DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO
EL ANUARIO DE LA MAESTRÍA

Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Postgrado
Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado

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

Anuario
de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado
No. 5

Caracas, 2023

Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela
Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado / Universidad Central de Venezuela. – Caracas: Claudia Madrid Martínez, 2023.
1 tomo
ISSN: 2665-0118
Depósito Legal: DC2019000889

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.
2. DERECHO COMPARADO.

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 2023
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/

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 7

Presentación
Eugenio Hernández Bretón 9

I. Trabajos de tesis 13

Respuestas a los problemas derivados de la estructura y funcionamiento de la norma de conflicto. Instituciones valorativas
Anna María Tambasco 15

II. Trabajos monográficos 225

El fideicomiso y el trust anglosajón como herramientas de transmisibilidad del patrimonio familiar en tiempos de migración
Fred Aarons P. 227

El Derecho familiar internacional chileno a través de dos sentencias
Erick Barrios 251

Código Civil de la República Popular China. Estudio preliminar
Dickar Bonyuet Lee 273

Notas preliminares sobre la eficacia y reconocimiento en Venezuela de divorcios notariales extranjeros: su impronta en la región y las instituciones generales de Derecho internacional privado
Wilfredo Monsalve García 311

La protección internacional de las familias y la niñez en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina
Nieve Rubaja 327

III. Aportes de los Estudiantes de Derecho 345

La interpretación del interés superior del niño en los casos de obligación alimentaria de Derecho internacional privado venezolano
Leisbeth Berríos González 347

La doctrina del *forum non conveniens* ¿amigo o enemigo del Derecho internacional privado?
Sebastián Zabaleta y Raúl Ruiz 361

IV. Escritos breves 387

La familia venezolana en el mundo, desde la unidad familiar en el Derecho comparado. Casos: Colombia, Argentina, Perú y Panamá
Roxgeilys Orummila Achique Méndez 389

El regreso de "R.A.M.Y." a Venezuela: a un año de la sentencia de restitución
Leandro Baltar 399

LOPNNA y LDIPr en la jurisprudencia reciente del TSJ: ¿vínculo necesario o relación forzada?
José Antonio Briceño Laborí y Maritza Méndez 405

Divorcio por desafecto y restitución internacional de menores: un caso práctico desde el Derecho internacional privado venezolano
Claudia Lugo Holmquist 415

V. Profesores de la Maestría 427

Dos matrimonios (o uno solo) y una sola viuda (pero no la misma, o dos viudas también): El caso de Harry W. Middleton
Eugenio Hernández-Bretón 429

Breves notas sobre la declaración de únicos y universales herederos y el justificativo para perpetua memoria
Claudia Madrid Martínez 443

VI. Nuestros clásicos 463

Orden público internacional y divorcio vincular
Joaquín Sánchez Covisa 465

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

Presentación

El paso del año 2022 al 23 ha estado acompañado de la relajación de las medidas sanitarias y gubernamentales aplicadas para combatir la pandemia del Covid-19. Aunque no ha desaparecido el Covid-19, las preocupaciones colectivas en torno al mismo parecen haber cesado. La guerra en Ucrania continúa, aunque sus noticias quedan cada vez más confinadas a los pocos espacios de las noticias que solo algunos leen. El costo de la vida sube más allá de las nubes. Hay —sin duda— otras cosas más urgentes de las que preocuparse. La migración venezolana, esparcida en los más distantes rincones de la Tierra y que tanta geografía universal nos ha hecho aprender, sigue marcando la fractura de la familia venezolana y generando problemas de las más variadas especies, pero ahora la necesidad de "reunirse" también impone la emigración como remedio. A pesar de los inconvenientes, para satisfacción de todos, las actividades regulares de la Maestría (y del Centro de Postgrado) reiniciaron en octubre de 2022 bajo el beneficio de sesiones "online", que —sin duda— llegaron para quedarse. Esto en cuanto al entorno que acompaña la aparición de este No. 5 de El Anuario.

Este nuevo número de El Anuario que hoy entregamos a los lectores interesados está dirigido al estudio de algunos problemas de Derecho internacional privado y comparado de la familia venezolana, y lo hacemos con ocasión del vigésimo quinto aniversario de la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado. El 6 de agosto de 1998, en un acto solemne celebrado en el Palacio de Miraflores, el Presidente de la República puso el "Ejecútese" al texto de la Ley de Derecho Internacional Privado que había sido aprobado por el Congreso Nacional en el Palacio Federal Legislativo el 9 de julio de ese mismo año, y en la propia fecha de su promulgación fue publicada la Ley en la Gaceta Oficial. De esta manera, le corresponde a la Ley venezolana ser la primera ley

especial en la materia dictada en la América Latina. No es un raro privilegio, sino una muestra más del lugar tan destacado que ocupan los estudios de Derecho internacional privado venezolano en el mundo.

El Anuario No. 5 sigue la pauta de las ediciones precedentes, mejoradas por la experiencia ganada. Consta de seis secciones. En la sección de "Trabajos de Tesis" reproducimos el excelente trabajo de la profesora Anna María Tambasco, premiado por el jurado que lo examinó, que ilustra la importancia de la Teoría General para el manejo de los intrincados problemas que estudia nuestra disciplina. En la sección "Trabajos Monográficos" se suceden los muy interesantes, variados y actuales estudios del profesor Fred Aarons P., del abogado Erick Barrios, del profesor Dickar Bonyuet Lee, del abogado Wilfredo Monsalve García y de la profesora Nieve Rubaja de la Universidad de Buenos Aires. La sección "Aportes de los Estudiantes de Derecho" recoge los trabajos de Lisbeth Berríos González (UCV) y de Sebastián Zabaleta (UCV) y Raúl Ruiz (UCAB), hasta ellos lleguen nuestras felicitaciones.

En la sección "Escritos Breves" aparece la colaboración de la abogada Roxgeilys Orummila Achique Méndez, del profesor Leandro Baltar de la Universidad de Buenos Aires y reincidente amigo de nuestro Anuario y de los profesores José Antonio Briceño Laborí, Secretario de la Redacción del Anuario, Maritza Méndez Zambrano y Claudia Lugo Holmquist. En la sección "Profesores de la Maestría" encontrarán un estudio de la profesora Claudia Madrid Martínez, Editora y Alma de nuestro Anuario, y otro trabajo de quien tiene el privilegio de firmar al pie. A todos nuestros colaboradores y al equipo de la redacción de El Anuario vaya nuestro más profundo agradecimiento y nuestra palabra de aliento para que nos sigan acompañando.

La sección "Nuestros Clásicos" recoge el trabajo del profesor Joaquín Sánchez-Covisa sobre el orden público internacional y el divorcio vincular, complemento obligatorio del trabajo del mismo autor que reprodujimos en nuestro número anterior. Esperamos que ambos trabajos, en su conjunto, contribuyan a un mejor entendimiento y, de tal forma, a una correcta aplicación del régimen de eficacia de las sentencias extranjeras establecido en la Ley de Derecho Internacional Privado.

Es motivo de íntima satisfacción poder atestiguar que cada vez son más nuestros alumnos de ayer y compañeros de hoy quienes con su docta palabra llenan las páginas de El Anuario. Ya no es un trabajo para un Hércules cubrir en soledad la extensión de cada volumen. Igualmente, es una gran alegría ver que los más jóvenes encuentran en el Derecho internacional privado y en el Derecho comparado campos fértiles para el trabajo y el pensamiento reflexivo. Este número es prueba de lo afirmado no solo por su calidad sino

por la variedad de los tópicos cubiertos. Escribo estas páginas con la alegría del profesor orgulloso de poder servir a su universidad y a su país.

