrario, para determinar la validez y extensión de las respectivas cláusulas arbitrales se deberá atender al régimen jurídico particular correspondiente.

Así, se deberá atender tanto a las disposiciones normativas —vgr. Convenios Internacionales, legislación interna, o cláusulas contractuales— en las cuales se fundamentaría el sometimiento de las controversias a un sistema de justicia como el arbitral, como en la actividad desarrollada por la correspondiente entidad, ya que si bien bajo el principio “*par im parem non habet imperium*”, se ha afirmado que un Estado soberano no puede ser juzgado sin un consentimiento por escrito, así como la imposibilidad del Estado a someter a la jurisdicción de tribunales de otros Estados en materia relativas al ejercicio de la soberanía, podría presentarse circunstancias en las cuales el Estado directa o indirectamente —empresas estatales— actúe o desarrolle actividades de evidente carácter comercial que en forma alguna puedan subsumirse bajo la excepción de soberanía en los términos antes expuestos. (resaltado nuestro).

Aunque la Sala emplea en estos fallos criterios sobre la interpretación inversa de la excepción prevista en la norma, combinados con aquellos referidos a la inmunidad de jurisdicción estatal⁹⁹, también deja colar implícitamente una interpretación correctiva. Estas consideraciones dejan ver la búsqueda de una solución basada en las necesidades del Estado y las realidades del comercio internacional, junto a una ponderación entre el artículo 151 CRBV y el principio de favorecimiento del arbitraje (arts. 253 y 258 CRBV). Tal doctrina jurisprudencial ha sido ratificada por la Sala Político-Administrativa, la cual ha agregado:

En tal sentido, la Sala estima que el constituyente al incluir al arbitraje en el sistema de justicia de la República, atendió bajo un enfoque pragmático a la necesidad de permitir en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, que **en contratos de interés general el Estado tenga la posibilidad de someter los conflictos que se produzcan con ocasión de los mismos a la jurisdicción arbitral y así viabilizar las relaciones económicas internacionales necesarias para el desarrollo del país**¹⁰⁰ (resaltado nuestro).

⁹⁹ Véase epígrafe III.C.

¹⁰⁰ Sent. TSJ-SPA, del 01/11/2017, caso *Desarrollo Nacional Fonden, S.A. v. Banco Espíritu Santo, S.A. Banco Espíritu Santo, S.A. y Novo Banco, S.A.* En: <https://sl1nk.com/1obrc4d>. Sent. TSJ-SPA, del 16/07/2013, caso *Diques y Astilleros Nacionales C.A. (DIANCA) v. Raytheon Marine GmbH*. En: <https://11nq.com/j1cbzh5>

Entre nuestra doctrina, Eugenio Hernández-Bretón ha señalado recientemente:

Siendo que por mandato constitucional los medios alternativos de justicia forman parte del sistema de justicia (art. 253) y de que existe un deber constitucional de promover el arbitraje (art. 258), no debería ser cuestionable jurídicamente la posibilidad de que la República pactara la solución de controversias mediante arbitraje internacional...¹⁰¹.

Entendemos que se ha abierto por aquí un cauce correctivo adecuado, sobre una base más sólida. Aunque no se argumente de modo expreso, en estos nuevos criterios subyace una ponderación de principios constitucionales, en el que el favorecimiento del arbitraje encuentra cierta preminencia.

Si bien consideramos plausible este nuevo canal argumentativo, deben advertirse al menos dos falencias. En primer lugar, todavía no hay una admisión expresa de la necesidad de ponderar y corregir, lo que mantiene un velo de incertidumbre sobre la materia. En segundo lugar, esta solución solo corrige la posibilidad de someterse a tribunales distintos a los venezolanos, es decir al arbitraje internacional (comercial o de inversión), pero no corrige la limitación de someterse a las leyes venezolanas¹⁰².

IV. La interpretación correctiva como vía de solución

Si la literalidad de la norma nos bloquea y las soluciones planteadas carecen de la solidez y suficiencia necesaria, por las razones que expusimos anteriormente, la vía más apropiada y plausible es una interpretación correctiva.

No se trata de “interpretar” lo que la norma no dice, sino de ponderar su mandato frente al resto del sistema constitucional. El artículo 151 busca proteger el interés público, pero una aplicación ciega y rígidamente literal de la reserva, en la actualidad, produciría el efecto contrario: lesionaría el interés general al obstruir la posibilidad de revitalizar la economía nacional y ahuyentaría los capitales necesarios para el desarrollo.

Bajo los métodos modernos de interpretación constitucional, y admitida la necesidad de corregir el dispositivo de la norma, pensamos que la solución más plausible es la de entender que la improcedencia de acuerdo con la “naturaleza del contrato” debe ser sustituida por la “naturaleza práctica del negocio”. Si el negocio jurídico es internacional y requiere estándares de resolución de controversias globales para ser viable, como el sometimiento a otra jurisdicción o legislación, el interés público general dicta que la cláusula de reserva debe considerarse improcedente en favor de la viabilidad económica del negocio. Este planteamiento no es nuevo. La idea fue inicialmente propuesta en Venezuela por el Dr. Gustavo Planchart, y ha sido acogida

¹⁰¹ Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República. ..., ob. cit., p. 1116.

¹⁰² Véase Nota 89.

posteriormente por autores como Boscán de Ruesta, Badell, Brewer-Carías y Balzán¹⁰³. Tal interpretación también se incluyó en la citada Corte Suprema de Justicia en Sala Plena Accidental del 17 de agosto de 1999, del caso *Apertura Petrolera*¹⁰⁴.

Lo que estamos apuntando o agregando aquí, es el reconocimiento de que la norma no se refiere realmente a la naturaleza práctica del negocio, pero deberíamos entenderla así, como fórmula correctiva.

Es de hacer notar que, en el marco del arbitraje, la interpretación correctiva encuentra un refuerzo adicional al tener en cuenta que la lectura rigurosa del artículo 151 CRBV choca también con el principio *pro arbitraje* (arts. 353 y 358 CRBV). Además, tanto en el arbitraje de inversión, bajo el paraguas de los tratados de protección de inversiones, como en el marco de las cláusulas de arbitraje comercial, pautadas al amparo de la Convención de Nueva York, domina el criterio conforme al cual, una disposición constitucional o legal interna no puede ser excusa de la violación de un tratado internacional¹⁰⁵.

Otra fórmula de solución correctiva que podría aplicarse, apuntaría a reconsiderar la interpretación tradicional que se le ha dado a la consecuencia jurídica y al mandato implícito de la norma. En la interpretación generalizada, se ha entendido siempre que la norma impone su respectiva reserva (cuando aplica) de modo imperativo, aunque no esté escrita¹⁰⁶. Incluso, si las partes acuerdan renunciar a la ley y la jurisdicción venezolana, eligiendo otras diferentes, se ha entendido que la consecuencia sería la nulidad de tal estipulación¹⁰⁷, pues se trata de un

¹⁰³ Boscán de Ruesta, La Inmunidad de jurisdicción..., ob. cit., p. 45; Badell Madrid, Contratos de interés público..., ob. cit., p. 36; Brewer-Carías, *Debate Constituyente*..., ob. cit., pp. 218; Balzán, El arbitraje en los contratos de interés público..., ob. cit., p. 337. En contra, Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República..., ob. cit., p. 117. “La experiencia venezolana, tanto al examinar las decisiones jurisprudenciales como las opiniones doctrinarias, muestran que el problema jurídicamente no tiene respuesta y por ello se acude a un criterio ‘práctico’ que realmente, como dijimos antes, no es solución al problema, solo crea un problema que es idéntico al que trata de solucionar. Por su parte, el artículo 1 de la Constitución tampoco sería problema en la medida en que sea admisible la sumisión a órganos jurisdiccionales no venezolanos”.

¹⁰⁴ “...ciertamente la naturaleza determinada constitucionalmente no es la naturaleza jurídica del contrato, no es la que se refiere a los rasgos característicos de la contratación, esto es, no está vinculada a las notas que permitan incluirlo en una determinada clasificación el tipo de contratos, pues ella queda claramente evidenciada del señalamiento ‘de interés público’ que hace la norma, y efectivamente, se trata de la gestión administrativa involucrada en la negociación, la que determinará la posibilidad de la excepción a la inmunidad jurisdiccional”. Véase también, Hernández-Bretón, La inmunidad (de jurisdicción) de la República..., ob. cit., p. 1105.

¹⁰⁵ Véase, entre muchos otros, Park, William W. y Alexander Yanos, Treaty Obligations and National Law, en: *Hastings Law Journal*, 2006, Vol. 58, pp. 251ss. En: <https://11nq.com/w34obph>

¹⁰⁶ Sent. 1999 CSJ SP, “[E]l artículo 127 de la Constitución, ... dispone la obligatoriedad de incorporar en todo contrato de interés público una cláusula según la cual las dudas y controversias que se susciten con relación a dichos contratos y que no llegaren a resolverse de forma amigable por las partes, serán decididas por los Tribunales de la República”.

¹⁰⁷ Toro Jiménez, *Derecho internacional público*..., ob. cit., p. 626. Rodríguez Carrera, Algunas consideraciones sobre la jurisdicción..., ob. cit., p. 168.

supuesto de inderogabilidad¹⁰⁸ o exclusividad de la jurisdicción venezolana¹⁰⁹ y configura una imposición obligatoria¹¹⁰ y prohibitoria¹¹¹.

Ahora bien, en la búsqueda de una interpretación correctiva, respetuosa y apegada a la letra de la norma, valdría la pena repensar estas posturas, pues el enunciado realmente no desprende tal rigor en su literalidad, sino que simplemente dispone que la cláusula de reserva se entenderá estipulada, aunque no estuviere expresa. En realidad, la regla no prevé de modo específico el supuesto en que el contrato contenga una cláusula explícita de renuncia a la ley o a la jurisdicción venezolana. Puede sostenerse, sin violar la letra de la norma, que esta actúa solo de modo residual en casos de omisión de los contratantes de una cláusula de elección de foro o de ley. De este modo, resultaría viable comprender que el precepto solo actúa en caso de omisión de una cláusula de resolución de controversias en ese sentido.

Estamos conscientes que esta última interpretación invalidaría el sentido práctico de la norma, pues en este tipo de contrataciones de mayor relevancia, es sumamente extraño que los contratantes no consideren incorporar una cláusula de resolución de controversias. Sin embargo, tal como hemos insistido, se trata de una norma que no debería existir en la actualidad y cuya eficacia literal y real, traería consecuencias catastróficas para el país.

Conclusiones

No rechazamos del todo las interpretaciones flexibilizadoras analizadas, pues, aun cuando puedan sostenerse sobre bases inestables, resuelven en gran medida la traba impuesta por el artículo 151 CRBV, cuyo origen es decimonónico y su *ratio legis* se distancia enormemente de la realidad internacional jurídica y comercial de hoy.

De un modo u otro, todas esas interpretaciones tienen un propósito y un efecto implícito de corrección de la norma, en un contexto donde el comercio y el arbitraje han evolucionado de la mano, para dar una respuesta satisfactoria a los temores del pasado.

Asimismo, tales interpretaciones, en especial, las que sostiene la jurisprudencia venezolana, forman parte de nuestra realidad jurídica y, al provenir (buena parte de estas) de la Sala Constitucional, tienen un efecto vinculante innegable que permite considerar que la norma ya no produce sus efectos perjudiciales.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 172.

¹⁰⁹ Madrid Martínez, El artículo 151 de la Constitución. ..., ob. cit., p. 447-448. La autora se pronuncia en cuanto a que dicha norma consagra la jurisdicción exclusiva, aunque que contiene una “fuerte dosis de inmunidad”, al tiempo que señala que la razón de ser de la exclusividad es esa misma inmunidad y termina por admitir que en los casos en que el Estado no goza de inmunidad conforme a las concepciones restrictivas, puede renunciarse a la jurisdicción y la ley venezolana.

¹¹⁰ Sansó de Ramírez, Beatrice, La Inmunidad de Jurisdicción en el Artículo 151 de la Constitución de 1999, en: AA.VV., *Libro Homenaje a Enrique Tejera París “Temas sobre la Constitución de 1999”*, Caracas, FCJPUCV, 2001, pp. 338-339, esp. p. 341.

¹¹¹ Brewer-Carías, *Arbitraje en el sector público...*, ob. cit., p. 315.

En consecuencia, las autoridades y empresas venezolanas pueden pactar cláusulas de sometimiento a leyes y jurisdicciones diferentes a la venezolana para contratos de interés público¹¹². El funcionario que las suscriba no incumple ningún deber, y el operario jurisdiccional que les reconozca validez actúa conforme a derecho.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial más consolidada continúa sostenida en gran parte sobre la idea de que la norma acoge el principio de inmunidad de jurisdicción restringida. Y esta concepción, más allá de que sea correcta o no, resulta insuficiente como hemos explicado, porque podría limitar a la República la posibilidad de suscribir cláusulas de sometimiento a otros foros y leyes en contratos que pudieran considerarse como actos de imperio¹¹³.

Las tesis que procuran limitar la noción de contratos de interés público para escapar del artículo 151 CRBV, también carecen de un asidero sólido y resultan igualmente insuficientes, por las mismas razones que se han señalado con relación a la inmunidad de jurisdicción.

La interpretación que sugiere la posibilidad de renunciar a la reserva de jurisdicción y ley, si la “naturaleza del contrato” lo permite, es contraria al sentido literal de la norma.

De modo que las posibles interferencias del precepto constitucional, y el debate sobre éste, no han culminado de manera definitiva.