Como las ediciones anteriores, la presente es fruto del esfuerzo colectivo del equipo de la Redacción del Anuario. Nuevamente un empeño sin límites y el deseo de cumplir con la fecha de presentación, que hemos convertido en nuestro cometido, han hecho posible que hoy 15 de mayo de 2023, fecha natalicia de la muy querida e inolvidable profesora Tatiana de Maekelt, hagamos público este número en homenaje a los veinticinco años de la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado, en cuyo proceso de aprobación su ánimo incontenible e inagotable, y hasta contagioso, hizo llegar al despacho presidencial el texto de la Ley para que fuera firmado el "Ejecútese" precisamente el mismo día en que muchos años antes la profesora Maekelt recibiera su título de Abogado en la UCV. La profesora Maekelt supo transmitir a quienes estuvimos con ella un amor ilimitado por su alma mater. Seguimos su ejemplo, ese es nuestro compromiso.

Continuamos, entonces.

Con el mismo cariño de siempre,

Eugenio Hernández-Bretón

Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado

I. Trabajos de tesis

Respuestas a los problemas derivados de la estructura y funcionamiento de la norma de conflicto. Instituciones valorativas*

*Anna María Tambasco Baldomir***

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 15-224.

Resumen

El propósito de este trabajo es el estudio de las instituciones valorativas como un correctivo a los problemas derivados de la estructura y funcionamiento de la norma de conflicto, específicamente el estudio de la calificación, la institución desconocida y su solución basada en la calificación funcional, la cuestión incidental, la adaptación, las situaciones jurídicas válidamente creadas y, la cláusula de escape como excepción a la normal aplicación de la norma conflictual. Para ello se establecieron entre otros objetivos específicos: Establecer las directrices que debe tomar en cuenta el juez venezolano para determinar el ámbito de aplicación de la norma de conflicto en los casos de calificación, cuestión incidental, adaptación y de las situaciones jurídicas válidamente creadas, tomando en consideración los cambios profundos del que han sido objeto en las codificaciones modernas; establecer los avances de cada una de las instituciones objeto de estudio y cómo esos avances fueron recogidos por los diferentes sistemas legales; determinar la importancia de las situaciones jurídicas válidamente creadas, como una nueva contribución al desarrollo del Derecho internacional privado; destacar cómo el actual enfoque de las instituciones valorativas, se halla fuertemente condicionado, tanto por las concepciones contemporáneas en torno a la norma de conflicto, como por el recurso a otras técnicas normativas en la resolución de las cuestiones de tráfico jurídico externo; destacar el papel de la cláusula de escape como una excepción a la normal aplicación de la norma de conflicto. El método empleado fue de carácter cualitativo-descriptivo con apoyo del Derecho comparado, que busca resaltar las características del problema planteado. Finalmente, de esta labor de investigación podemos concluir que las instituciones valorativas nacen como herramientas para permitirle al juez la búsqueda y aplicación de la solución más justa posible en cada caso concreto y hacer efectiva la justicia material.

Abstract

The purpose of this work is the study of the value institutions as a corrective to the problems derived from the structure and operation of the conflict rule, specifically the study of the characterization, the unknown institution —and its solution based on the functional characterization—, the incidental question, adaptation, vested rights, and the escape clause as an exception to the application of the conflict rule. For this purpose, the following specific objectives were established, among others: To establish the guidelines to be taken into account by the Venezuelan judge to determine the scope of application of the conflict rule in the cases of characterization, incidental question, adaptation, and vested rights, taking into consideration the profound changes to which they have been subject in the modern codifications; to establish the advances of each of the institutions under study and how the different legal systems picked up those advances; to determine the importance of vested rights as a new contribution to the development of private international law; to highlight how the current approach to value institutions is strongly conditioned both by contemporary conceptions of the conflict rule and by the recourse to other normative techniques in resolving issues

* Trabajo defendido, aprobado y calificado como excelente, el 2 de febrero de 2012. Actuó como tutora la profesora Claudia Madrid Martínez, y la acompañaron, como miembros del jurado, los profesores Eugenio Hernández-Bretón y Yaritza Pérez Pacheco. El presente trabajo no está actualizado y se mantiene tal cual como se defendió.

** Abogada, Universidad Católica Andrés Bello. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora de Derecho internacional privado, UCV.

connected with foreign law; to highlight the role of the escape clause as an exception to the application of the conflict rule. The method employed was of a qualitative-descriptive nature with the support of comparative law, which seeks to highlight the characteristics of the problem posed. Finally, from this research work, I can conclude that institutions directly related to values are born as tools to allow the judge to search for and apply the fairest possible solution in each concrete case and to make material justice effective.

Palabras clave

Instituciones valorativas. Flexibilización. Especialización. Solución material.

Keywords

Value institutions. Flexibilization. Specialization. Material solution.

Sumario

Introducción. I. La crisis del Derecho internacional privado. A. El planteamiento del problema. 1. Las bases de la construcción doctrinal. 2. El tránsito del siglo XVIII al XIX. Una aproximación a las bases del cambio. B. Introducción a las nuevas construcciones doctrinales. 1. El objeto y los métodos en las construcciones modernas clásicas. 2. Revolución metodológica norteamericana. 3. Los sistemas continentales. C. Una aproximación al nuevo Derecho internacional privado. II. Calificaciones. A. Las calificaciones: El problema del ordenamiento jurídico competente para la definición de los términos empleados por la norma indirecta. 1. Nociones preliminares. 2. Doctrinas dogmáticas. a. Calificación de acuerdo a la *lex fori*. b. Calificación de acuerdo a la *lex causae*. c. Teoría autárquica empírica, Rabel. d. Teoría de la coordinación. 3. La calificación en cuanto problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto. a. Distintos momentos en los que se plantea la cuestión de la calificación. b. Como problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto. B. La institución desconocida. 1. Calificación de la institución extranjera desconocida. 2. Sistema venezolano. III. La cuestión incidental. A. La cuestión incidental en las relaciones jurídicas complejas. 1. Nociones preliminares. 2. Doctrinas dogmáticas. a. Teoria *lex formalis fori*. b. Teoría *lex formalis causae*. c. Soluciones intermedias. B. Las cuestiones incidentales en el Derecho internacional privado y el problema de la cuestión previa. C. Las cuestiones incidentales y la necesaria armonización de distintos Derechos materiales. D. Sistema venezolano. IV. Adaptación. A. La adaptación. 1. Nociones preliminares. 2. Presupuesto o elementos de procedencia de la adaptación. a. El fraccionamiento de la situación jurídica. b. La incompatibilidad de las leyes aplicables. 3. La adaptación y otras figuras del Derecho internacional privado. a. La adaptación y la calificación. b. La adaptación y la cuestión incidental. c. La adaptación y el reenvío. d. La adaptación y el orden público internacional. e. La adaptación, la sustitución y la transposición. 4. Soluciones al problema. a. Solución de naturaleza conflictual. b. Solución de naturaleza sustantiva o de Derecho material. B. Nueva delimitación del concepto de adaptación. C. Sistema venezolano. V. Excepciones a la normal aplicación de la norma de conflicto. A. Situaciones jurídicas válidamente creadas. 1. Nociones preliminares. 2. Doctrinas dogmáticas. 3. Los derechos adquiridos y las normas de conflicto unilaterales. 4. Moderna interpretación de la doctrina de los derechos adquiridos. 5. Sistema venezolano. a. Fuentes internacionales. b. La Ley de Derecho Internacional Privado. B. La cláusula de escape. 1. Antecedentes. 2. El principio de proximidad y la cláusula de escape. a. Principio de proximidad. b. La cláusula de escape. Conclusiones.

Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el modelo estatutario clásico empieza a experimentar un cierto declive. Poco a poco las construcciones científicas comienzan a explorar otros terrenos, iniciando así una línea evolutiva que encontrará en la escuela alemana de la

primera mitad del siglo XIX su expresión más concreta. Las otras razones del cambio se hallan en la revolución metodológica que se produciría en la Alemania del siglo XIX, que sería determinante para la aparición de los nuevos instrumentos técnicos; en lo que significaría el proceso codificador (en cuanto posicionamiento jurídico-ideológico).

El Derecho internacional privado actual aún hoy participa de uno de los importantes fenómenos de nuestros tiempos: el ataque frontal de los juristas norteamericanos al clásico método de Savigny. La importancia de las corrientes norteamericanas no reside tanto en la influencia directa sobre los derechos europeos, sino en el impulso que obtuvieron los juristas continentales del cuestionamiento norteamericano para revisar y cuestionar los viejos métodos conflictuales. El resultado final consiste en la búsqueda de términos medios entre ambos métodos, lo cual es, probablemente, la característica más relevante de nuestra disciplina en la actualidad.

Como todo fenómeno revolucionario, la revolución metodológica dejó huellas en esta rama del Derecho. Negar su influencia es no conocer la esencia del Derecho de colisión en los albores del siglo XXI. De las críticas, confusiones, análisis más o menos objetivos, surge un nuevo Derecho internacional privado, clásico en su esencia, pero dotado de todos los elementos para convertirlo en un instrumento con función y dimensión social que se libera de las sombras de su pasado rígido y busca audaces rumbos. En sus fundamentos reaparece una rama jurídica que incorpora valores en la reglamentación del tráfico externo[1], sin separarse totalmente de sus raíces clásicas, pero tendiente a cumplir con su función sustantiva para lograr el fin del derecho: "la solución equitativa de cada caso". Buscar el necesario equilibrio entre la solución equitativa del caso concreto y la seguridad jurídica es el objetivo fundamental del Derecho internacional privado en el siglo XXI[2].

La moderna codificación interna e internacional han ido llenando paulatinamente las imprevisiones del método conflictual clásico, una muestra es la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que pese a contemplar distintos procedimientos de solución de los problemas relativos a la ley aplicable[3], se decanta por una posición predominantemente conflictual. Ello justifica el amplio tratamiento deparado a los denominados problemas de aplicación de la norma de conflicto, que se regulan esencialmente en los artículos 1 al 10.

La Ley se adapta así a las nuevas corrientes del método neoclásico conflictual que el sistema venezolano acoge, y su filosofía responde al convencimiento de que en el método conflictual tiene que prevalecer el logro de la justicia material frente a la justicia formal, es decir, la

[1] Espinar Vicente, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, p. 116.
[2] B. de 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, pp. 30-31.
[3] Como incluir normas materiales: artículos 35 y 36, artículos 17, 18 y 19 que son normas materiales complementarias o aclaratorias, las normas contenidas en el capítulo II que son igualmente normas materiales para calificar de manera autónoma el domicilio de las personas físicas.

justicia del caso y no del sistema. La ley ofrece una serie de elementos que facilitan la búsqueda del derecho que permitirá una solución equitativa, especialmente las instituciones generales incluidas en la ley.

Neuhaus consideraba inevitable su aplicación en la solución de casos concretos. Afirmaba que la parte general del Derecho internacional privado, de acuerdo con los elementos que contiene, se puede sistematizar en tres grupos: en primer lugar, factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones generales que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del derecho extranjero y que son: calificación, cuestión previa, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida. El tercer grupo contiene instituciones "valorativas": derechos adquiridos o situaciones válidamente creadas, equilibrio de intereses y adaptación[4]. Maekelt agrega a este grupo, la calificación y la cuestión incidental[5].

El Juicio de Valor en Derecho internacional privado permite establecer si una solución material es justa o no, hecho lo cual, el operador jurídico deberá atender a las herramientas que le ofrece su propio ordenamiento jurídico con el objeto de prevenir las posibles injusticias derivadas de la normal actuación de sus reglas de conflicto; tales herramientas son la adaptación, la cuestión incidental, las situaciones jurídicas válidamente creadas, la calificación, y la cláusula de escape, desde el momento en que puedan coadyuvar al juez a desaplicar el Derecho extranjero competente, según la normal actuación de las reglas de conflicto, y acudir en búsqueda de una respuesta internacional y materialmente más justa y equitativa.

Las contradictorias opiniones emitidas por la doctrina especializada dedicada al análisis de esta parte fundamental del Derecho internacional privado, así como el hecho que toda investigación en esta materia, implica la comprensión de su método y, por ende, de sus normas, nos ha llevado a plantearnos este trabajo de investigación, que tiene por finalidad acercarnos a las respuestas a los problemas derivados de la estructura y el funcionamiento de la norma de conflicto, a la naturaleza de cada una de las instituciones llamadas valorativas del Derecho internacional privado. Observar su evolución doctrinal, su naturaleza, las diversas soluciones planteadas, y determinar las características que presentan en la actualidad ante los cambios sufridos en esa rama de la disciplina jurídica, contemplando las distintas legislaciones que las consagran.

Para abordar este estudio creemos necesario retroceder en el tiempo y arrancar desde el momento histórico que sembraron las bases de la construcción doctrinal y el tránsito del siglo XIX al siglo XX que constituyó un periodo muy rico para la historia del Derecho internacional privado. Unilateralistas y multilateralistas centraron sus construcciones en torno a la idoneidad

[4] Paul Heinrich Neuhaus citado por Meakelt, en: B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 53.
[5] *Ibid*., pp. 53-54.

de uno y otro método para resolver el problema de las colisiones que planteaban los supuestos de tráfico externo. Tal vez, una cierta hipertrofia en el tratamiento de las cuestiones relativas al método y a los problemas generales, fue uno de los rasgos característicos del modelo doctrinal vivido en aquella época.

Esta situación fue seguida por otra de un signo prácticamente contrario; y la mayor atención prestada a las cuestiones concretas puso gradualmente de relieve que la parte general se estaba transformando en la expresión de una teoría insuficiente que no servía para solucionar los auténticos problemas que suscitaba la realidad del comercio jurídico internacional.

Pues bien, la crisis a la que estamos aludiendo se ha fundamentado, sobre todo, en la conciencia de que el método de base, enraizado en un precepto conflictual normológicamente estudiado, no había sido capaz de generar los vehículos idóneos que se requerían para lograr una solución satisfactoria. Para muchos, esta constatación se hacía evidente al comprobar, por una parte, cómo la propia estructura y funcionamiento de la norma de conflicto la hacía incapaz de traducir los valores mínimos que debe expresar toda regla jurídica y al darse cuenta, por otra, de cómo su campo de acción regulador se veía progresiva e incontestablemente recortado por la acción de otros métodos de solución tales como las reglas de derecho interno de aplicación necesaria o las normas materiales especiales.

Se intenta depurar la norma de conflicto de sus componentes mecanicistas, bien sea orientando materialmente sus resultados, bien flexibilizando la localización, o bien dotándola de los correctivos necesarios para conseguir de ella una mejor capacidad de respuesta, y es así como la nueva concepción del Derecho internacional privado afecta igualmente a las instituciones valorativas.

El Capítulo II lo dedicamos a la calificación, como proceso a través del cual se determina el sentido y alcance de la norma jurídica, que pasa por la apreciación de los hechos planteados en el caso concreto, la búsqueda de una norma jurídica cuyo supuesto de hecho comprenda los hechos expuestos, lo que a su vez implica la determinación del sentido y alcance de la regla de derecho y, en el particular caso del Derecho internacional privado, abraza también la interpretación del factor de conexión. Nos acercamos a las soluciones planteadas para dar respuesta a "la cuestión probablemente más difícil de todo el Derecho internacional privado"[6], aun cuando la doctrina no es uniforme, aún hoy día, sobre los modos de calificar. Dentro de este capítulo incluimos a la institución desconocida y su solución basada en la calificación funcional.

Emparentada con el problema de las calificaciones, aparece en la doctrina del Derecho internacional privado la cuestión incidental, y ante esta institución igualmente se han planteado diversas soluciones, entre las cuales, en el capítulo III, mencionaremos las clásicas: aplicación

[6] *Ibid.*, p. 88.

del sistema conflictual del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal, aplicación de la norma de conflicto del foro, y soluciones intermedias, entre las que destaca las que atemperan la aplicación rígida de la norma de conflicto orientadas por Niederer, Meijers y Makarov, basada en el respeto a las situaciones válidamente creadas.