El verdadero interés nacional reside en una interpretación que sea capaz de enmendarla en nombre de la prosperidad y el desarrollo. Esto pasa por una ponderación de principios, en el entendido necesario de que la disposición plantea hoy serias contradicciones con otros postulados constitucionales, como los propios “fines esenciales” del Estado, entre los cuales se encuentra la “promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo” (art. 3 CRBV), así como normas y principios del mismo rango, como la “productividad” y el aseguramiento del “desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad” (art. 299 CRBV).

Asimismo, el cuestionado precepto también se opone al deber de promoción del arbitraje y otros medios alternativos (arts. 353 y 358 CRBV).

Cortar el nudo gordiano del artículo 151 no es un acto de debilidad soberana, sino un ejercicio de realismo jurídico que permite al Estado venezolano participar en el mercado global con las herramientas que el comercio internacional exige, garantizando que el derecho sea el motor, y no el freno, de la recuperación del país.

En última instancia, la norma persiste hoy como un cadáver insepulto que exige, por imperativo de la seguridad jurídica, su santa sepultura.

Tal rito de paso supone entender (correctivamente) que la expresión sobre la “naturaleza” del contrato, se refiere a la naturaleza orgánica y pragmática del negocio internacional. Opcional o adicionalmente, puede sostenerse que la norma no previó las circunstancias en que los

¹¹² Sin perjuicio de la aplicación del art. 150 CRBV.

¹¹³ Véase epígrafe III.C (iii).

contratantes expresamente incluyan cláusulas de elección de foro o ley, sino los casos de omisión de tal elección.

En cualquier circunstancia, la norma no puede impedir el sometimiento al arbitraje u otros medios alternativos de solución de controversias, tanto en Venezuela como en el extranjero. Por lo tanto, el artículo 8 de la nueva Ley Orgánica de Hidrocarburos está perfectamente consustanciado con los postulados constitucionales.

Quede aquí también asentada una modesta contribución para la hoja de ruta de un constituyente futuro: después de su sepultura, la norma debería ser exhumada para una incineración sanitaria que purifique nuestro sistema y rescate la certeza del derecho de las sombras de este anacronismo.

Aplicación del Derecho extranjero, evolución de su tratamiento en el Derecho Internacional Privado uruguayo. Análisis en particular de las soluciones consagradas por la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay

*Eduardo Tellechea Bergman**

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 475-495.

Nuestro homenaje a la fraterna escuela iusprivatista internacional venezolana, de tan importante aporte en la construcción y desarrollo del Derecho Internacional Privado continental, en el 130 aniversario del comienzo de la enseñanza de la disciplina en Venezuela, así como al querido Maestro, Prof. Dr. Didier Operti Badan, figura señera del Derecho Internacional Privado Interamericano.

“La aplicación de las leyes de un país por los tribunales de otro, en los casos en que este tratado lo autorice, es de riguroso precepto, aun cuando la parte interesada no haya producido prueba sobre la existencia de dichas leyes”.

Gonzalo Ramírez, 1888¹

Resumen

El presente trabajo analiza las soluciones consagradas en el Derecho Internacional Privado uruguayo, convencional y de fuente nacional, especialmente a nivel de lo dispuesto por la Ley General de Derecho Internacional Privado, en materia de información, aplicación e interpretación del Derecho extranjero y recurribilidad de las decisiones adoptadas en los casos en que corresponda su aplicación.

Abstract

This paper analyzes the solutions established in Uruguayan private international law—both treaty-based and domestically derived—particularly as set forth in the General Law on Private International Law, with regard to the information, application, and interpretation of foreign law, as well as the appealability of decisions rendered in cases where such law applies.

Palabras clave

Aplicación del Derecho extranjero. Información. Interpretación. Recurribilidad de las decisiones que aplican Derecho extranjero.

Keywords

Application of foreign law. Information. Interpretation. Appealability of decisions applying foreign law.

*Antiguo Titular de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Ex Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado y actual Miembro del Honor del mismo. Miembro Honorario de ASADIP. Ex Director de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional de Uruguay. Delegado de Uruguay a las CIDIPs. Presidente de la Delegación de Uruguay en la Comisión Técnica de Justicia del Mercosur. Negociador de convenios de cooperación jurídica internacional, entre otros países, con Argentina, Brasil, Chile, España, Estados Unidos, Francia.

¹ Ramírez, Gonzalo, *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*, Buenos Aires, Félix Lajune Editor, 1888, art. 94, p.58.

Sumario

I. Aplicación del Derecho extranjero. A. Antecedentes en el Derecho Internacional Privado uruguayo y de la región. B. Desarrollos clásicos de la doctrina nacional y sudamericana. C. Precedentes directos de las soluciones de la Ley General de Derecho Internacional Privado en el tema. 1. Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. 2. Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero. 3. Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales. II. Interpretación del Derecho extranjero. III. Aplicación del Derecho de Estados con sistemas plurilegislativos. IV. Conflicto internacional transitorio. V. Conocimiento del Derecho extranjero. A. Obligación de investigar y determinar el Derecho extranjero. B. Medios para la información del Derecho extranjero. 1. Primeras soluciones. 2. Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero. 3. Otras regulaciones convencionales vigentes para Uruguay que contienen disposiciones referidas a la información del Derecho extranjero. a. Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”. b. Convenios en materia de minoridad y familia. c. Convenios bilaterales con disposiciones que refieren a la información del Derecho. 3. Normativa uruguaya de fuente nacional. VI. La obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto y la pretendida excepción de falta de conocimiento de su contenido. A. No probado el Derecho extranjero, se debe absolver al demandado. B. Aplicación de un Derecho que se asemeje al desconocido. C. Aplicación de “principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas”. D. Aplicación de la ley del foro. E. Nuestra posición. VII. Recurribilidad de las decisiones dictadas en error del Derecho extranjero.

El incremento contemporáneo de las relaciones privadas internacionales y, más allá de pluralismos metodológicos, la relevancia de las regulaciones convencionales y de fuente nacional que responden a metodologías conflictualistas, determina el creciente planteo de situaciones jurídicas vinculadas a la aplicación del Derecho extranjero.

La Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, Ley no. 19920, promulgada el 17 de noviembre de 2020, en adelante, Ley General, en el Capítulo I, “Normas Generales”², artículos 2, 3 y 4, aborda de manera sistemática las cuestiones referidas al tratamiento del Derecho ajeno al foro: su aplicación, interpretación, información y así como la recurribilidad de las decisiones adoptadas en tales casos³.

² Consideramos acertada la metodología utilizada por la Ley General al destinar el Capítulo inicial a la teoría general del Derecho internacional privado, pues, como señalara Tatiana B. de Maekelt: “Sin la parte general, el Derecho internacional privado se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la cientificidad”, Maekelt, Tatiana, *Teoría general del derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie de Estudios, No. 87, 2ª ed. actualizada y ampliada, 2010, presentación a la segunda edición, pp. XXX - XXXI. Entre otros textos de la región participan de este criterio, la Ley de Venezuela de 1998 de Derecho Internacional Privado, así como el Código Civil y Comercial de la Nación, Argentina, Libro Sexto, “De las disposiciones comunes a los derecho reales y personales”, Título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo I, “Disposiciones generales”.

³ Acerca de la aplicación y tratamiento del derecho extranjero en el sistema de Derecho Internacional Privado uruguayo, ver, entre otros, Tellechea Bergman, Eduardo, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Capítulo “Aplicación, Tratamiento e Información del Derecho Extranjero y su Regulación en Nuestro Derecho Internacional Privado de Fuente Convencional y Nacional”, Montevideo, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, 1982, pp. 15-110; *Derecho Internacional Privado*, Título IV, “Aplicación e Información del Derecho Extranjero”, Montevideo, LA LEY - Uruguay, 2010, pp.168-201; “Aplicación

I. Aplicación del Derecho extranjero

La Ley General en el artículo 2 “(aplicación del Derecho extranjero)”, preceptúa: “El Derecho extranjero debe ser aplicado de oficio...”⁴.

A. Antecedentes en el Derecho Internacional Privado uruguayo y de la región

Constituye un precedente inicial, el artículo 94, transcripto en el acápite del presente trabajo, del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de Gonzalo Ramírez, origen

e Información del Derecho Extranjero en el Ámbito Interamericano, Regional y en el Uruguay”, en: *Revista de la Secretaría Técnica del Tribunal Permanente de Revisión (MERCOSUR)*, 2014, año 2, No. 3, pp.35-59. Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955, pp. 493-557. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, T. I, Parte General, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, pp.222-255. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Capítulo 6. Aspectos generales del sector del Derecho aplicable, en: D. Fernández (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, pp. 258 ss. Operti Badán, Didier, Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado, Vol. II. Solari Barrandeguy, Marcelo, El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en el sistema de Derecho internacional privado uruguayo, en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, 1975-1976, No. 4, pp. 283 ss. Vescovi, Eduardo, Capítulo 8. Aspectos generales del sector del derecho procesal civil internacional, IV. Problemas procesales de la aplicación del Derecho extranjero, en: D. Fernández (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia Editor, 2003, especialmente, pp. 363-370.

⁴ La aplicación del Derecho extranjero es abordada ya en los albores del Derecho Internacional Privado por la estatutaria italiana a fines del siglo XIII, que al proclamar en la Glosa Magna la extraterritorialidad de las leyes es origen de la cuestión referida a la aplicación del Derecho ajeno al foro. Los estatutarios restringen el alcance del aforismo “*iuria novit curia*” a los estatutos de la ciudad a la que pertenece el magistrado actuante, sosteniendo que es a los litigantes a quienes corresponde alegar y acreditar el Derecho extranjero. Posición que adquiere su expresión clásica a mediados del siglo XIX con autores como Foelix y Story, que asimilan el Derecho extranjero a los hechos, lo que trae como consecuencias: a) el Derecho ajeno al foro debe ser invocado y acreditado por las partes; b) es renunciabile; c) no puede ser alegado en segunda instancia; d) los errores cometidos en su aplicación no son susceptibles de los recursos previstos contra los errores de Derecho.

La concepción tradicional mantiene, en algunos aspectos, cierto predicamento hasta avanzado el siglo veinte y autores como Battifol, señalan que la norma extranjera no posee fuera del país de origen imperatividad, por lo que no corresponde su aplicación de oficio (Battifol, Henri, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, París, L.G.D.J., 1959, pp.381). En la misma época y en similar sentido, Satta, afirma que quien se presente ante un juez italiano invocando una norma extranjera como elemento constitutivo de su Derecho, está obligado a ofrecer prueba de la existencia de esa norma (Satta, Salvatore, *Iuria novit curia*, en: *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*, 1955, p. 380 ss., especialmente p. 382).

Una importante evolución en la concepción del Derecho extranjero como hecho, es la “teoría del hecho notorio” desarrollada por Goldschmidt, quien señala que, en tanto hecho notorio, el juez debe tener en cuenta la norma extranjera aun cuando las partes no la acrediten, Goldschmidt, Werner, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Bosch, 1935. La aplicación del Derecho extranjero como Derecho tiene fundamento en la escuela histórica alemana, especialmente con Savigny, que al destacar la índole jurídica de la norma extranjera sienta las bases que propician su aplicación de oficio. En similar sentido, Mancini expresa: “los Estados no pueden rehusarse legítimamente a aplicar leyes extranjeras” (Mancini, Pascual Estanislao, De la utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d’un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles, en: *Journal de Droit International Privé*, 1874, especialmente p. 231).

La concepción del Derecho extranjero como Derecho tiene como consecuencias: a) la aplicación de oficio del Derecho extranjero cualquiera que sea la actitud procesal de la partes; b) las partes son meros colaboradores en la acreditación del Derecho extranjero, y si no lo hacen, el juez está obligado, igualmente, a aplicarlo cuando así corresponda; c) recurribilidad, la no aplicación del Derecho extranjero o su errónea aplicación, dan lugar a la interposición de todos los recursos previstos en el ordenamiento del foro en relación a la aplicación errónea del D.

Por un análisis detallado de las distintas posiciones acerca de la aplicación del Derecho extranjero, puede verse Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., pp. 168 ss. Al respecto ver también, entre otros, Fresnedo de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., pp. 224 ss.; Scotti, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Thomson Reuter - LA LEY, 2017, pp. 120 ss.

de muchas de las soluciones recibidas por los Tratados de Montevideo de 1889. Solución que abreva en conceptos, nuevos para la época, consagrados en la legislación alemana, ZPO de 1887, párrafo 293⁵. Criterio que se plasma en el artículo 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889, que en relación a “Las leyes de los Estados contratantes”, a que refiere su artículo 1, dispone: “Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa”. Concepción que se adelanta a las conclusiones del L’Institut de Droit International adoptadas dos años más tarde, en la Sesión de Hamburgo de 1891, en las que se concluyera:

en el estado actual del Derecho y las relaciones internacionales y en presencia del gran número de leyes elaboradas en los países civilizados, las pruebas de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes⁶.

Si bien el texto del artículo 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 hace referencia a la aplicación de oficio de las “leyes”, desarrollos de la doctrina uruguaya han interpretado la expresión en un sentido amplio, en tanto sinónimo de Derecho, incluyendo, en consecuencia, otras fuentes como la jurisprudencia y, en su caso, la costumbre, tal, la posición del maestro Quintín Alfonsín^{7 8}.

El artículo 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1940, mantiene la solución del texto de 1889.