En el Capítulo IV nos referimos a la adaptación, una de las figuras centrales en el Derecho internacional privado[7], producto del *dépeçage* de las situaciones jurídicas, derivado de la propia técnica legislativa, ya que las normas de conflicto regulan por separado elementos que en las situaciones jurídicas se encuentran amalgamados. Identificamos sus elementos característicos, la diferenciamos con otras figuras de esta rama jurídica, nos acercamos a sus soluciones y delimitamos el nuevo concepto de esta institución.

Por último, analizamos una teoría que nace y se desarrolla como fundamento del Derecho internacional privado, pero que hoy cuenta con su propio ámbito de existencia, ya no en los fundamentos de nuestra disciplina sino en su dimensión práctica. Nos referimos a las situaciones jurídicas válidamente creadas como excepción a la normal aplicación de la norma de conflicto. En el desarrollo de este capítulo se evidencia como el Derecho internacional privado moderno atiende a la tutela judicial de los derechos subjetivos internacionalmente efectiva. E incorporamos, finalmente, al principio de proximidad y la cláusula de escape como correctivos al método conflictual, sus antecedentes en la doctrina angloamericana y su desarrollo en los sistemas continentales.

Escribir sobre la parte general de esta disciplina requiere de una labor de investigación exhaustiva. El esquema empleado respondió a una necesidad del momento, de tratar de abordar todas estas instituciones acompañadas de una referencia histórica que sirviera a su comprensión, esperamos sea de utilidad, facilite el aprendizaje y despierte el interés para próximos trabajos de tesis.

I. La crisis del Derecho internacional privado

A. El planteamiento del problema

1. Las bases de la construcción doctrinal

Los antecedentes inmediatos de las actuales construcciones pueden situarse, siguiendo a la doctrina mayoritaria, en el período comprendido entre los siglos XII y XIV. Las primeras reflexiones científicas se originaron en torno a un punto muy concreto: cuándo podían aplicarse los estatutos y costumbres de una ciudad para determinar el régimen jurídico de aquellos

[7] B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 294.

supuestos en los que intervenía un sujeto de otra ciudad distinta[8].

Las preocupaciones iniciales de este movimiento se concretaron en la búsqueda de una fundamentación que permitiese aplicar los estatutos de la ciudad a supuestos que, aparentemente, se situaban más allá de los límites de eficacia espacial para el que fueron dictadas. Al principio, sólo la sumisión del demandante a la jurisdicción y leyes de la comunidad del demandado justificaron la posibilidad de que, en determinadas materias, alguien pudiera ser juzgado de acuerdo con un derecho distinto al *ius proprium*. El incipiente Derecho internacional privado de la época tiene por objeto investigar los verdaderos límites de vigencia de los estatutos e identificar las circunstancias que deben concurrir en un extranjero para poder formar parte de este colectivo de destinatarios, no con carácter general, sino *ratione materiae*. Por ende, hay normas que, por regir determinadas cuestiones, pueden incluir en su esfera de eficacia a los extranjeros, siempre y cuando tales extranjeros se integren en las coordenadas de la comunidad mediante una actitud personal, que puede ser voluntaria (por ejemplo, contratos) o involuntaria (por ejemplo, responsabilidad civil), pero que, en cualquier caso, resulta objetivamente apreciable.

El segundo paso se produce a partir de la distinción de Balduino y Odofredo entre forma y fondo del litigio, para someter lo primero, el procedimiento, a la ley del juez, y lo segundo, como por ejemplo la responsabilidad por los daños y perjuicios en caso de evicción de la cosa vendida, a otra ley que podía ser la del lugar del contrato. Este hito abre un cauce de evolución teórica que, según Meijers, duró aproximadamente un siglo antes de traducirse a la práctica. Abierta la posibilidad de que un juez pueda fallar con base en un Derecho distinto al propio, surge inmediatamente la duda de cuáles son los casos en los que esto puede ocurrir. A partir de ahí la pregunta se fue ampliando paulatinamente hasta concretarse en la de cuáles eran los casos en los que los jueces debían aplicar los estatutos de la ciudad a los extranjeros y cuáles eran los casos en los que los jueces debían aplicar estatutos extranjeros en los juicios que se ventilasen ante ellos. Estas son las dos cuestiones a las que va a intentar responder la estatutaria durante seis centurias[9]. Al buscar una solución se recurre a la inspiración que ofrecían las soluciones del Derecho Romano. La glosa de Aldricus resulta un antecedente muy revelador[10], quien había ya pretendido superar los resultados insatisfactorios derivados de la rigurosa aplicación de la *lex fori*, mediante la sugerencia de que el juez debía sentenciar de acuerdo con la mejor de todas las normas jurídicas conectadas con el supuesto de hecho, tomando en cuenta las

[8] En el desarrollo de la parte histórica sigo a Weinberg de Roca, Inés M., *Derecho internacional privado,* Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1997; Romero Del Prado, Víctor, *Derecho internacional privado*, Córdoba, Editorial Assandri, 1961; Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general…*, ob. cit.

[9] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general…*, ob. cit., p. 29.

[10] La selección de la ley aplicable de acuerdo con la técnica utilizada para la extensión de una *legis actio* a los peregrinos, en aquellos casos en los que la aplicación del *ius civile* a quien no disfrutase del *status* de ciudadano romano fue considerada como algo justo y conveniente.

exigencias de la justicia y de la equidad. Por consiguiente, su propuesta implicaba el análisis del contenido de las leyes vinculadas con el supuesto de hecho a fin de seleccionar la mejor de todas; y de esta manera admitió expresamente, cuando fuera recomendable, la posible aplicación de una ley extranjera[11].

Las corrientes estatutarias que se desarrollan entre los siglos XIV y XVIII, inician una clasificación de las normas basada en las características de su esfera de aplicación. Las construcciones de Bartolo y de Baldo buscan dentro de cada estatuto los índices que les permitan determinar su esfera de aplicabilidad primaria. Se consolida el esquema gestado en las etapas anteriores: hay leyes que rigen en el territorio y se aplican a todos los que en él habitan; hay normas que siguen a las personas y que deben ser respetadas en todos los lugares donde éstas se encuentran y, por otro lado, hay normas que participan de los dos caracteres. Tenemos, un estatuto real, un estatuto mixto[12] y un estatuto personal, cuyos contenidos son muy variables y su determinación muy imprecisa.

El próximo paso histórico podemos situarlo entre el siglo XVI y finales del XVIII y está representado por D'Argentré, Suárez y Huber. El primero abogaría por un cerrado retorno a la territorialidad de las leyes, compensada por un reducidísimo estatuto personal que incluiría únicamente aquellos preceptos que tenían por objeto único o principal, la condición jurídica de las personas. Así, el estatuto real tipo era el que se refería al régimen de los bienes inmuebles, y el estatuto personal tipo era el constituido por las leyes relativas al Estado y capacidad de las personas[13].

En una línea similar, en la construcción de Francisco Suárez podemos intuir los famosos tres principios de Huber que constituirían los axiomas esenciales en los que se cimentarían las posteriores construcciones del Derecho internacional privado: 1) Las leyes de cada Estado rigen dentro de los límites de su territorio y se aplican a todos los súbditos, pero más allá carecen de cualquier fuerza; 2) Deben considerarse como súbditos del Estado a las personas que se encuentren en él, ya sea de manera estable o temporal; 3) Los Soberanos deben proveer a que las leyes de cada pueblo puedan conservar su operatividad más allá de los límites del territorio, a condición de que por ello ni el Estado y ni sus súbditos se vean afectados en su poder o en sus derechos[14].

---

[11] Parra-Aranguren, Gonzalo, *Curso General de Derecho internacional privado. Problemas selectos y otros estudios*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 3ª ed.,1998, p. 84.

[12] El estatuto mixto aparece en la Escuela Estatutaria Francesa del Siglo XVI. Ver a Romero, Fabiola, El método analítico autárquico, en: T. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 3ª ed., 2005, Tomo I, pp. 373 ss.

[13] Romero Del Prado, *Derecho internacional privado*…, ob. cit.., pp. 403 ss.

[14] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., pp. 32 ss.

Las razones de este cambio hay que buscarlas en las modificaciones que se producen en el modelo de Sociedad Internacional. Desaparecida la cobertura de la *Respublica Christiana*, los súbditos de los nuevos Reinos ya no eran sujetos universales de un supraderecho, "*el ius commune*", que era tan único como único era el Imperio; ahora eran sujetos de unos derechos que regían en unos ámbitos políticos absolutamente autónomos y por ende menos cosmopolitas que los de la cristiandad medieval[15]. Si en los inicios lo que preocupaba a los maestros de la estatutaria era el ámbito de eficacia de las normas y no la cualidad foránea del sujeto (como preocupó en los Derechos de la antigüedad), ahora resulta preciso advertir con el mayor énfasis posible que en el Derecho internacional privado de la Sociedad Internacional de Estados independientes, la cualidad extranjera del sujeto cobra una importancia enorme. Desaparecida la cobertura de una superestructura imperial común, los súbditos de otro Soberano resultan radicalmente "extranjeros" a los ojos de otro soberano.

En consecuencia, la línea clásica de la estatutaria sigue progresando y evolucionando. Se continúa partiendo de la esfera de eficacia de las leyes en el espacio para determinar qué situaciones y relaciones quedan incluidas en el ámbito de aplicación de cada una. Es preciso saber cuándo un contrato es válido en cuanto a la forma, y cuándo una persona tiene suficiente capacidad para realizar válidamente el acto concreto que pretende.

2. El tránsito del siglo XVIII al XIX. Una aproximación a las bases del cambio

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el modelo estatutario clásico empieza a experimentar un cierto declive. Poco a poco las construcciones científicas comienzan a explorar otros terrenos, iniciando así una línea evolutiva que encontrará en la escuela alemana de la primera mitad del siglo XIX su expresión más concreta. Autores como Wächter o Schäffner sentarán unas bases de influencia en el continente europeo que servirán de cimientos, junto a la obra de Story, al método propuesto por Savigny[16].

Los principales exponentes de la época fueron Boullenois, Bouhier, y Froland[17]. Para el primero, "todos los estatutos son personales o reales; en caso de duda sobre su naturaleza debe presumirse que son reales. Su carácter personal o real debe ser apreciado teniendo en cuenta el objeto directo del estatuto y también la intención cierta del legislador. En principio se reputan personales las leyes que "tienen por primero, principal y dominante objeto, legislar sobre el estado y la condición de las personas"[18], dividiendo éstas en universales y particulares, según que sigan a las personas de una manera general, para todos los actos de la vida civil,

[15] *Ibid*., p. 33.
[16] *Ibid*., p. 37.
[17] Romero Del Prado, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 406 ss.
[18] *Idem*.

como las leyes que se refieren a la capacidad respecto a un acto determinado, como las que le permitan testar o prohíben a la mujer ser fiadora de otro.

Las primeras, las universales, tienen efectos extraterritoriales, pero las segundas sólo cuando afectan a la persona con abstracción de los bienes, de lo contrario, si afectan a la vez a las personas y a los bienes no surten efecto sino sobre los bienes del territorio que rigen. Las leyes reales, que tienen por efecto inmediato y directo a los bienes, no tienen efecto extraterritorial.

El sistema de Bouhier, tiene como principal mérito el haber extendido el alcance del estatuto personal, opinando que en caso de duda sobre la naturaleza de un estatuto, debía ser considerado como personal. Condenó la doctrina de los estatutos, como una cosa cuya época había pasado; sin embargo, aceptó el principio y lo amoldó a su propio criterio. No definió el estatuto personal, y estableció que toda disposición aplicable a la capacidad general o a la capacidad particular de las personas goza de extraterritorialidad.

El sistema de Froland da mayor extensión al estatuto personal, aplicándolo aún a bienes situados fuera del territorio de la costumbre, y así, es suficiente con que el estatuto disponga sobre el estado de la persona para que no pueda cambiar de naturaleza y convertirse en real. La persona es lo principal y los bienes lo accesorio, ella debe privar sobre los segundos que no han sido creados sino para la persona.

Los planteamientos estatutarios en esta época, estaban plagados de excepciones, de excepciones a las excepciones y de matizaciones a las reglas generales, adquirían una complejidad que resultaba, no obstante absolutamente necesaria para conseguir casar el esquema racional con la manera en la que se resolvían los conflictos de leyes en la práctica. La estatutaria no consiguió dar el salto cualitativo que se esforzaba en realizar. Partiendo de un método tópico intentó encontrar unos principios generales capaces de servir de pautas para resolver cualquier duda provocada por la colisión entre las esferas de eficacia de las distintas leyes en presencia, pero al final las construcciones seguían siendo casuísticas, las excepciones ahogaban a la regla y las soluciones sólo podían concretarse realmente a la luz de cada caso específico, a través de complicadísimas operaciones.

Esta es una de las razones para que se produzca una crisis en las postrimerías del siglo XVIII y principios del XIX que culminaría con la progresiva adopción de soluciones técnicas distintas, que luego se consolidaría con base en la construcción de F. K. von Savigny. Las otras razones del cambio se hallan en la revolución metodológica que se produciría en la Alemania del siglo XIX, que sería determinante para la aparición de los nuevos instrumentos técnicos; en lo que significaría el proceso codificador.

Vale la pena hacer un alto aquí, para destacar lo más relevante de la doctrina anglosajona, debido al importante papel que ocupó en la renovación que se estaba produciendo y por la influencia que ejerció la obra de Story sobre Savigny. Un dato significativo, la política entre Inglaterra y Holanda en tiempos de Guillermo III, su situación geográfica, su proximidad, como los estudios de muchos juristas ingleses en Holanda, influyeron para que en Inglaterra, los principios de la escuela estatutaria holandesa, fueran seguidos. Se destaca que hasta mediados del siglo XVIII, los tribunales ingleses no aplicaban sino la ley inglesa a los conflictos de leyes, siguiéndose así la territorialidad absoluta, consecuencia del predominio feudal en Inglaterra. Las circunstancias apuntadas explican cómo los jurisconsultos ingleses siguieron los principios de la escuela estatutaria holandesa, llegando a aceptar la extraterritorialidad de las leyes basada en la cortesía, en la *comity of nations*[19].

Schäffner concretaría una máxima dotada de alcance general: "toda relación jurídica debe ser juzgada según las leyes de aquel lugar en el que ha tomado existencia"[20]. La preocupación por la esfera de eficacia espacial de la ley empieza a ceder terreno a favor de una preocupación por la relación jurídica y el respeto al derecho debidamente adquirido. Por su parte, el problema de la fundamentación de la aplicación del Derecho extranjero, bajo la cobertura de la *comity* holandesa o de la comunidad de Derecho, comienza a perfilarse desde otro ángulo; las leyes extranjeras se aplican porque el derecho del foro quiere que se apliquen.

Todas estas ideas alcanzan una concreción sistemática en la obra de J. Story, el punto de partida lo sitúa en una premisa básica, cada Estado posee jurisdicción exclusiva dentro de su territorio, pero fuera de él carece de toda competencia. Ahora bien, una aproximación a la práctica pone de relieve que por diversas razones, ya sean de conveniencia, de utilidad, de justicia o reciprocidad, las naciones entienden que deben tomarse en consideración otras normas distintas a las propias.

Sin despreciar a los autores de la estatutaria, Story recogió más de quinientas decisiones judiciales en la materia, y sobre su base y su puesta en relación con los principios doctrinales más ampliamente aceptados, indujo una serie de máximas generales que servían para determinar cuándo el Derecho extranjero era aplicable a los asuntos de Derecho internacional privado. La construcción de Story se ciñe al espíritu y finalidad del sistema y a los objetivos de conveniencia y justicia. Las leyes poseen vigencia únicamente dentro del ámbito territorial donde se ejerce el poder de quien las dicta. Una ley extranjera sólo puede aplicarse cuando el sistema territorial la hace suya. Por ende, la cuestión no estriba en saber si tal o cual precepto nacional o extranjero incluye o no dentro de su eficacia reguladora el supuesto de tráfico externo. Sólo cuando una disposición positiva de carácter escrito o consuetudinario disponga la aplicación

[19] *Ibid*., pp. 416 ss.
[20] Schäffner citado por Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general…*, ob. cit., p. 40.

del Derecho extranjero o cuando se deduzca del espíritu y finalidad del ordenamiento que éste quiere verlo aplicado, podrá fallarse el asunto sobre la base de disposiciones foráneas; en los demás casos se aplicará siempre la ley del juez.