La otra importante codificación continental clásica del Derecho Internacional Privado, el Código de Bustamante, La Habana, 1928⁹, en el Libro Cuarto, “Derecho Procesal Internacional”, Título Séptimo, Capítulo II, “Reglas Especiales sobre la Prueba de Leyes Extranjeras”, artículo 408 a 411, inclusive, también consagra la aplicación “de oficio” de las leyes de los demás Estados contratantes, artículo 408, pero además de referir a las leyes, hace mención al “Derecho”. Tal lo resultante del texto de los artículos 409 y 410. Y en el Título Octavo, “Del Recurso de Casación”, el Código admite la interposición del recurso de casación por

⁵ ZPO, párrafo 293, “El Dextranjero, el consuetudinario, y el estatutario, solo necesitan ser probados cuando el tribunal no los conozca. Para la determinación de los preceptos de esta clase, el tribunal no queda limitado a las pruebas que produzcan las partes, está facultado para servirse de otras fuentes de conocimiento y para ordenar todo lo que conduzca al aprovechamiento de las mismas”.

⁶ Conclusiones citadas por Vico, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1935, p. 236.

⁷ “...El Derecho privado aplicable a la relación comprende normas escritas (leyes, decretos...), consuetudinarias (costumbres, usos...) y jurisprudenciales. Es frecuente mencionar el Derecho aplicable con la locución “ley aplicable”, pero esta última locución es sinónima de Derecho aplicable, e incluye, como es obvio, las normas escritas que no son leyes *stricto sensu*, las normas consuetudinarias y las jurisprudenciales”, Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*..., ob. cit. p.493.

⁸ En similar sentido, Fresno de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., p. 237.

⁹ El Código de Bustamante fue ratificado por: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Por razones técnicas, Argentina, Paraguay y Uruguay, Estados Partes de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, no lo ratificaron.

“infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en la mismas condiciones y casos que respecto del Derecho nacional”.

B. Desarrollos clásicos de la doctrina uruguaya y sudamericana

En Uruguay, con posterioridad a Gonzalo Ramírez, Rafael Gallinal, en 1916, señala: “parece evidente que la ley extranjera no puede ser considerada un hecho, sino que debe serlo como el Derecho según el cual el juez debe decidir”¹⁰. Posición que en los años cincuenta del siglo pasado Alfonsín desarrolla con sólida argumentación¹¹, constituyendo su pensamiento importante precedente considerado por la doctrina nacional en ocasión de analizar el tema con vistas a la CIDIP II¹². En esos años, los tribunales uruguayos concretan en la práctica judicial el mandato referido a que el Derecho extranjero debe aplicarse e investigarse de oficio. Tal el “caso *Corrit*”¹³, en el que los magistrados actuantes asumen inobjectables posiciones. Así, el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 3er. Turno¹⁴, admitió con amplitud distintos medios de información del Derecho, vr. gr, textos legalizados de legislación dinamarquesa y del Derecho chino transcritos en “*Law of Republic of China*” y abundante información pericial tanto de abogados dinamarqueses, como de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, reconociendo el carácter jurídico de la legislación extranjera al examinarla en los considerandos de la sentencia. El Tribunal que dicta en Segunda Instancia el fallo definitivo¹⁵, confirma *in totum* la sentencia recurrida y funda sus conclusiones acerca del Derecho aplicable además de los aportes de los litigantes, en sus propias investigaciones, tal,

¹⁰ Gallinal, Rafael, *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil - De las pruebas. Comentarios a los arts. 327 a 349*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1916, p. 36.

¹¹ “La investidura del juez lo obliga a administrar justicia con arreglo al Derecho vigente en su propio Estado, si ese Derecho comprende normas de Derecho internacional que señalen como aplicable un Derecho extranjero, el juez está obligado aplicarlo. Para cumplir con esa obligación, no es preciso que el juez conozca de antemano todo el Derecho privado del mundo, basta con que de oficio pueda promover los medios oficiales que la ley o el Tratado ponen a su alcance...”, Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*..., ob. cit., pp. 539-540.

¹² Tal la posición sostenida en Cátedra y en trabajos preparatorios de la CIDIP II por el Prof. Operti y los relatos de Solari, Marcelo, “Prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas vigentes en los países americanos” y de Tellechea Bergman, Eduardo, Cuestiones procesales relativas a la aplicación del Derecho extranjero, en: *Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, Montevideo, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional - Asociación Argentina de Derecho Internacional*, Montevideo, Acali Editorial, 1979, respectivamente pp. 53-61 y pp. 36-51.

¹³ El caso Corrit supuso una controversia acerca del valor en el Derecho uruguayo de un convenio de sociedad familiar universal celebrado en Shangai en 1946. El acuerdo involucraba a un dinamarqués residente en China y su esposa, rusa exilada, que se habían casado en Shangai, ante el cónsul dinamarqués, en 1927. Tiempo después y en razón del cambio institucional operado en China, el matrimonio se radica en Uruguay, tramitando su separación conyugal en los años sesenta. Se plantea entonces ante los tribunales nacionales y en relación al reclamo de disolución de la sociedad de bienes pactada, la cuestión de su validez. La esposa afirmó su valor apoyándose en el Derecho chino de la época de constitución de la sociedad, en tanto que el marido lo negaba fundándose en el Derecho dinamarqués que consideraba resultaba aplicable en razón de capitulaciones sino-dinamarquesas del siglo XIX (que habían sido denunciadas por China). Más información en: *Revista Uruguaya de Derecho Internacional*, No. 4, años 1975/1976, dedicada totalmente al caso.

¹⁴ A cargo del Dr. R. Addiego Bruno.

¹⁵ Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3er. Turno, integrado por los Ministros Drs. Torello Giordano, Reyes Terra e Igoa Erasun.

obra de René Dekers, “El Derecho privado de los pueblos”, de la que toma conceptos de significativa incidencia en las conclusiones del fallo. Se lleva de este modo a la práctica judicial el principio que el Derecho extranjero debe ser interpretado e investigado de oficio, sin perjuicio de los aportes de las partes.

En Argentina, en esos años, el pensamiento de Goldschmidt¹⁶ hace escuela y en las “Jornadas de Derecho y Relaciones Internacionales de la Universidad de Belgrano, en 1971, se concluye: “es deseable por ser justa, la aplicación de oficio de la ley extranjera competente”¹⁷. Y en Brasil, Haroldo Valladão, expresa: “la aplicación de ese Derecho —refiriéndose al Derecho extranjero— se hará como Derecho en su totalidad”¹⁸.

Posiciones similares son sostenidas en Venezuela por Gonzalo Parra Aranguren, Joaquín Sánchez Covisa y Roberto Goldschmidt, en el “Proyecto de Normas Generales de Derecho Internacional Privado”¹⁹; y en Colombia, por Marco Gerardo Monroy Cabra²⁰.

C. Precedentes directos de las soluciones de la Ley General en el tema

1. Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

La Convención al disponer en el artículo 2, “Los jueces y autoridades de los Estados Partes estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero...”, si bien no emplea la expresión “de oficio”, consagra indubitadamente la aplicación preceptiva en coincidencia con sus antecedentes inmediatos, artículos 2 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940 y 408 del Código de Bustamante, así como lo dispuesto por el artículo 3 del Proyecto de Convención elaborado por el Comité Jurídico Interamericano el 24.1.1978, documento preparatorio de la CIDIP II²¹, y los criterios acordados en la materia por la Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional celebradas en Montevideo en octubre de 1978 con finalidad de aunar posiciones con miras a la CIDIP II, “Derecho Internacional Privado - Recomendaciones y Resoluciones”: “Sobre la prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas en países americanos”, Recomendación 3²².

¹⁶ Goldschmidt, *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit. desarrolla la teoría del “uso jurídico”, que no obstante concebir al Derecho extranjero como un hecho, al calificarlo de “hecho notorio, es decir, “hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico”, modifica sustancialmente el enfoque tradicional.

¹⁷ Citadas por Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 2ª ed., 1974, p. 469.

¹⁸ Valladão, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980, p. 224.

¹⁹ Proyecto, art. 57, “El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable y los tribunales podrán dictar providencias encaminadas al mejor conocimiento del mismo”, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela*, 1977, año XXXII, p. 32.

²⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Editorial Temis, 1972, p. 532.

²¹ Art. 3, “La aplicación de las leyes de los Estados contratantes será hecha de oficio por el juez de la causa...”.

²² Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional. Derecho Internacional Privado. “Recomendaciones y Resoluciones: 3. Sobre prueba del Derecho extranjero e información sobre normas jurídicas en países americanos:

Al respecto cabe tener presente, además, y muy especialmente, que la aplicación de oficio del Derecho extranjero fue avalada de manera expresa tanto por el “Informe del Presidente del Grupo de Trabajo de la Comisión II de la Conferencia”, Delegado de Perú, Dr. Mac Lean Ugarteche²³, como por el Presidente de dicha Comisión, Prof. Dr. Gonzalo Parra Aranguren, Delegado de Venezuela, que resalta el consenso alcanzado “acerca del deber del juez de investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero que resulte competente por mandato de la respectiva norma de Derecho Internacional Privado”²⁴. Interpretación confirmada, asimismo, por la pacífica aceptación del tenor del artículo por las Delegaciones de países que como Argentina, Brasil, Uruguay y Venezuela, sostuvieran firmemente en la Conferencia la aplicación de oficio del Derecho ajeno al foro.

En cuanto al alcance a otorgar a la expresión “Derecho”, utilizada por el artículo 2, surge del “Informe del Relator de la Comisión II”, Prof. Dr. Opertti, que el término es empleado en sentido amplio, comprensivo no sólo de las normas escritas, sino de todas las fuentes jurídicas de un ordenamiento²⁵, tal como propusiera al respecto la Recomendación 3.5 de la Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional²⁶.

1. Se consagre en la Convención sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, como principio básico, la aplicación de oficio del Derecho extranjero, ratificándose de tal manera las soluciones contempladas por el Código de Bustamante de 1928 y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

2. Igualmente se acepte la facultad de las partes de colaborar con el Juez, ya sea en forma de mera alegación del Derecho foráneo ya sea aportando información acerca del mismo.

3. Los jueces y autoridades administrativas pueden valerse de cuantos medios de averiguación del Derecho extranjero consideren necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas.

4. Sería indispensable que siguiéndose los lineamientos del Convenio sobre “Información en Materia Jurídica respecto al Derecho Vigente y su Aplicación”, adoptado por la II Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano Luso Americanos y Filipinas —ratificado entre otros por la República Argentina— los Estados Partes de la futura Convención de la OEA centralicen la actividad de información sobre sus respectivos Derechos en un órgano nacional especializado.

5. La información sobre el Derecho vigente en cada país, especialmente la proporcionada por los órganos nacionales pertinentes, contenga, según el caso, las normas y sus fuentes, así como la jurisprudencia judicial y administrativa y doctrinas nacionales existentes.

6. Se promueva dentro del marco de la OEA la creación de un Centro de Información sobre el Derecho de los países de la región, a cuyo efecto cada Estado contratante se obligue a transmitir al mismo, la información a que se refiere el apartado anterior, actual y futura.

7. Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece.

8. Hacer llegar a las autoridades competentes las presentes conclusiones”.

En las Jornadas intervinieron en materia de Derecho Internacional Privado: por Argentina, los Profesores, Drs. Werner Goldschmidt, Eduardo Leopoldo Fermé, Alicia Perugini y Antonio Boggiano y por Uruguay, los Profesores, Drs. Manuel A. Viera, Didier Opertti, Ronald Herbert, Marcelo Solari, Berta Feder y el autor, que junto al recordado colega Eduardo Fermé, tuvieron a cargo la redacción de las conclusiones en la materia.

²³ El informe señala que el Grupo de Trabajo concluyó que la aplicación “debía hacerse de oficio”, Documento CIDIP II/62, p.3.

²⁴ Parra Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho Intencional Privado en América*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1982, p. 420; id., Documento CIDIP II/62, p.4.

²⁵ Informe del Relator, Documento CIDIP II/68, p.4

²⁶ Ver nota 22.

2. Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero²⁷

El Convenio es coincidente con las soluciones en materia de aplicación e información del Derecho extranjero legisladas por las Convenciones Interamericanas de 1979 sobre el tema y regula sobre la aplicación de oficio del Derecho ajeno al foro empleando una terminología similar al artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, disponiendo: “Los jueces y autoridades de las Partes, cuando así lo determinen sus normas de conflicto, estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento éste pertenece”.

3. Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”

El Código consagra en el Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, artículos 524 a 543, inclusive, una regulación completa de la cooperación jurisdiccional internacional y el reconocimiento de fallos extranjeros²⁸ aplicable en defecto de tratado o convención, artículo 524, constituyendo junto a la Ley General, el otro pilar básico del sistema uruguayo de Derecho internacional privado de fuente nacional.

El Código regula en el Capítulo I, “Principios Generales”, la aplicación del Derecho extranjero, modificando la expresión del artículo 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales dirigida a los aplicadores referida a que “estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero”, texto que originara ciertas dudas en su interpretación, hoy resueltas, por un claro mandato que preceptúa, artículo 525.3: “Los tribunales deberán aplicar de oficio el Derecho extranjero e interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva” y constituye en sus numerales 3 y 4, el precedente inmediato de las soluciones consagradas en la materia por la Ley General.

II. Interpretación del Derecho extranjero

El artículo 2 de la Ley General, párrafo primero, dispone no sólo acerca de la aplicación del oficio del Derecho extranjero, sino, además, que éste debe “interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva”. Interpretación

²⁷ Ratificado por Uruguay por Decreto - Ley No. 15.109 de 17 de marzo de 1981, en vigencia desde el 12 de mayo de 1981.

²⁸ El Título X, “Normas Procesales Internacionales”, regula: Capítulo I, “Principios Generales”; Capítulo II, “De la Cooperación Judicial Internacional”; Capítulo III, “De la Cooperación Judicial Internacional en Materia Cautelar”; Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”. El Título fue elaborado por el Profesor Dr. Operti y el autor, a solicitud de la Comisión encargada de preparar el Proyecto de Código General de Proceso, integrada por los procesalistas, Profesores, Drs. Adolfo Gelsi Vidart, Enrique Vescovi y Luis Torello, buscando legislar un sistema de normas nacionales referidas a la cooperación judicial internacional y el reconocimiento de los fallos extranjeros actuante a falta de regulaciones convencionales, fundado, básicamente, en las soluciones consagradas por la Convenciones Interamericanas.

in ordinem, respetuosa del sentido y alcance del Derecho ajeno al foro, única forma de atender a cabalidad la legalidad ajena, con antecedentes lejanos en jurisprudencia comparada²⁹, prefigurada en el continente por el Código de Bustamante, al referir en los artículos 409 y 410, al “sentido” del Derecho aplicable. Conceptos profundizados por Goldschmidt en su “teoría del uso jurídico”, al sostener que al Derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo que le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable³⁰.

Aplicación de la normativa foránea conforme al sistema jurídico al que la misma pertenece, planteada también, entre otros, por Aguilar Navarro, cuando expresa: “todo nos conduce a postular como criterio general la necesidad que el foro interprete y conciba las categorías jurídicas de que se sirve la norma material extranjera de acuerdo al lenguaje jurídico del ordenamiento extranjero reclamado”³¹. Y Zajtay puntualiza al respecto:

cuando la norma de conflicto ordena la aplicación del Derecho extranjero, ella exige evidentemente que esa aplicación sea exacta, es decir, que la regla sea aplicada como está vigente en su país de origen. . . Eso significa, también, que el juez del foro que aplica el Derecho extranjero, de alguna manera, se pone en el lugar del juez del país extranjero y debe interpretar la ley extranjera aplicable conforme a los principios del sistema jurídico en cuestión³².

En nuestra doctrina el maestro Alfonsín sostuvo ya en los años cincuenta una postura similar expresando: “el alcance extensivo y el alcance dispositivo de las normas de Derecho privado extranjeras dependen de la interpretación extranjera respectiva, cualquier interpretación *extra ordinem* debe ser condenada”, agregando, “Dos textos vigentes en Estados diferentes aunque idénticos en su letra, pueden tener como es obvio, significados distintos; el juez siempre debe atender al del Estado cuya ley debe aplicar”³³.

Posición acogida por las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional, celebradas en 1978 con vistas a la CIDIP II, Recomendación 3.7,

Es conveniente que la futura Convención Interamericana, en forma expresa disponga que en la aplicación de la ley extranjera debe estarse respecto a su interpretación, constitucionalidad, aplicación espacial, temporal y en todos los demás aspectos, a las soluciones dadas en el Estado al cual la norma pertenece³⁴.

²⁹ La Corte de Duai, Francia, sostuvo en 1901, respecto a un testamento ológrafo extendido en Bélgica, que había que estar a la interpretación belga del art. 970 del Código Civil de Napoleón, común a ambos Estados, pues era belga el Derecho aplicable, admitiendo así la validez del testamento, que de aplicarse la interpretación francesa hubiera sido negada.

³⁰ Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., pp. 554-555.

³¹ Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, T. II, Parte 2ª, Madrid, Civitas, 1982, p. 247.

³² Zajtay, Imre, *Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Étude de droit compare*, en: *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 1968, No. 2, p. 271.

³³ Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*..., ob. cit., pp. 554-555.

³⁴ Al respecto, ver nota 22.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales, en consonancia con los desarrollos descritos, dispone en el artículo 2, que jueces y demás autoridades “estarán obligados a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulte aplicable...”, criterio también recibido por el artículo 1 del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero.

Respecto a la aplicación de la norma foránea “tal como lo harían los jueces cuyo Derecho resulte aplicable”, corresponde tener presente en relación a países cuyo ordenamiento no consagre la obligatoriedad del precedente judicial, que, como señala David Ciryllle³⁵, los tribunales del Estado aplicador no están obligados a conferir a las decisiones judiciales del ordenamiento de origen de la norma mayor autoridad que la que ellas gozan en dicho país³⁶, por lo que corresponde concluir que el magistrado actuante posee en relación al Derecho ajeno una libertad no inferior a la de los tribunales del Estado al que dicha norma pertenezca. Al respecto, en un caso de aplicación por tribunales uruguayos de Derecho chino, Operti ha sostenido: “el juez uruguayo dispone de suyo, de por lo menos, igual libertad para fallar que el juez chino, pero en ningún caso menor a la de éste”³⁷. Posición que compartimos y que enunciáramos hace años, en “Tratamiento e Información del Derecho Extranjero”, al señalar: “El magistrado al interpretar la norma ajena, si bien debe atenerse a la pautas proporcionadas por el Derecho referido, sin alterar la jurisprudencia existente, no es un copista, sino que realiza una actividad necesariamente valorativa”, agregando, “Esta necesidad de valorar la solución más adecuada se acentúa en el caso que el sistema jurídico remitido consagre un régimen de libertad jurisprudencial”³⁸. En el mismo sentido Aguilar Navarro expresa: “el juzgador si bien debe afanarse por alcanzar una interpretación conforme con la que domina en el ordenamiento extranjero, ello no le priva de libertad de apreciación”^{39 40}.

III. Aplicación del Derecho de Estados con sistemas plurilegislativos⁴¹

El párrafo segundo del artículo 2 de la Ley General dispone para los casos en los que el Derecho extranjero a aplicar

³⁵ Ciryllle, David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Paris, Dalloz, 1965, p.278.

³⁶ Al respecto ver Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional...*, ob. cit., pp. 176-177.

³⁷ Operti Badán, Didier, consulta emitida en el “Caso Xiang-Cheng”, transporte marítimo entre Uruguay y la República Popular de China, “Ley aplicable y pautas para la aplicación de un Derecho extranjero”, en: *Revista de Transporte y Seguros*, 1997, No. 10, especialmente p.109.

³⁸ Tellechea Bergman, Eduardo, *Tratamiento e Información del Derecho Extranjero*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1980, p.43.

³⁹ Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho Internacional privado*, T. 1, Parte 2, Madrid, Ed. E.I.S.A., 1955, p. 433.

⁴⁰ En conformidad, Fresno de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., pp. 247-252.

⁴¹ Alfonsín, ya en los años cincuenta del siglo pasado, trata minuciosamente el tema (Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional...* ob. cit., “2. Reenvío Interlocal”, pp.478-489 y “3. Reenvío Interpersonal”, pp.489-492).

corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el Derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión.

La solución es coherente con el principio consagrado en el párrafo primero del artículo, referido a aplicar el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resulta aplicable, criterio ya acogido en la “Recomendación 3.7. sobre Ley Aplicable” de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Preparatorias de la CIDIP II, y resuelve, en principio, la cuestión de acuerdo al ordenamiento jurídico al que remite la noma de conflicto. Y en ausencia en éste de solución, en los casos de sistemas plurilegislativos de base territorial, se concluye que se deberá aplicar la ley de la unidad territorial en la cual se realiza la conexión⁴². Criterio en esencia coincidente con el recibido por el Convenio de La Haya de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parentelar y de Medidas de Protección a los Niños⁴³, artículo 48, y el Protocolo de noviembre de 2007 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, artículo 16.

En relación a hipótesis de remisión a Derechos de Estados con sistemas plurilegislativos de base personal, situación que se da en países como Egipto, India, Indonesia, Nigeria, Marruecos, etc., la Ley General omite una solución aplicable a los casos en los que el Derecho remitido no proporcione una respuesta. Creemos adecuado en estas situaciones aplicar el Derecho del sistema con el que el caso planteado presente el vínculo más estrecho, tal como dispone el artículo 49 del antes citado Convenio de La Haya de 1996. Solución que estimamos se conjuga con la aplicación armónica de las normas competentes para regular una situación jurídica determinada tomando en cuenta la equidad del caso concreto, consagrada por Ley General en el artículo 11.

El Código Civil y Comercial de la Nación, República Argentina, en el Libro Sexto, “De las disposiciones comunes a los derechos reales y personales”, Título IV, “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, Capítulo 1, “Disposiciones generales”, artículo 2395, “Aplicación del Derecho extranjero”, literal b, acoge el criterio expuesto⁴⁴. En igual sentido se pronuncian otras codificaciones nacionales de Derecho Internacional Privado, tales, Código Civil de Quebec de 1991, artículo 3077,

⁴² En el tema, ver, entre otros, Fresnedo de Aguirre, *Aspectos generales del sector del Derecho aplicable...*, ob. cit., pp.290-292; Scotti, *Manual de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., pp.130-132.

⁴³ Aprobada por Uruguay por Ley 18.535 de 21 de agosto de 2009.

⁴⁴ Art. 2595, “Aplicación del Derecho extranjero”, literal b, “si existen varios sistemas jurídicos covingentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el Derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese Derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate”.

Lorsqu' un État comprend plusieurs systèmes juridiques applicables à différentes catégories de personnes, toute référence à la loi de cet État vise le système juridique déterminé par les règles en vigueur dans cet État, à défaut de telles règles, la référence vise le système juridique ayant les liens les plus étroits avec la situation.

O la Ley italiana de Derecho internacional privado, artículo 18,

Ordenamientos jurídicos plurilegislativos. 1. Si en el ordenamiento del Estado designado por las disposiciones normativas de la presente ley coexisten más de un sistema normativo con competencia territorial o personal, la ley aplicable se determina según los criterios utilizados por aquel ordenamiento. 2. Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplicará el sistema normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

IV. Conflicto internacional transitorio

La solución legislada por el artículo 2 de la Ley General al disponer que el Derecho extranjero debe aplicarse tal como lo harían sus tribunales, conduce como consecuencia a que las cuestiones referidas a la retroactividad o ultraactividad de sus normas, es decir, lo que en Derecho Internacional Privado se conoce como “conflicto internacional transitorio”, que alude al problema derivado de la modificación en el tiempo de las normas materiales del Derecho extranjero declarado aplicable por la ley del foro, deba ser resuelto de conformidad con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico al que la norma de conflicto remite⁴⁵.

Al respecto señalaba Quintín Alfonsín,

hay que atender al orden jurídico al que pertenecen las leyes aplicables para determinar si una relación jurídica nacida durante la vigencia de una ley y que perdura durante la vigencia de otra, debe ser regulada por la primera, o por la segunda, o por ambas, estableciendo en este último caso a cuáles elementos o consecuencias se aplica la primera y a cuáles la segunda⁴⁶.

Concepción compartida por distinta jurisprudencia⁴⁷ y doctrina⁴⁸.

⁴⁵ En conformidad, entre otros, Fernández Rosas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, p. 137.

⁴⁶ Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*..., ob. cit., pp. 553-554.

⁴⁷ Tal, fallo dictado por la Cámara de los Lores de Gran Bretaña, en un caso referido a un empréstito contraído por dicho país durante la primera Guerra mundial. En la especie, los bonos vencían en 1937 y a opción de los tenedores podrían cobrarse en libras o en dólares estadounidenses. Producido el vencimiento, los tenedores optaron por el pago en dólares, exigiendo que el monto a entregarse se adecuara al valor del dólar al momento de la emisión, en atención a que en dicha época el dólar estaba sujeto a la cláusula oro. La Cámara de los Lores falló aplicando el Derecho estadounidense no como era al momento del surgimiento de la relación, sino tal como regía a la fecha del pago, sentenciando: “Dado que la cláusula oro había sido derogada retroactivamente por el Congreso de los Estados Unidos en 1933 y dado que los bonos se regían por la ley del Estado de Nueva York, los acreedores no podían reclamar más que el valor nominal de los billetes”, Kahn-Freund, Otto, *General Problems of Private Law*, Capítulo XI, The Application of the Chosen Law, pp. 422-456; IV, Problems of the Application of Foreign Law, en: *Recueil des Cours*, 1974-III, Tomo 143, pp. 139 ss., especialmente pp. 441-442.

⁴⁸ Fresno de Aguirre, *Aspectos generales del Derecho aplicable*..., ob. cit., pp. 280-281. Aguilar Navarro, *Derecho Internacional Privado*..., ob. cit., p. 432. Míjaga de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo Primero, Madrid, Ediciones ATLAS,

El límite a la aplicación del Derecho transitorio extranjero consideramos que está dado en los casos en los contrarie “en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica”, Ley General, artículo 5 (Orden público internacional).

El conflicto internacional transitorio se torna aún más complejo, en situaciones en las que el Derecho vigente al momento del nacimiento de una relación es sustituido por otro a causa de cambios institucionales radicales en el país a cuyo Derecho remite la norma de conflicto, del que surjan gobiernos no reconocidos por el Estado del foro. Al respecto existen posiciones que sostienen que, si un gobierno no es reconocido, sus leyes no deben ser aplicadas, en tanto que otras distinguen entre el reconocimiento de un gobierno extranjero, acto político de competencia del Poder Ejecutivo, y la validez jurídica de los actos de dicho gobierno, cuyo reconocimiento tiene como límite la afectación del orden público internacional del foro actuante^{49 50}.

V. Conocimiento del Derecho extranjero

A. Obligación de investigar y determinar el Derecho extranjero

El artículo 3 de la Ley General, en solución coherente con la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero “tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva” consagrada en el artículo 2, ordena que el texto, vigencia e interpretación del Derecho foráneo aplicable al caso, sean “investigados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes”. Deber que en consecuencia obliga tanto a las autoridades jurisdiccionales, cuanto a las autoridades administrativas de la República que eventualmente conozcan de una situación en la que corresponda aplicar Derecho ajeno al foro.

Obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero para otras autoridades, además de las judiciales, ya contemplada por la Convención Interamericana sobre Normas Generales, artículo 2, y el Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, artículo 1.