En líneas generales, esta síntesis concreta la posición de Wächter. Su construcción puede esquematizarse en torno a los tres principios básicos que se han ido esbozando: 1) el juez debe aplicar a un conflicto de leyes la solución prevista por su legislador; 2) en defecto de ley, entendida en un sentido amplio, el juez determinará el derecho aplicable en atención al espíritu y finalidad de su propio ordenamiento; 3) si este análisis no ofreciese resultado, se aplicará la ley del foro[21].

El problema empezaba a dejar de ser exclusivamente espacial y comenzaba a nacer un método propio para la solución de estos conflictos. A partir de las primeras décadas del siglo XIX, existiría una clara conciencia de que los problemas que suscita la proyección internacional de la vida de las personas no puede resolverse mediante un catálogo de pautas destinadas a establecer los límites entre los ámbitos de vigencia de las normas de los distintos ordenamientos, era preciso acuñar un método propio. En esta etapa se produce el tránsito de un método a otro y los autores comienzan a sentar las bases de lo que será el unilateralismo de finales del siglo XIX.

Esta es la historia que precede a Savigny. La innovación que introdujo su obra no afectó a la forma de plantear el asunto de las colisiones, sino a la manera de abordar su solución. En el tomo VIII de su Sistema del Derecho romano actual (1849) elabora el ámbito de aplicación territorial del Derecho.

Él plantea,

> El Derecho romano actual, ya definido (§ I), tiene una gran analogía con el Derecho común alemán. Este derecho se refiere a la constitución política de la Alemania, cuyas diversas partes estaban reunidas bajo la dominación imperial, y cada Estado obedecía a un poder doble, bajo cuya influencia se desenvolvía un doble derecho positivo: el derecho territorial y el *derecho común*. Así pues, esta obra, que trata del Derecho romano actual, podría, con algunas adiciones, ofrecerse como el Derecho común de Alemania[22].

Savigny parte de la comunidad jurídica de las naciones y no de la soberanía independiente, fundamenta la aplicación del Derecho extranjero en la existencia de una comunidad jurídica internacional basada en la fe cristiana y el Derecho Romano. Crea el concepto del asiento de la relación jurídica, que ha de determinar el derecho aplicable. De esta manera determina que la capacidad, el Derecho de familia y el Derecho sucesorio se rigen por la ley

[21] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., p. 42.
[22] Savigny, Federico Carlos de, *Fuentes del Derecho romano actual*, capítulo I, § II, *Derecho común de Alemania*, citado por Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 11 ss.

domiciliaria; en materia de derechos reales, por la *lex rei sitae*, y en materia contractual por la ley del lugar del cumplimiento de la obligación[23].

El jurista alemán aceptó que el Juez tenía obligación de obedecer las reglas sancionadas por su propio legislador para decidir los casos contentivos de elementos extranjeros, a pesar de que personalmente pudiera no estar de acuerdo con la solución legal; examina las cuestiones no decididas en forma expresa, que constituían la hipótesis normal en la época, por cuanto ninguna legislación nacional había regulado toda la materia, en particular el derecho consuetudinario alemán; y las escasas normas escritas de Derecho internacional privado existentes estaban inspiradas por la doctrina de los estatutarios, que era una teoría incompleta e insuficiente para resolver los problemas derivados de los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos. Aconsejó tomar en cuenta los principios generales del Derecho, como habían sido establecidos por la doctrina jurídica. Su punto de partida no eran las normas jurídicas para determinar su ámbito de aplicación, sino las relaciones jurídicas[24].

Savigny sostuvo la necesidad de analizar la naturaleza de cada relación jurídica para establecer su asiento *(Sitz)* territorial, este asiento indica la ley aplicable y tal designación debe ser aceptada en todas partes como la única manera de cumplir el deber de aplicar Derecho extranjero, impuesto a los países europeos por la existencia de "una comunidad internacional de naciones que tienen relaciones recíprocas", con fundamento en el Derecho Romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua[25]. Sin embargo, admitió excepciones a esa obligación: cuando la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero contradice reglas del *forum* que tienen un carácter imperativo, y los casos en los cuales el Derecho extranjero consagra instituciones jurídicas desconocidas para la *lex fori*[26].

De manera que se propone buscar a cada relación su sede, su centro de gravedad, su localización, ya sea en el ordenamiento jurídico del juez, o en un ordenamiento jurídico foráneo. La noción de localización, base del sistema savigniano, opera analíticamente sobre la relación jurídica y lo hace, si es necesario "desplazandola", con lo cual podría producirse lo que la doctrina francesa ha denominado *dépeçage*[27].

Conforme a su doctrina las normas de conflicto deben ser bilaterales, por cuanto su finalidad consiste en determinar el ordenamiento jurídico aplicable, que puede ser el propio del Juez o una legislación extranjera; y también son formales, en el sentido de que no resuelven directamente la controversia sino de manera indirecta, mediante la escogencia de la ley aplicable. Así mismo, la escogencia de la ley aplicable tampoco toma en consideración el contenido

---

[23] Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual* (trad. J. Mesía y M. Poley), Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1879, Tomo V, pp. 128 ss.
[24] *Idem*.
[25] *Ibid*., pp. 139-140.
[26] *Ibid*., pp. 142-143.
[27] B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 355.

de las leyes conectadas con el supuesto de hecho, porque no persigue como finalidad última la justicia material sino la justicia formal, la seguridad jurídica y la armonía internacional de las decisiones.

El gran aporte de Savigny radica en la idea de localización, como alternativa al método basado en el análisis de la esfera de eficacia espacial de las normas. Trata de buscar en la relación de Derecho las razones que aconsejan la aplicación de un determinado sistema y no en buscar en el sistema las razones que aconsejan o no su aplicación al caso.

Con Savigny se inicia la era del método científico para la solución de casos con elementos extranjeros y, con ello, la creación del Derecho internacional privado científico con enfoque universalista y cosmopolita[28].

B. Introducción a las nuevas construcciones doctrinales

1. El objeto y los métodos en las construcciones modernas clásicas

Cada vez que una situación o relación incluya elementos vinculados con ordenamientos jurídicos diferentes se suscita la duda en la que se funda la existencia de nuestra disciplina. Las leyes vinculadas al asunto parecen pretender determinar la existencia de la relación y atribuirle unos efectos jurídicos concretos y esos efectos pueden resultar muy distintos según se dé prioridad a una u otra ley para regirlos.

Este es el panorama sobre el que se han venido formando unos principios y unos métodos destinados a solucionar la duda que suscita un objeto socio-jurídico así entendido. Se trata de ideas guía que, actuando a través de los métodos, pretenden obtener un resultado final de justicia, de protección, de armonía, de respeto a los derechos adquiridos, de preservación de las legítimas esperanzas de las partes o de equilibrio entre los intereses de los distintos sistemas con vocación para regular el supuesto.

Dos han sido los métodos básicos que han predominado en la doctrina contemporánea: el método unilateral y el método bilateral o multilateral. En Europa continental del oeste ha sido este último el que ha inspirado la mayor parte de las soluciones positivas actuales, desplazando gradualmente al unilateral que fue el que se impuso cronológicamente en los textos de la codificación. Aunque no puede negarse ciertos brotes coyunturales del protagonismo de este último, tanto en la doctrina como en la legislación, ni que ha llegado a consolidar un juego parcial en la reglamentación del tráfico externo actual, el papel preponderante del método multilateral, que surgió con una fuerza dinámica muy notable a partir de la obra de Savigny y de su desarrollo por C. L. von Bar, resulta innegable[29].

---

[28] *Idem*.

[29] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., p. 62.