Respecto a los aportes de los particulares, a diferencia de las posturas que conciben al Derecho extranjero como un mero hecho, ver al respecto nota 4, en solución con antecedentes en los textos que le han precedido, Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940, artículo 2 de los mismos, Convención Interamericana sobre Normas Generales, artículo 2, la

1976, p. 420. Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Granada, Comares editorial, 2018, p. 313.

⁴⁹ Posición sostenida ya hace años, por Maury, Jacques, *Derecho Internacional Privado*, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1949, p. 47.

⁵⁰ La jurisprudencia francesa ha recogido esta posición en distintos pronunciamientos, tal, fallo referido al régimen de bienes de un matrimonio ruso casado antes de la revolución, en que se declara aplicable el Derecho legislado en la materia luego de 1917, citado por Vaz Ferreira, Eduardo, *Tratado de la Sociedad Conyugal*, Montevideo, Bianchi Altuna, 2ª ed., 1963, Tomo I, pp. 174-175.

disposición en estudio admite la “colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso”. Reconociéndose a los particulares facultad de colaborar con las autoridades, ya bajo la forma de alegación del Derecho foráneo aplicable, ya aportando información acerca del mismo, tal como preveía al respecto la Recomendación 3,2 de las Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional⁵¹.

B. Medios para la información del Derecho extranjero

El artículo 3, párrafo dos, de la Ley General, consagra una fórmula amplia, que compartimos plenamente, disponiendo: “Se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo Derecho resulte aplicable”. Razón por lo cual resulta de relevancia considerar los distintos medios informativos admitidos por el Derecho internacional privado convencional o de fuente nacional aplicable al caso para nuestro país, cuanto para aquel a cuyo Derecho la noma de conflicto remita.

1. Primeras soluciones

El Derecho internacional privado uruguayo, desde sus comienzos, ha atendido la información del Derecho extranjero como correlato al deber de su aplicación de oficio.

Los Protocolos Adicionales a los Tratados de 1889 y 1940, artículos 5 y 6, respectivamente, preveían entre los Estados Partes la transmisión recíproca de dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente sancionaran los respectivos países⁵².

2. Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero

La Convención, aprobada en la CIDIP II de Montevideo de 1979, constituye una regulación de especial transcendencia pues plantea amplias posibilidades de información⁵³.

Respecto a la palabra “prueba”, utilizada por la Convención en el título, acápíte y varios artículos, consideramos inconveniente su empleo, pues puede conducir a que se interprete que el sistema interamericano se afilia a una concepción atributiva de índole fáctica al Derecho

⁵¹ Ver nota 22.

⁵² La otra codificación clásica regional sobre el Derecho internacional privado, el Código de Bustamante, ya en 1928 regula el tema con un importante desarrollo para la época, previendo que la parte que invoque la aplicación del Derecho de cualquier Estado contratante o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia o sentido, mediante certificación debidamente legalizada de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, art. 409. En tanto que el juez o tribunal actuantes podrán solicitar por vía diplomática, antes de resolver, que el Estado contratante al que pertenezca la legislación a aplicar, informe sobre el texto, vigencia y sentido del Derecho aplicable, art. 410. Y cada Estado contratante se obliga, art. 411, a suministrar a los otros, en el más breve plazo posible, la información referida en el artículo anterior, la que deberá proceder de su “Tribunal Supremo o de cualquiera de sus Salas o Secciones, o del Ministerio Fiscal, o de la Secretaría o Ministerio de Justicia”.

⁵³ Respecto a las soluciones de esta Convención, véase Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., pp. 186-194.

extranjero, posición opuesta a la consagrada por el artículo 2 de la Convención sobre Normas Generales, que lo concibe como “Derecho”. En conformidad con lo expuesto, Informe del Presidente de la Comisión II de la CIDIP II, Gonzalo Parra Aranguren, que, refiriéndose al tema, precisa:

El término prueba del Derecho extranjero no es correcto, ya que se presta a confusiones porque alguien puede entender que el Derecho extranjero es un elemento de hecho del proceso... solución contraria a la aceptada por esta misma Conferencia en la Convención de Normas Generales⁵⁴.

Pluralidad de textos convencionales de fecha posterior a la Convención Interamericana, vigentes para nuestro país, regulan el tema utilizando, exclusivamente, el término “información”⁵⁵.

El artículo 2 de la Convención Interamericana precisa el alcance de la información a proporcionar, indicando que la misma puede referir al “texto, sentido y alcance legal” del Derecho, de lo que resulta que los informes no sólo estarán vinculados al contenido de la norma, sino, además, a cuestiones como su aplicación en el tiempo e interpretación. Disposición coherente con el mandato de aplicar el Derecho extranjero tal como sus tribunales lo hacen, resultante del artículo 2 de la Convención de Normas Generales.

En solución que resulta antecedente directo del párrafo segundo del artículo 3 de la Ley General, que, como se viera, recibe con amplitud los medios de información del Derecho, la Convención además de admitir todas aquellas posibilidades previstas tanto por la ley del Estado requirente, cuanto del requerido, artículo 3, realiza una enumeración, no taxativa, de medios considerados “idóneos” para la acreditación del Derecho, sin que ello suponga una jerarquización de los mismos. En tal sentido son enumerados:

“a) la prueba documental, consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales”. Las copias de textos legales constituyen un medio útil para conocer el contenido y vigencia de las normas; y los precedentes judiciales no sólo resultan de especial importancia para el conocimiento del Derecho de países de *common law*, sino también para informar acerca de la interpretación y aplicación de las leyes de los países de Derecho escrito.

⁵⁴ Documento CIDIP II/82, p. 84.

⁵⁵ Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero, ver nota 27; Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República Federativa del Brasil y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Uruguay por Ley 16.728 de 5 de diciembre de 1995, en vigor desde el 9 de febrero de 1996, art. 24; Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, aprobado por Uruguay por Ley 16.864 de 10 de septiembre de 1997, en vigor desde el 30 de abril de 1998, Título VI, “De la información sobre materias jurídicas”, art. 27; Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Francesa y la República Oriental del Uruguay, aprobada por Uruguay por Ley 17.110 de 12 de mayo de 1999, en vigor desde el 1 de agosto de 1999 art. 25; Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, “Información del Derecho”, aprobado por Uruguay por Ley 16.971 de 15 de junio de 1998, vigente entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

“b) la prueba pericial consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia”. Medio de información ya contemplado por el Código de Bustamante, artículo 409, en lo referido a informes de abogados, agregando la Convención que el informe también puede ser realizado por “expertos en la materia”. Solución que según explicara Goldschmidt en ocasión del estudio del tema en la CIDIP II, valida los informes producidos, vr. gr., por juristas radicados en un país distinto a aquel en que se graduaron y que por alguna razón no hubieran revalidado su título y que precisamente por estar formados en el país al que pertenece el Derecho aplicable, están legitimados para informar sobre el mismo⁵⁶.

“c) los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos”. Se trata del procedimiento informativo en derredor del cual gira en gran medida la Convención, a cuyos efectos cada Estado Parte designará una Autoridad Central, artículo 9.

La Convención prevé asimismo los requisitos que deben cumplir las solicitudes de información, artículo 5, y el modo como las Autoridades Centrales responderán a las consultas recibidas de los demás Estados Partes. Y consagra, art. 6, parte final, el carácter no vinculante de la respuesta para el Estado receptor de la misma, lo cual no supone mengua al principio referido a que la aplicación y valoración del Derecho extranjero debe hacerse de acuerdo al ordenamiento jurídico de origen, sino que tiene por finalidad asegurar la libertad valorativa del magistrado requirente de la información, que podrá dejar de lado aquella obtenida vía oficial, cuando de acuerdo a su propia investigación o por aporte de las partes, considere que el verdadero contenido o interpretación más adecuada de la norma ajena no se ajusta al que se le ha informado.

La Convención no establece plazos dentro de los cuales la Autoridad Central requerida debe informar, pero el deber de cumplir de buena fe con la obligación informativa impone la obligación de hacerlo en el plazo más breve posible.

3. Otras regulaciones convencionales vigentes para Uruguay que contienen disposiciones referidas a la información del Derecho extranjero

a. Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, “Información del Derecho Extranjero”⁵⁷

El Capítulo atiende lo referido a la información del Derecho en materia civil —comprensiva de familia y minoridad—, comercial, laboral, administrativa y Derecho internacional privado, con el único límite de la no afectación del orden público del Estado requerido, adjudicando dicho cometido a las Autoridades Centrales, artículo 28. Esta información podrá

⁵⁶ Documento CIDIP II/82, p. 3.

⁵⁷ Ver nota 55.

suministrarse, también, a través de las autoridades diplomáticas o consulares del Estado cuyo Derecho es informado, artículo 29.

El Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, Decisión CMC 08/02, repite las soluciones consagradas por el Protocolo del Mercosur.

b. Convenios en materia de minoridad y familia

Distintos acuerdos referidos a la protección internacional de los niños y a las relaciones de familia, contienen regulaciones específicas referidas a la información del Derecho.

En materia restitución internacional de menores ilícitamente trasladados o retenidos fuera del Estado de su residencia habitual, el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵⁸, artículo 7.e y la Convención Interamericana de Montevideo de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores⁵⁹, artículo 9.1.c, requieren que las solicitudes de restitución contengan información sobre el Derecho en que se fundan.

En el tema de prestación internacional de alimentos, la Convención de Naciones Unidas de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero⁶⁰, artículo 3, “Solicitud a la autoridad remitente”, numeral 2, exige que cada Parte informe a la Secretaría General de Naciones Unidas acerca de los elementos de prueba normalmente requeridos por la legislación de su Estado para justificar la demanda, el modo como deben ser presentados y cualquier otro requisito que de acuerdo con su Derecho deba ser satisfecho. En igual sentido, el Convenio de La Haya sobre Cobro Internacional de Alimentos Para los Niños y Otros Miembros de la Familia de 23 de septiembre de 2007, en el artículo 57, “Información relativa a leyes, procedimientos y servicios”, literal a, dispone que los Estados al momento del depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, proporcionen a la Oficina Permanente de la Conferencia información de su legislación y de los procedimientos aplicables en materia de alimentos.

c. Convenios bilaterales con disposiciones que refieren a la información del Derecho

El Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero⁶¹, regula el tema en base a soluciones

⁵⁸ Aprobado por Uruguay por Ley 17.109 de 12 de mayo de 1999.

⁵⁹ Aprobada por Uruguay por Ley 17.335 de 17 de mayo de 2001.

⁶⁰ Aprobada por Uruguay por Ley 16.447 de 4 de mayo de 1994.

⁶¹ Ver nota 27.

coincidentes con aquellas consagradas por las Convenciones Interamericanas concluidas en la materia.

El Convenio de Cooperación Jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay⁶², Título VI, “De la información sobre materias jurídicas”, artículo 27, y la Convención de Cooperación Judicial en Materia Civil y Comercial entre la República Francesa y la República Oriental del Uruguay⁶³, prevén la información del Derecho de las Partes a través de las respectivas Autoridades Centrales.

4. Normativa uruguaya de fuente nacional

El Código General del Proceso, artículo 143, “Prueba del Derecho”, más allá de lo objetable de su denominación, consagra en su texto el criterio correcto y preceptúa: “El Derecho a aplicar, sea nacional o extranjero, no requiere prueba y el tribunal y las partes podrán acudir a todo procedimiento legítimo para acreditarlo”. Disposición de la que surge tanto el reconocimiento de la naturaleza jurídica del Derecho extranjero, que es equiparado al nacional, cuanto, la admisión de su acreditación de manera amplia, validándose a los efectos “todo procedimiento legítimo”, constituyendo un antecedente directo del párrafo segundo del artículo 3 de la Ley General, que, como se viera, admite se pueda recurrir “a todos los medios de interpretación idóneos...”.

VI. La obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto y la pretendida excepción de falta de conocimiento de su contenido⁶⁴

Dificultades atinentes a una adecuada información del Derecho foráneo aplicable al caso, han determinado diversas posturas elaboradas a partir de la premisa de su falta de conocimiento.

A. No probado el Derecho extranjero, se debe absolver al demandado

Se afirma que, en caso de no lograr el conocimiento del Derecho extranjero, el juez debe rechazar la demanda. Posición sostenida tanto por quienes conciben el Derecho extranjero como un mero hecho y en consecuencia concluyen que a falta de prueba de su contenido el juez debe rechazar la pretensión, cuanto por quienes, como Morelli⁶⁵, afirman que el rechazo es consecuencia de la ausencia de la premisa mayor del silogismo judicial. Punto de vista

⁶² Ver nota 55.

⁶³ Ver nota 55.

⁶⁴ Ver al respecto Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional...*, ob. cit., pp. 35-38.

⁶⁵ Morelli, Gaetano, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Buenos Aires, Editorial EJE, 1953, p. 259.

compartido por Miaja de la Muela⁶⁶ y Gutiérrez de Cabiedes⁶⁷, quienes la consideran como la solución menos perturbadora. Creemos que esta posición resulta rechazable, tanto por conducir a verdaderas denegaciones de justicia, cuanto por razones jurídicas, ya cuando se funda en la atribución de mera naturaleza fáctica al Derecho extranjero, ya cuando reconociéndole índole jurídica, no se atiende a las consecuencias derivadas de ello.

Si el Derecho extranjero es Derecho, el principio *iuria novit curia*, con las particularidades propias de estos casos, impone el ineludible deber de investigar de oficio la norma aplicable, por lo que no resulta aceptable la excepción considerando, además, la amplitud de medios de información hoy existentes.

B. Aplicación de un Derecho que se asemeje al desconocido

Esta corriente, sostenida, entre otros, por Martin Wolff, afirma que, si el contenido de la ley extranjera no puede ser conocido, debe buscarse una normativa que guarde con ella la mayor similitud⁶⁸. Argumentación inconsistente, ya que, si no se conoce el contenido de una disposición, mal se puede buscar otra que se le asemeje, por lo que en la práctica se corre el riesgo de aplicar normas sin verdadera identidad sustancial con la que se busca suplir.

C. Aplicación de “principios jurídicos comunes a las naciones civilizadas”

La idea de aplicar principios jurídicos de común aceptación por los diferentes sistemas normativo-culturales, si bien puede resultar admisible para el tratamiento de ciertas cuestiones generales, no creemos que resulte especialmente adecuada para la resolución de cuestiones concretas referidas a la regulación de relaciones privadas internacionales, las que si por mandato de la norma de conflicto corresponde regirlas de acuerdo a lo dispuesto por un Derecho extranjero, éste —salvo afectación, seria y concreta, del orden público intencional del foro— y no otra solución, es la que corresponderá aplicar.

D. Aplicación de la ley del foro

Es la solución más común entre aquellos que admiten la posibilidad de no aplicar el Derecho extranjero en razón de desconocerse su contenido.

⁶⁶ Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 439.

⁶⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Eduardo, Tratamiento Procesal del Derecho Extranjero en el Título Preliminar del Código Civil, en: *Anuario de Derecho Internacional*, Facultad de Derecho de Navarra, 1975, pp. 43-83, especialmente p. 72.

⁶⁸ Wolff, Martín, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 140.

Nussbaum⁶⁹ la califica como la solución preferible, pues evita tener que rechazar la demanda y Zajtay⁷⁰ expresa que la aplicación subsidiaria de la *lex fori* es la respuesta más práctica, pues asegura una solución uniforme y previsible para las hipótesis en las que el Derecho extranjero no pueda ser determinado. Battifol⁷¹ funda esta postura considerando, de acuerdo a su concepción, que en tanto que la aplicación de la ley extranjera es excepcional, cuándo no fuere conocida corresponde aplicar la ley del foro.

Frente a estos desarrollos entendemos, en principio, que encontrándose el magistrado extranjero obligado no sólo a fallar, sino a hacerlo de acuerdo a Derecho, si éste consiste en una norma ajena al foro, es ella la que necesariamente deberá aplicar.

E. Nuestra posición

La aplicación del Derecho extranjero señalado por la conexión de la norma de conflicto para regular un caso privado internacional constituye un imperativo categórico.

Admitida la naturaleza jurídica del Derecho foráneo, resulta aplicable el aforismo *iuria novit curia*, aun cuando en estos casos presente diferencias su aplicación respecto a la del Derecho local. La obligación cognoscitiva del magistrado en vez de apriorística, como ocurre respecto a la normativa local, es a posteriori, pues una vez planteada la *litis* es que surge el deber de conocer, o más precisamente, investigar, el Derecho extranjero aplicable.

En razón de ello concluimos que en los casos en que corresponda aplicar Derecho foráneo, éste debe ser investigado por el magistrado actuante en debida forma, apelando a sus propios conocimientos y a todos los medios de información que le posibilite su sistema jurídico, incluido el aporte de las partes, superándose de este modo dificultades prácticas que puedan erigirse en razón determinante de la no aplicación del Derecho señalado por la conexión de la norma de conflicto. Y, como se ha visto, esta posibilidad informativa del Derecho extranjero para los aplicadores, jueces y otras autoridades, es consagrada con máxima amplitud por la Ley General, que contempla “todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo Derecho resulte aplicable”, artículo 3, párrafo segundo.

La Constitución de Uruguay ofrece, asimismo, sólido argumento a la obligación de aplicar el Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, y no otro, al preceptuar en el artículo 23, “Todos los jueces son responsables ante la ley... por separarse del orden de proceder que en ella se establezca”. Por lo que el magistrado actuante necesariamente debe

⁶⁹ Nussbaum, Arthur, *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1947, pp. 296-297.

⁷⁰ Zajtay, Le traitement du droit étranger dans le procès civile. Étude de droit comparé..., ob. cit., p. 270.

⁷¹ Battifol, *Traité Élémentaire de Droit International Privé*..., ob. cit., pp. 381 ss.

cumplir con el mandato de la norma de Derecho internacional privado, incurriendo en responsabilidad de apartarse del orden de proceder en ella establecido⁷².

VII. Recurribilidad de las decisiones dictadas en error del Derecho extranjero

La Ley General, preceptúa en el artículo 4 “(Admisión de recursos procesales)”, “Cuando corresponda aplicar Derecho extranjero, se admitirán todos los recursos previstos por la ley nacional”.

Disposición de amplio alcance, con antecedentes directos en los artículos 4 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado y 525.4 del Código General del Proceso, regulaciones que continúan la solución consagrada tempranamente por los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Internacional de 1889 y 1940, artículo 3 de los mismos.

Respecto al recurso de casación y atento a que el artículo hace referencia a la admisión de “todos los recursos procesales previstos por la ley nacional”, entendemos que dada la finalidad perseguida por la casación, asegurar la correcta aplicación del Derecho, su interposición no debe quedar limitada al estrecho recinto de la ley foral, sino que debe alcanzar, también, a los casos de no aplicación, interpretación errónea o aplicación indebida del Derecho extranjero al que remita la norma de conflicto, que no sólo debe ser aplicado, sino que debe ser aplicado correctamente⁷³.

En posición concordante y refiriéndose a la solución consagrada por el artículo 4 de la Convención de Normas Generales, el maestro Parra Aranguren puntualizaba: “parece indiscutible que el precepto no pretende abandonar al ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados Partes la admisibilidad del recurso de casación por infracción a la ley extranjera; y de acuerdo con sus propios términos equipara el Derecho foráneo con las normas nacionales en los diversos aspectos relativos al funcionamiento del mencionado instituto; por tanto no sería aceptable que existieran regímenes distintos establecidos *ad libitum* en cada uno de los países vinculados por la Convención”⁷⁴.

Tales, algunas consideraciones que nos merece el tratamiento y la aplicación del Derecho extranjero en el ordenamiento jurídico uruguayo, convencional y de fuente nacional, y especialmente, en la Ley General de Derecho Internacional Privado.

⁷² Tellechea Bergman *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional...*, ob. cit., p.65. En el mismo sentido, Fresno de Aguirre, *Curso de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 239.

⁷³ Posición ya recibida en el ámbito continental por el Código de Bustamante de 1928, Libro Cuarto, “Derecho Procesal Internacional”, Título Octavo, “Del Recurso de Casación”, arts. 412 y 413.

⁷⁴ Parra Aranguren, Gonzalo, La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado. (Montevideo, 1979), en: *Anuario Jurídico Interamericano*, Washington, OEA. 1979, p. 177.

V. Nuestros Clásicos

La carga de la prueba de la Ley extranjera*

*José Muci-Abraham***

AMDIPC, 2026, No. 8, pp. 499-511.

Constituye un gran honor para mí el haber sido escogido para participar en este ciclo de charlas, que el Centro de Estudios de Filosofía del Derecho de esta Universidad ha organizado, para examinar el tema de la Carga de la Prueba.

La verdad es que una serie de compromisos y responsabilidades que actualmente gravitan sobre mi persona, me han impedido analizar en plenitud el tema que voy a exponer esta tarde.

No obstante esos compromisos, acepté intervenir en este ciclo de charlas, porque si bien los honores no se buscan, tampoco se rechazan, y en consecuencia no podía declinar este señalado honor que me ha hecho la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia.

Voy a examinar, rememorando viejos tiempos de mi labor docente, cuando desempeñaba en la Universidad Central de Venezuela la Cátedra de Derecho Internacional Privado, un tema que tuve la oportunidad de exponer ampliamente en ese entonces. Sobre ese tema publiqué un pequeño trabajo, que apareció en el Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, a cuyo nacimiento asistí.

El tema conectado con esta materia de la Carga de la Prueba, al cual voy a hacer referencia, es el de la prueba de la Ley Extranjera. Es decir, me voy a referir a la Prueba de la Ley Extranjera.

Quiero reiterarles una vez más que probablemente esta conferencia sea la más modesta de todas las que se han dado y se darán en el transcurso de este ciclo, pero ello obedece, lo repito, a los compromisos que tengo en la actualidad, que me impiden corresponder de una manera más eficiente, de una manera más acabada, a esta señalada distinción que la Facultad de Derecho de la Universidad del Zulia me ha hecho.

Es una realidad conocida por todos que en el mundo existe una inmensa variedad legislativa, que cada país de acuerdo con sus propias necesidades, de acuerdo con su propia idiosincrasia, posee una determinada legislación. Es decir, es un hecho indiscutible que en el mundo coexisten diversas legislaciones, simultáneamente vigentes, cada una con su ámbito espacial propio de aplicación.

* Este texto, que corresponde a la clásica conferencia dictada por su autor en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad del Zulia el día doce de septiembre de 1975, se reproduce con ocasión del reciente fallecimiento del profesor Muci-Abraham, quien además de haber sido Decano de la entonces Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, también se desempeñó como profesor de Derecho Internacional Privado.

** Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Central de Venezuela.

En Venezuela rige una determinada legislación, y en Argentina rige una diferente, y en Francia rige también una distinta; así pues, presenciamos un hecho indiscutible que nos suministra la realidad: la existencia de una variedad legislativa, la existencia de una multiplicidad de ordenamientos jurídicos. Y todos esos ordenamientos jurídicos coexisten, se encuentran a un mismo tiempo vigente, aun cuando la demarcación territorial donde rigen, el ámbito espacial donde se hallan en vigor, es diferente.

Al lado de este hecho nos encontramos con otro, que también nos aporta la realidad. Ese otro hecho es la existencia de un tráfico, que cada día tiene mayor ímpetu, de personas, de servicios y de bienes, entre los diversos países que componen la comunidad jurídica internacional. Es decir, cada día viajamos con más frecuencia, cada día tenemos mayores relaciones económicas de intercambio con los demás países de la tierra; este es otro hecho indiscutible.

Estos dos hechos conectados, enlazados, generan una exigencia: la necesidad de aplicar en determinadas hipótesis el derecho extranjero. Es decir, por el hecho de existir una variedad legislativa y por la circunstancia de existir un tráfico creciente de personas, bienes y servicios entre los diversos países de la tierra, donde rigen sistemas de derecho distintos, se producen una serie de situaciones conectadas, vinculadas a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes. Y esa conexión de determinadas hipótesis de la vida real a varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, plantea el problema, en numerosas ocasiones, de determinar cuál de esos ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes es el aplicable. Si una mercancía es comprada por una empresa venezolana a una empresa norteamericana y esa mercancía hay que trasladarla de los Estados Unidos a Venezuela, se plantea toda una serie de problemas debido al conflicto, a la concurrencia, en el caso, de los ordenamientos jurídicos venezolano y norteamericano; si la mercancía perece, desaparece, si la mercancía se deteriora y el comprador tiene que formularle una reclamación al vendedor, se planteará de inmediato el problema de saber con arreglo a cuál legislación se debe formular esa reclamación. ¿Cuál derecho va a regir esa reclamación? También se plantea el problema de saber cuál es el tribunal competente que conocerá de la correspondiente reclamación, para el evento de que no llegue a resolverse amigablemente.

Todos estos hechos han coadyuvado a dar nacimiento a una disciplina jurídica que todos conocemos: El Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado descansa en estos hechos reales. Hay una variedad legislativa, hay un tráfico creciente. Esos dos hechos provocan que varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes entren en contacto y se plantee la interrogante fundamental de determinar cuál de esos ordenamientos, en un momento dado, debe aplicarse.

Si se tiene en cuenta estos conceptos, resulta claro, aparece con toda diafanidad, cuál es el objeto del Derecho Internacional Privado. El objeto del Derecho Internacional Privado reside lisa y llanamente en contestar tres grandes preguntas: ¿Cuándo?, ¿Cómo? y ¿Por qué? se debe

aplicar el Derecho Extranjero. ¿Cuándo se debe aplicar el Derecho Extranjero?, ¿Cómo se debe aplicar el Derecho Extranjero? y ¿Por qué se debe aplicar el Derecho Extranjero? Es posible que el orden de prioridades en la enunciación de estas preguntas deba alterarse y quizás primero debamos preguntarnos por qué se debe aplicar el Derecho Extranjero, luego cuándo y finalmente cómo.

Estas tres preguntas generan a su vez una serie de cuestiones de naturaleza sustantiva y de naturaleza procesal de gran importancia, que son las que componen toda la problemática del Derecho Internacional Privado. Cuándo se aplican las leyes extranjeras, cómo se aplican las leyes extranjeras, por qué se aplican las leyes extranjeras; he allí tres grandes preguntas que el Derecho Internacional Privado trata de responder.

Desde luego que este es el concepto del Derecho Internacional Privado en un sentido estricto, porque en un sentido amplio al Derecho Internacional Privado se le agregan otras cuestiones, como la que ya he mencionado del conflicto de jurisdicciones; en este segundo sentido el Derecho Internacional Privado no sólo responde la pregunta de cuál es la ley aplicable, sino también de cuál es la jurisdicción competente.

En algunos países, como Francia, otras materias que no se hallan encuadradas exactamente dentro de esta problemática, también se considera que constituyen temas propios del Derecho Internacional Privado, como acontece con la nacionalidad y la extranjería.

En Francia estas materias forman parte del Derecho Internacional Privado.

Haciendo ahora referencia concreta a la prueba de la ley extranjera, es decir, partiendo del supuesto de que hay hipótesis en las cuales hay que aplicar leyes extranjeras, surgen una serie de cuestiones que vale la pena elucidar en un ciclo de charlas como este en que se habla de la Carga de la Prueba.