El método unilateral es heredero innegable de la estatutaria. Cada norma tiene una esfera de eficacia determinada; si una de ellas incluye el supuesto considerado dentro de su ámbito de aplicación debe aplicarse. En el caso de que concurrieran varias con vocación para regularlo, basta con unos sencillos principios para resolver la duda sobre cuál debe regirlo (por ejemplo, el de la primacía del estatuto real sobre el personal). Este es el esquema de base estatutario. Si el método preconizado por los estatutarios no ha cambiado en lo esencial, ha evolucionado ampliamente y no solamente en lo accesorio. Ha experimentado transformaciones por ser un sistema jurídico obligado a servir a una sociedad que está en constante evolución, pero estas transformaciones, consecuencia de una mayor profundización en el conocimiento del Derecho internacional privado, no han supuesto nunca una alteración en la primitiva estructura del sistema[30]. El método unilateral moderno opera sobre otros parámetros. Vamos a intentar sintetizarlo en sus rasgos generales, la técnica consiste en retener determinadas instituciones de derecho y establecer los casos en los que tienen que ser aplicadas a los supuestos de tráfico externo.

La norma de conflicto unilateral tendría la función específica de delimitar el ámbito de aplicación de las leyes en relación con los supuestos de tráfico externo, con dos finalidades: de un lado la de vincular al juez del foro en su aplicación; de otro lado, para orientar al juez extranjero, cuando por la conciencia de una comunidad de derecho entienda que satisface los intereses de su propio ordenamiento aplicando una ley extranjera.

Las diferencias entre el método unilateral puro y el bilateral perfecto son claras en cuanto al punto de partida. El primero tiene por objeto fijar la esfera de eficacia espacial del ordenamiento, y el segundo establecer el Derecho aplicable a las distintas relaciones privadas internacionales. Sin embargo, no han sido tan diferentes en muchas manifestaciones de su utilización a lo largo de la historia reciente. El gran aporte de Savigny, radica en la idea de localización, como alternativa al método basado en el análisis de la esfera de eficacia espacial de las normas. Se trata de buscar en la relación de derecho las razones que conducen a la aplicación de un determinado sistema y no en buscar en el sistema las razones que determinan o no su aplicación al caso[31].

El unilateralismo y el multilateralismo se fueron desarrollando hasta que este último se consagró en el siglo XX como la fórmula de solución capaz de resolver satisfactoriamente, ya fuese de modo autónomo o en combinación con otras técnicas, los supuestos del tráfico privado internacional.

El giro de Savigny radica en un cambio en el punto de enfoque. Se parte de las relaciones jurídicas para buscar su asiento natural, se actúa sobre tipos ideales, categorías abstractas

[30] Ferrer-Correia, Antonio, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Cuadernos de la Cátedra "F. B. Scott", 1978, p. 5.
[31] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., pp. 64 ss.

como capacidad, contratos o responsabilidad, para analizar los elementos que la componen; se sopesa la importancia relativa de cada uno de ellos en el contexto de la relación estudiada y se procede a identificar cuál es el factor clave de la estructura de la institución. Una vez realizado esto, el legislador convierte a ese componente en punto de conexión[32], lo que le permitirá al intérprete jurídico atribuir la regulación de ese supuesto al sistema en el que se realice tal elemento.

La búsqueda de la sede natural de la relación es la idea que preside todo el proceso de elaboración de la norma de conflicto bilateral. Sobre esta base se construirá el modelo de solución de los problemas propios del Derecho internacional privado en el siglo XX.

La doctrina tradicional del Derecho internacional privado sufrió el embate, a lo largo del siglo pasado, de dos grandes críticas[33]:

1) La primera consistió en una reacción contra el positivismo legalista y el nacionalismo que el movimiento codificador del ochocientos generó y que destacaron en Europa durante una buena parte del siglo XX. El Estado es la fuente de todas las normas de conflicto; incluso aquellas que hayan sido establecidas por convenios o tratados internacionales[34]. La ley interna es por tanto la fuente de todo el Derecho internacional privado, con excepción de los preceptos de origen internacional. Esta teoría inevitablemente desembocaba en una práctica opuesta a la verdadera esencia del Derecho internacional privado, pues éste tiene por objeto proveer a la reglamentación de las situaciones jurídicas plurilocalizadas, que se encuentran en una situación de particular inestabilidad. Surge así, la necesidad de valoración de tales relaciones por parte de los diversos sistemas interesados; de tal forma que la ley que resulte aplicable en un Estado, a determinada especie jurídica, lo sea también en los distintos países con ella vinculados[35].

Sin embargo, esta doctrina caracterizada por la extrema vaguedad y lo abstracto de los criterios en boga en el siglo anterior, escéptica ante las perspectivas de unificación de las reglas de conflicto, y básicamente nacionalista generó dos movimientos distintos: uno reformista, orientado a la corrección y adaptación del sistema; y el otro, de contestación frontal de sus premisas. El primero comenzó en los años treinta casi contemporáneo con el segundo, pero éste representa un retorno al universalismo. El principal representante de esta nueva tendencia es Frankestein, quien combatió la doctrina clásica del Derecho internacional privado en sus

---

[32] Dentro de la figura del contrato nos encontramos con el consentimiento, las prestaciones que implica o el objeto sobre el que versa, si se entiende que la pieza fundamental es el libre acuerdo de las partes, deberá ser en su base como se seleccione la ley aplicable. En consecuencia, los contratos se rigen por la ley a la que las partes se sometan. Si por el contrario, se considera que lo más relevante jurídicamente es la causa, entonces habrá de llegarse a la conclusión de que el contrato deberá regirse por la ley del lugar donde se realice la prestación esencial.

[33] Ferrer-Correia, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*…, ob. cit., pp. 10 ss.

[34] Debe entenderse que esas normas sólo se tornan vigentes en el orden interno del Estado después de haber sido incorporadas y convertidas formalmente en Derecho nacional.

[35] Este es el llamado principio de la armonía jurídica internacional.

propios fundamentos, pues sostenía que todas sus normas tienen por fuente la voluntad soberana del Estado, afirmando, la "heterolimitación de la competencia legislativa de éste en la materia"[36]. El Estado sólo puede dictar reglas de conflicto para sus ciudadanos y para las cosas situadas en su territorio, fuera de esos límites los tribunales aplicarán Derecho extranjero. Combatió la doctrina clásica en el principio según el cual los tribunales nacionales sólo deben obediencia a las normas de conflicto emanadas del respectivo legislador. Se trata pues, de una contestación al sistema la cual no tuvo seguidores.

2) La segunda, tiene de común el alzarse contra el método tradicional de resolución de conflictos: discutir el valor propio del sistema conflictual, esto es, de la técnica de la norma de conflicto. Para la doctrina clásica, el problema del Derecho internacional privado se define como un problema de elección de ley, a decir de Ferreir-Correia:

> …procúrese la ley que sea más apropiada para regular el sector o materia jurídica que se contempla. Más apropiada, se entiende, no ciertamente en función de su contenido, de la mayor justicia de sus preceptos materiales, sino sólo en virtud de su *posición espacial* relativamente a las situaciones de vida a regular. Supone esto decir que no se trata propiamente de encontrar la ley *mejor*, sino tan sólo la que *mejor situada* estuviere para intervenir, bien en razón de la localización de los propios hechos, bien de la relación que la vincula a las *personas* a que los hechos se refieren. El problema del DIP no es un problema de derecho material[37] (cursivas en el original).

Tales son, en forma breve, las ideas básicas de la doctrina europea dominante.

2. Revolución metodológica norteamericana

Es en Estados Unidos donde se produce la más agresiva discusión, a pesar de que el método bilateral también era reconocido como un axioma[38]. La tesis de los derechos adquiridos sostenida por Story, Dicey y Beale[39], no era menos dogmática que la teoría savignyana de la sede de las relaciones jurídicas. Consideraciones de orden práctico, como que las normas de Derecho internacional privado debían determinar los casos de aplicación de la propia ley y

---

[36] Ferrer-Correia, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?…*, ob. cit. pp. 13-14.