Esas cuestiones básicas son las siguientes: En primer lugar, se plantea la necesidad de saber si las partes deben alegar y probar la ley extranjera aplicable, esto es, la ley extranjera declarada competente por la norma de Derecho Internacional Privado. De manera pues, que la primera cuestión reside en saber si las partes deben alegar y probar la ley extranjera, o si incumbe al juez aplicar de oficio el derecho extranjero, que son las dos posibilidades existentes en relación con esta primera cuestión.

Además de esta primera cuestión, se plantea una segunda: ¿Cuál es el régimen para determinar el contenido de la ley extranjera? ¿Cómo se debe hacer para precisar cuál es el contenido de la ley extranjera?

Esta segunda cuestión se plantea básicamente para el caso de que se considere que las partes deben alegar y probar el derecho extranjero; porque si se considera que el juez debe aplicarlo de oficio, desde luego que esta problemática no se plantea.

Una tercera cuestión que también surge con relación a este problema de la prueba de la ley extranjera, se relaciona con el camino que se debe seguir si se fracasa, si se sucumbe en el propósito de determinar el contenido de la ley extranjera. Esta cuestión aparece planteada en casi todos los Tratados de Derecho Internacional Privado; pero yo diría que hoy deberíamos considerarla un tanto obsoleta debido a la gran comunicación que existe entre todos los países de la tierra. Esta era una hipótesis que se examinaba cuando había dificultad de comunicación, de información y en un momento dado podía no ser fácil determinar cuál era el contenido de una determinada ley extranjera.

Yo considero, de consiguiente, que hoy día no tiene sentido, o tiene muy poco sentido en el mejor de los casos, analizar esta problemática que surge cuando el juez tiene que aplicar la ley extranjera, pero no obtiene resultados fructíferos cuando trata de determinar cuál es el contenido de esa legislación extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho Internacional Privado.

Finalmente, en este orden de cuestiones que plantea la aplicación de la ley extranjera, surge un problema terminal, relacionado con la posibilidad, con la procedencia del recurso de casación por falta de aplicación o por errónea, interpretación de la ley extranjera declarada aplicable.

Si la ley venezolana considera que en un determinado momento es aplicable, por ejemplo, la ley española, esta última cuestión consistiría en determinar si es procedente, si es ejercitable el recurso de Casación bien por falta de aplicación de la ley extranjera declarada competente, o bien por errónea interpretación de la ley extranjera declarada competente por la Norma de Conflicto o de Derecho Internacional Privado venezolana.

Observen ustedes que me he referido a dos supuestos. Al supuesto de falta de aplicación y al supuesto de errónea interpretación. No me he referido a la hipótesis de indebida aplicación, porque cuando se aplica indebidamente una ley extranjera, es decir, una ley que no era aplicable, porque la que era aplicable era la nacional, no estamos ante una hipótesis de infracción de esa ley extranjera, puesto que si no era aplicable, no pudo ser infringida.

Las otras dos hipótesis de la Casación, sí se plantean cuando se examina esta problemática. En efecto, se puede incurrir en una interpretación errónea de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto venezolana; en ese caso se está infringiendo la ley extranjera.

Igual ocurre en el caso de que se haya dejado de aplicar la ley extranjera declarada competente, porque en ese caso se está infringiendo esa ley extranjera, porque no se aplicó.

De manera pues, que en este cuarto orden de cuestiones la problemática que surge es la de examinar la procedencia del recurso de casación por falta de aplicación o por errónea interpretación de la ley extranjera declarada aplicable.

Haciendo un gran resumen de los cuatro grandes problemas que suscita la aplicación del derecho extranjero en materia directamente conectada con su prueba, tenemos:

Una primera cuestión que radica en determinar si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero declarado competente por la norma de conflicto, o bien si el juez debe aplicarlo de oficio.

En segundo lugar, y especialmente para la hipótesis de que se considere o se establezca que son las partes quienes deben alegar y probar el derecho extranjero, cuál es el régimen al cual está sujeta la probanza de ese derecho extranjero.

En tercer lugar, y ratifico de nuevo que se trata de una cuestión que ha perdido vigencia, en una buena parte al menos, otro género de cuestiones tiene que ver con el camino a seguir en los casos en que se sucumbe o se fracasa en el intento de determinar el contenido del derecho extranjero aplicable.

Y finalmente, el cuarto grupo de cuestiones tiene que ver con la procedencia del recurso de Casación, por errónea interpretación o por falta de aplicación de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto.

Fundamentalmente me voy a referir a la primera cuestión: si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero o si el derecho extranjero debe ser aplicado de oficio por el Juez, por considerar que esta primera cuestión es la que guarda una relación decisiva con la problemática de la carga de la prueba que se viene examinando en este ciclo de charlas.

Como ya ustedes lo intuirán, o en todo caso como ya lo saben, cuando se examina esta problemática de que si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero, surgen de inmediato diversas posiciones. No cabe esperar otra cosa de una cuestión que está enmarcada dentro del ámbito de Derecho Internacional Privado, donde todo es esencialmente problemático. Hay una frase famosa de Nussbaum, en su “Tratado de Derecho Internacional Privado”; en sus primeras páginas, dice, cuando examina el problema de la denominación de nuestra disciplina, que se han propuesto numerosísimas denominaciones y a renglón seguido añade una frase muy sensible, que da buena idea de la dimensión problemática del Derecho Internacional Privado: “la discusión arranca desde el título”. Así vistas las cosas, no podía faltar una variedad de posiciones en la materia a la cual vamos a referirnos, que es, concretamente, si las partes deben alegar y probar el derecho extranjero.

Esta problemática no es, desde luego, reciente; no se ha planteado en los últimos años, no es una cuestión fresca sino más bien bastante anciana, porque ya los romanos consideraron el problema de la aplicación del Derecho Consuetudinario, y estimaban, y aquí están las más profundas raíces de la llamada Doctrina Clásica, que la aplicación del derecho extranjero, en esa época del Derecho Consuetudinario, constituía una excepción al principio *iura novit curia*,

de que el Derecho debía ser aplicado por el Juez; que ese principio no regía tratándose de normas consuetudinarias.

Trasladando este concepto al ámbito propio de la ley extranjera en nuestra época, diríamos que para los romanos el Juez no estaba obligado ni a conocer ni a aplicar de oficio la ley extranjera. La ley extranjera tenía que ser objeto de alegaciones y pruebas por el interesado; sobre las espaldas de la parte interesada, gravitaba en el proceso la carga de la prueba de la ley extranjera.

La ley extranjera, de este modo, en la concepción romana, en la Doctrina Clásica, se asimila a un *hecho*. En el proceso, los hechos tienen que probarse. El derecho lo conoce el Juez, pero la ley extranjera, al asimilarse a un hecho, tiene que ser objeto de alegación y prueba, porque el Juez tiene que decidir “*secundum allegata et probata*”. Si la ley extranjera no es alegada y probada, el Juez no la toma en cuenta en el proceso.

Esta concepción clásica, esta Doctrina Clásica sobre la alegación y prueba del derecho extranjero en el proceso, se vigorizó con la Doctrina de la *Comitas Gentium* o de la Cortesía Internacional, de la cual fueron autores juristas holandeses del siglo XVII.

La teoría de la *Comitas Gentium* trata de explicar por qué se aplica la ley extranjera; y la razón que da para esa aplicación, consiste en motivos de simple cortesía entre las naciones.

Por supuesto, que si la ley extranjera se aplica por razones de mera cortesía, no hay ningún alegato fuerte,

vigoroso, para que el Juez tenga que aplicarla y avocarse a su conocimiento por propia iniciativa y esforzarse para interpretar y comprender su contenido.

Está bien que se apliquen las leyes extranjeras por razones de cortesía, pero si se trata de razones tan débiles como las que la cortesía comporta, entonces que las partes aleguen y prueben el derecho extranjero, y en ese caso se tendrá en cuenta en el proceso, más no en la hipótesis contraria.

También se vigoriza la difusión y aceptación de la Doctrina Clásica con la codificación que se opera en Francia en el siglo XIX. Los franceses consideran, una vez consumada la codificación, que se encuentra como en un estado de minusvalía el derecho extranjero no codificado. De allí que la doctrina de la *Comitas Gentium* y el principio de que la alegación y prueba del derecho extranjero incumbe a la parte interesada, hayan tenido una gran difusión en la Francia del siglo XIX.

La Doctrina Clásica tiene también un gran eco en el Derecho Angloamericano.

Según lo expuesto, la Doctrina Clásica, según la cual las partes deben alegar y probar el derecho extranjero para que sea tenido en cuenta por el Juez en la oportunidad de decidir, cubre toda una etapa histórica de enorme dimensión, durante la cual prácticamente señorea con exclusión de toda otra.

No tarda en producirse una reacción contra esta doctrina, y la reacción se inicia en Alemania, especialmente bajo el influjo de las enseñanzas de Puchta y de Savigny.

La reacción no constituye un enfrentamiento, una posición abiertamente contraria a la Doctrina Clásica, sino un temperamento de ella. Puchta y Savigny consideran que si bien la ley extranjera es asimilable a un hecho —y en este sentido parten del mismo supuesto de la Doctrina Clásica—, sin embargo, el Juez *puede* aplicarla de oficio y *puede* investigar lo que sea necesario, para determinar su contenido y su espíritu.

Y esta es la idea que recoge el artículo 293 del Código de Procedimiento Civil Alemán de la época.

De manera pues, que antes de que se origine en el mundo del derecho una posición totalmente opuesta a la Doctrina Clásica, surge, por así decirlo, una doctrina intermedia, que parte del fundamento de la Doctrina Clásica, de que la ley extranjera es un hecho, pero que establece la posibilidad de que el Juez pueda investigar su contenido y aplicarla aun cuando no medie alegación y prueba por la parte interesada.

La doctrina totalmente opuesta, el reverso de la Doctrina Clásica, aparece fundamentalmente en una Recomendación del Instituto de Derecho Internacional, en el año de 1891, cuando se sugiere la conveniencia de que el Juez investigue la ley extranjera competente y la aplique de oficio. Y el fundamento de esta posición es el siguiente: —recuerden ustedes que el de la Doctrina Clásica, radica en que la ley extranjera es asimilable a un hecho del proceso y por tanto debe ser objeto de alegación y prueba—. Esta segunda tesis, diametral mente opuesta a la Doctrina Clásica, parte de lo que se ha llamado la “doctrina de la incorporación”. Cuando la norma de conflicto venezolana, cuando la norma de Derecho Internacional Privado venezolana establece que el derecho aplicable es el francés o el italiano, está incorporando al ordenamiento jurídico venezolano las disposiciones pertinentes del derecho francés o del derecho italiano. Es decir, el derecho extranjero resulta *nacionalizado*, para utilizar una expresión gráfica, por virtud de la declaratoria de competencia de la norma de conflicto o de Derecho Internacional Privado.

Esta segunda tesis, que establece la obligación directa, la obligación clara, la obligación terminante para el Juez de aplicar la ley extranjera sin necesidad de que medie alegación y prueba de la parte interesada, primero empieza a tener el favor de la doctrina, luego el de la jurisprudencia y, como acontece generalmente en casi todos los procesos jurídicos, termina consagrada en la legislación.

Uno de los primeros sistemas de derecho en consagrar esta segunda posición es el sistema angloamericano. El Estado de Massachussets, en el año de 1929, en los Estados Unidos de América, establece la obligación para el Juez de aplicar de oficio la ley extranjera declarada competente, sin necesidad de que medie alegato y prueba por la parte interesada. Y al Estado

de Massachussets, siguen el Estado de Carolina del Norte, el Estado de Virginia y el Estado de Nueva York.

De manera que ya tenemos en el escenario histórico del derecho las dos grandes posiciones que se asumen frente al problema de la prueba de la ley extranjera.

Se podría examinar qué ha pasado con esta última doctrina en todas las legislaciones del mundo, cuáles son todas las experiencias del Derecho Comparado. Pero la verdad es que esa sería una labor bastante minuciosa y muy tediosa para todos ustedes. Yo me voy a referir simplemente a lo que ha ocurrido con estas dos doctrinas en el Derecho Internacional Americano. Primero me voy a referir a los países de Latino-América, en conjunto, y después voy a hacer especial referencia al caso venezolano.

Al referirme al Derecho Internacional Americano, primero voy a aludir, muy breve y sumariamente desde luego, a cuatro Tratados muy importantes. El primer Tratado es el de Lima de 1878; no llegó a tener vigencia por falta de ratificación de las partes concurrentes; en su art. 55 reflejo la posición clásica: La ley extranjera es un hecho; debe ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada; el Juez no puede aplicarla de oficio.

Los Tratados de Montevideo, tanto los de 1889, en los artículos 1° y 2° del Protocolo Adicional, como los de 1940, consagran la Doctrina Moderna.

La Doctrina Moderna también es consagrada, en los términos que luego examinaremos, en el Código de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, de 1928.

Como ustedes saben, los Tratados de Montevideo están vigentes en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. El Código Bustamante puede considerarse vigente, entre otros países, en Brasil, Panamá, Perú y Venezuela; desde luego que en el caso de Venezuela ya sabemos que hay una serie de disposiciones que fueron objeto de reserva.

No se considera que está vigente el Código de Bustamante en Bolivia, Chile y Ecuador, por cuanto que estos países hicieron reservas generales e indeterminadas a todo su articulado.

Al lado de esta legislación, digámoslo así, internacional coexiste, en los diversos países, toda una gama de disposiciones de derecho interno. Es decir, el derecho interno de cada uno de los países de América es diferente en esta materia; o en todo caso, unos reflejan la Doctrina Clásica y otros consagran la Doctrina Moderna. Y así por ejemplo las legislaciones de Argentina, Ecuador y Paraguay establecen expresamente en dispositivos muy claros y muy definidos que la ley extranjera tiene que ser objeto de alegación y prueba por parte interesada.

Aun cuando la legislación colombiana nada establece sobre la materia, esto es, guarda silencio sobre el particular la dogmática colombiana ha considerado y ha interpretado que dicha legislación sigue la Doctrina Clásica: la ley extranjera debe ser objeto de alegación y prueba.

Posición muy distinta es la asumida por la doctrina en Bolivia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela, donde ante el silencio de esas legislaciones frente al problema que estamos analizando, se ha interpretado que el Juez puede y debe aplicar de oficio la ley extranjera.

Miren ustedes como frente a una idéntica situación: silencio legislativo sobre un punto, hay dos interpretaciones totalmente antinómicas. En Colombia se considera que el silencio del legislador debe ser interpretado en un sentido favorable a la Doctrina Clásica, en tanto que en Bolivia, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela la interpretación es radicalmente opuesta: el silencio del legislador se considera como consagratorio, como establecedor de la Doctrina Moderna.

El único país de América cuya legislación interna se pronuncia en una forma clara en favor de la Doctrina Moderna es Brasil. El artículo 14 de la Ley de Introducción al Código Civil del Brasil establece que el Juez debe aplicar de oficio la ley extranjera y que, por tanto, no existe en esta materia una carga procesal para la parte interesada.

Vamos a examinar ahora, en forma rápida, la situación particular de Venezuela.

En Venezuela, ¿hay que alegar y probar el derecho extranjero, o éste debe ser aplicado de oficio por el Juez?

Si el derecho extranjero debe ser objeto de prueba, ¿cómo debe ser probado?

Ya he dicho que en la legislación interna de Venezuela no existe ninguna disposición legal que responda a esta problemática. Es decir, no tenemos ningún artículo de ningún código que nos diga: “La ley extranjera debe ser aplicada de oficio por el Juez, o la ley extranjera debe ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada”.

Ya veremos que hoy por hoy la doctrina y la jurisprudencia se inclinan claramente hacia la Doctrina Moderna. Y dentro de esa orientación debemos considerarnos ubicados.

Claro está, que eso que ocurrió históricamente del surgimiento y florecimiento primero de la Doctrina Clásica; y del desplazamiento ulterior de la Doctrina Clásica por la Doctrina Moderna, ocurrido en el panorama legislativo mundial, también ocurrió en Venezuela; nosotros asistimos a ese mismo proceso, a ese mismo fenómeno de predominio inicial de la Doctrina Clásica y de sustitución posterior de esa Doctrina.

Así, nuestros primeros comentaristas, muy ilustres por cierto, se pronuncian por la Doctrina Clásica. Tal es el caso de Sanojo en 1873, de Rafael Seijas en 1884, de Aníbal Dominici en 1897, de Ramón F. Feo en 1904, de Cecilio Acosta en 1908, de José Eugenio Pérez en 1923 y Arminio Borjas en 1924. Todos estos autores frente al silencio de nuestras legislaciones —silencio que no se ha modificado, porque todavía nuestra legislación interna no se pronuncia sobre este problema— consideraban que la ley extranjera era asimilable a un hecho del proceso y por tanto debía ser objeto de alegación y prueba por la parte interesada.

Esta Doctrina Clásica fue acogida por dos sentencias de nuestra Corte Federal y de Casación de 1904 y 1925.

Sin embargo, a pesar de que a fines del siglo pasado y en los comienzos del presente, en Venezuela dominó siempre la Doctrina Clásica, tenemos un hecho aislado, que constituye por así decirlo, la primera insurgencia contra ella, que es una sentencia del 8 de Octubre de 1919, emanada de la Corte Accidental Superior del Distrito Federal, en cuyo texto, con una gran claridad, con gran hondura jurídica, se sostiene la Doctrina Moderna.

Les voy a leer a ustedes unos párrafos de esa sentencia, que es muy interesante. La sentencia dice: “Ha invocado en estrados la parte actora que la demandada no ha comprobado la existencia de la Ley Española y sobre el particular se observa, que aunque es verdad que los jueces no están en la obligación de conocer la Ley Extranjera, cuando la conocen y es procedente su aplicación, deben acatarla. En el presente caso, sí tienen conocimiento los juzgadores de las disposiciones del Código Español pertinentes al matrimonio, como lo dejó asentado esta Corte en su sentencia del 15 de enero del corriente año y por lo tanto si pueden tomar en cuenta esas disposiciones en el presente fallo, sin que por este hecho pueda alegarse que se han tomado elementos de convicción fuera de los autos, porque la disposición procedimental a tal respecto, se refiere únicamente a hechos; y la ley extranjera lejos de ser un hecho, es filosóficamente un conocimiento que el Juez está en el deber de tratar de adquirir, por todos los medios de conocer, pues su norte ha de ser la verdad, que procurará escudriñar dentro de los límites de su oficio por mandato imperativo del Artículo 12 del Código de Procedimiento Civil”.

A esta primera reacción jurisprudencial en contra de la Doctrina Clásica, se suman otras en el ámbito de la doctrina. Esas reacciones se localizan en nuestros juristas Ángel César Rivas, Francisco Gerardo Yáñez y Alejandro Pietri. El Dr. Pedro Manuel Arcaya elabora un proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado y ese proyecto, en su Artículo 8º, consagra la Doctrina Moderna. Este proyecto no tuvo ningún éxito, nunca se le consideró en el Congreso y, en consecuencia, no pasa de ser una pieza de tipo histórico dentro de todo este proceso que estamos analizando.

En el año de 1928, como todos ustedes saben, Venezuela suscribe en La Habana, el Tratado de Derecho Internacional Privado, en virtud del cual fue puesto en vigor el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante. Las disposiciones de ese Código, no reservadas por Venezuela, constituyen derecho vigente para nosotros frente a los países que tampoco formularon reserva a esas mismas disposiciones.

En este Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante hay cuatro disposiciones que se refieren a la problemática que estamos analizando, que son los artículos 408 a 411.

El artículo 408 del Código Bustamante establece que los jueces y los tribunales aplicarán de oficio cuando proceda el derecho extranjero declarado competente. De manera pues, que el primer dispositivo del Código Bustamante sobre la materia, acoge claramente la Doctrina Moderna. El derecho extranjero competente, tiene que ser aplicado de oficio por el Juez.

En segundo lugar, establece el Código Bustamante, la posibilidad de colaboración de las partes en la aplicación del derecho extranjero. Y a este efecto dispone, sin menoscabo de la regla que establece que el Juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, que la parte interesada en la aplicación del derecho extranjero puede acreditar su texto, su vigencia y su sentido. A este efecto el Código Bustamante crea un medio especial de prueba. Ese medio de prueba es la certificación del texto, vigencia y sentido del derecho extranjero aplicable, por dos abogados del país de cuya legislación se trate, la cual deberá producirse en autos debidamente legalizada.

Observen ustedes —y este punto debe tenerse muy en cuenta—, que el Código Bustamante crea un medio de prueba idóneo para demostrar el contenido, la vigencia y el sentido del derecho extranjero: una certificación emanada de dos abogados del país de cuya legislación se trate.

Crea ese medio de prueba pero no lo establece como único. No es una disposición excluyente de otros medios de prueba, sino creadora, establecedora de un nuevo medio de prueba. El derecho extranjero, a mi modo de ver, de acuerdo a las disposiciones del Código Bustamante, puede probarse con todos los medios previstos por la legislación del Estado donde la prueba deba realizarse. Y este medio previsto por el Código Bustamante, es simplemente un medio adicional a todos los recursos probatorios previstos en el país donde la prueba deba realizarse.

El Código Bustamante establece, a renglón seguido, que a falta de prueba, o cuando la prueba sea insuficiente, el Juez podrá valerse de una serie de mecanismos, de una serie de medios para investigar el contenido del derecho extranjero. Y se le impone a todos los países suscritores del Tratado de La Habana de 1928, o ellos mismos se imponen recíprocamente, la obligación de colaborar los unos con los otros en la prueba del derecho extranjero, a través de sus Cancillerías, de sus Ministerios de Justicia, del Ministerio Público y de otros Departamentos o Dependencias Administrativas idóneas para tales fines.

Como se ve pues, es claro que el Código Bustamante consagra en plenitud la Doctrina Moderna.

Las disposiciones del Código Bustamante son ensanchadas en su ámbito de aplicación en 1949, cuando la Corte Suprema de Justicia dicta una sentencia muy importante. En esta sentencia la Corte establece en términos generales, que cuando la legislación interna venezolana no disponga nada sobre un determinado problema de Derecho Internacional Privado, los principios consagrados en el Código Bustamante se considerarán principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos. Claro está que se trata de los principios contenidos en el Código Bustamante en disposiciones que no hayan sido objeto de reserva por parte de Venezuela; porque, al contrario, el principio contenido en un artículo que haya sido objeto de reserva, debe estimarse rechazado y no podría asimilarse a un principio de Derecho Internacional Privado generalmente admitido.

De manera que respecto de los países que suscribieron y ratificaron el Código de Bustamante y que no formularon reservas a estos artículos 408 a 411, el Juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero, y las partes —esta es una norma meramente potestativa—, pueden aportar elementos de convicción en el proceso que coadyuven al conocimiento y a la correcta interpretación de la ley extranjera aplicable.

Por lo que se refiere a las restantes legislaciones, el régimen es el mismo aun cuando el fundamento jurídico es diferente, porque en la primera hipótesis que analicé —países que también suscribieron y ratificaron el Código de Bustamante y que no formularon reservas a las disposiciones insertas en los artículos 408-411— el Tratado representado por el Código Bustamante constituye fundamento de la aplicación de tales principios, mientras que en la otra hipótesis —países que no suscribieron o que no ratificaron el Código Bustamante en lo relativo a dichas disposiciones— el fundamento es diferente: el fundamento es el artículo 8° del Código de Procedimiento Civil, que establece el orden de prelación de fuentes en Derecho Internacional Privado; de acuerdo a su texto, cuando no hay ninguna disposición de derecho interno, cuando tampoco es posible la interpretación analógica, hay que recurrir a los principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos, y entonces nuestra Corte Suprema de Justicia nos ha dicho; las disposiciones del Código Bustamante que no han sido objeto de reserva por parte de Venezuela, constituyen respecto de los países que no suscribieron ni ratificaron el Código Bustamante, principios de Derecho Internacional Privado generalmente admitidos.

De este modo, en Venezuela tenemos un régimen uniforme en la materia de la aplicación de la ley extranjera y debemos considerar que nuestra legislación adhiere, a través de diversos mecanismos legales e interpretativos, a la Doctrina Moderna.

Las partes no están obligadas ni a alegar ni a probar el derecho extranjero declarado aplicable por las normas de conflicto. La ley extranjera es asimilable en este aspecto al derecho nacional; en consecuencia, el Juez debe conocerla y aplicarla, sin necesidad, repito, de que medie alegato y prueba por la parte interesada. Se establece una facultad para la parte interesada, precisamente por ser parte interesada, de producir en el proceso una serie de elementos de convicción que colaboren en la tarea que el Juez tiene sobre sí de investigar el contenido y de determinar el sentido, la inteligencia del derecho extranjero.

Esta posición se halla ratificada por las más modernas orientaciones doctrinarias; los autores que han escrito últimamente sobre la materia en Venezuela, adhieren francamente a esta posición y después del fallo de la Corte Suprema de Justicia a que hice referencia con anterioridad, hay numerosas decisiones de Instancia que respaldan, que avalan de manera franca y abierta esta posición a la cual me he referido.

De todo esto fluye con una claridad realmente meridiana, que en Venezuela las partes no están obligadas ni a alegar, ni a probar el derecho extranjero; cosa distinta es la conveniencia que les asiste de hacerlo, para lo cual se hallan posibilitadas. Aun cuando este curso versa sobre

la Carga de la Prueba, en materia de la ley extranjera no hay carga de la prueba, porque la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto es asimilable al derecho nacional y así como no se puede hablar de carga de la prueba del derecho nacional, porque el Juez debe conocerlo y aplicarlo, aunque no se lo aleguen ni se lo prueben, lo propio acontece con el derecho extranjero: nadie tiene que alegarlo ni nadie tiene que probarlo.

Ojalá que estos conceptos, muy superficiales, contribuyan a esclarecer uno de los aspectos de la problemática que se ha planteado en este ciclo de charlas.

Si en alguna medida la exposición que acabo de hacer aclara algunas ideas, o analiza algunos aspectos que aquí no se habían examinado precedentemente, me sentiré satisfecho.

Hubiera deseado hacer una exposición de más hondura, más provechosa en este camino de aclarar todas las zonas oscuras y penumbrosas de una materia tan interesante como la Carga de la Prueba, que se proyecta sobre las más diversas disciplinas jurídicas, pero como les dije al principio, circunstancias de la vida limitan la colaboración que en este caso he podido prestarle a la Universidad del Zulia. Me le ofrecí a mi distinguido amigo Dr. José Manuel Delgado Ocando, para venir acá y tratar otros temas que hoy son más de mi incumbencia, como todo lo relacionado con la novísima legislación sobre el Control Fiscal y sobre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Organismo Contralor para la evaluación de la gestión administrativa, porque considero que es una materia de palpitante actualidad en la cual he sido un poco autor y soy un poco protagonista, y quizás en estos momentos la vivo con mayor intensidad. En todo caso, me siento muy honrado, muy complacido, de haber departido estos momentos con ustedes y ojalá que lo que he dicho pueda serles de alguna utilidad.



**DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO Y
COMPARADO**

EL ANUARIO DE LA
MAESTRÍA

Caracas, mayo de 2026