[37] *Ibid*., p. 16.

[38] Fue el caso *Babcock vs. Jackson*, juzgado en 1963, el que provocó la desconfianza generalizada de los juristas norteamericanos en las reglas de conflicto tradicionales.

[39] La incapacidad de las doctrinas propuestas por Joseph Story y por Joseph H. Beale para satisfacer las exigencias de los supuestos de hecho vinculados con varias legislaciones fue objeto de particular énfasis en los vigorosos planteamientos de la "*local law theory*". Al decir de sus fundadores, Ernst G. Lorenzen y Walter Wheeler Cook, ninguna de ellas podía considerarse una correcta descripción del efectivo acontecer judicial en los Estados Unidos de América del Norte; y los principios contenidos en cada una eran inútiles en su propósito de suministrar directrices válidas para resolver en forma adecuada los "nuevos" casos, surgidos como ineludible consecuencia del incremento de las relaciones humanas más allá de las fronteras. Ver Parra-Aranguren, Gonzalo, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado Norteamericano: Cavers, Currie, Ehrenzweig, en: P. Venegas Filardo / V. Alvarez (ed), *Monografías selectas de Derecho internacional privado*, Caracas, Biblioteca Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, Serie Estudios No. 21, pp. 253 ss.

también aquellos sometidos a una legislación extranjera, no sólo para garantizar certidumbre y predictibilidad sino también para facilitar la tarea de los tribunales al decidir los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos, se hicieron sentir en Estados Unidos a comienzos del siglo XX, y el *Primer Restatement* del *American Law Institute*[40] estuvo compuesto de normas bilaterales, que proclamaban el principio de la territorialidad de la ley y el reconocimiento de los derechos legítimamente adquiridos, en base a las ideas de Beale, relator de la Comisión encargada de realizar el trabajo. Este *Restatement* apareció en la época del "realismo jurídico" americano, un movimiento jurisprudencial cuyos adherentes veían poca utilidad en meditaciones doctrinales sobre derechos adquiridos, sistemas conceptualistas, y reglas mecánicas[41].

El fundamento del Primer *Restatement* provocó una reacción que representó el punto de partida de la revolución metodológica, cuyas huellas se han sentido en el Derecho internacional privado contemporáneo. La reacción provino de la llamada "Escuela de Yale"[42], su crítica destruyó la validez del principio de la territorialidad y de la doctrina de los derechos adquiridos, las objeciones formuladas atacaron principalmente la concepción jurídica que inspiraba el Primer *Restatement*. La crítica de la "*local law theory*" se enfrentó al dogma de la territorialidad de la ley, para destruir la columna vertebral de los sistemas propuestos tanto por Joseph Story como por Joseph H. Beale.

Por otra parte, Walter W. Cook criticó profundamente la doctrina del respeto a los derechos legítimamente adquiridos, "*vested rights theory*", según la formuló, en los Estados Unidos de Norteamérica, Beale y, en particular fue objeto de enérgico rechazo su presupuesto acerca de la exclusiva competencia de una sola legislación para crear el correspondiente derecho, cuya eficacia debe ser reconocida en todas partes.

Aun cuando la "*local law theory*" tuvo indiscutible éxito en su propósito de exterminar las doctrinas anteriores, representa un completo fracaso en el aspecto constructivo: demostró la falsedad de los criterios propuestos hasta entonces, pero no suministró directrices útiles para atender a los casos "nuevos" del futuro. Nuevos esfuerzos para imponer orden a la artificiosa manipulación de los principios por Magistrados "realistas", constituyen denominador común de la doctrina contemporánea en los Estados Unidos de Norteamérica, y merecen una consideración particular la doctrina de "los principios de preferencia", "*principles of preferente approach*", de David F. Cavers; la teoría de "los intereses gubernamentales", "*governmental*

---

[40] *First Restatement of the Law of Conflict of Laws*, Primera Recopilación del Derecho sobre Conflicto de Leyes, fue aprobado por el Consejo del Instituto de Derecho Americano en 1934.

[41] Juenger, Friedrich K., Balance y perspectiva de la década en Estados Unidos, en: *Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década. Cuartas jornadas de Derecho internacional privado. Madrid, 4-5 de junio de 1993*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, pp. 36 ss.

[42] Especialmente destacan entre los autores que integran la llamada Escuela de Yale, Walter Wheeler Cook, Ernst G. Lorenzen y Hessel E. Yntema.

interests approach", de Brainerd Currie; y la doctrina de "la ley adecuada ante el Tribunal adecuado", "*a proper law in a proper forum approach*", de Albert A. Ehrenzweig[43].

Al entender de Cavers[44], el método clásico utilizado para decidir casos con elementos extranjeros, funciona en forma mecánica al no considerar las circunstancias particulares de la situación, los requerimientos de la justicia y las expectativas de las partes, pues sus normas se limitan a seleccionar una legislación sin tomar en cuenta el contenido de los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho. Sugirió un método alternativo para sustituir el sistema tradicional, el tribunal debe examinar todos los hechos del caso con mucho cuidado, y evaluar los resultados producidos por la aplicación de las reglas de los varios ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho, a fin de realizar la escogencia tomando en cuenta las circunstancias particulares de la controversia, para que se haga justicia a las partes y al mismo tiempo, realizar los objetivos sociales perseguidos por las normas sustantivas. La persistente insistencia en la previa valoración de las normas materiales en conflicto, ha conducido a calificar el procedimiento propuesto como un "método de selección de resultados", "*result-selectiv-method*".

Como vemos, las críticas de Cavers no se dirigen al planteamiento hecho del problema por el método clásico sino a la manera de resolverlo, su sistema también pretende efectuar una escogencia, pero no entre sistemas de Derecho sobre la base de factores de conexión abstractos, sino entre normas materiales, con vista de los resultados de su aplicación en el caso concreto[45]. Este método propuesto en su famoso artículo de 1933, sólo puede ser utilizado por el Juez a quien corresponderá realizar la justicia material del caso concreto, con vista de sus circunstancias particulares y de los objetivos de política social perseguidos por las normas materiales en conflicto. A su entender el nuevo método permitiría estructurar un sistema de normas derivadas de la experiencia judicial y del examen de los problemas por los especialistas de las Universidades. Sin embargo, previene contra el posible funcionamiento mecánico de las reglas, así establecidas, para resolver futuras controversias sin un detenido examen individual de las circunstancias del caso concreto.

Una segunda etapa del pensamiento de Cavers se inicia en 1965[46]. La nueva presentación de su doctrina representa un retroceso en la rigidez de su actitud originaria. Por una parte

---

[43] Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado Norteamericano…, ob. cit.., p. 257.

[44] Cavers representa "uno de los mejores y de los más elocuentes intérpretes de la llamada tendencia realista en nuestra disciplina" y en un artículo publicado en 1933 en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, denominado "*A Critique of the Choice of Law Problem*", manifestó sus serias reservas frente al método clásico. *Ibid*., p. 258.

[45] Ferrer-Correia, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*…, ob. cit., p. 17.

[46] Con su libro *The Choice of Law Problem*, donde rechaza la comparación de su método, hecha por Hessel E. Yntena, con la fórmula propuesta por Aldricus a fines del siglo duodécimo, en el sentido de resolver las controversias conforme a los dictados de la justicia y de la conveniencia; y para disipar cualquier duda sobre el particular, hizo formal recordatorio de no haber sugerido nunca el examen del posible resultado de la aplicación de las normas de conflicto, con el objeto de imponer "una tarea de jurisprudencia comparada". Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano…, ob. cit., p. 262.

admite la dificultad de alcanzar soluciones justas a través del análisis del contenido y de los propósitos de las normas materiales en conflicto; y por la otra, acepta los inconvenientes y peligros derivados del casuismo llevado a sus últimos extremos. De esta manera, nacieron los "principios de preferencia" ("*preferente principles*"), principios que difieren básicamente de las normas de conflicto en sentido clásico, pero que recuerdan el estilo utilizado en el *Restatement*. En efecto, no cubren la totalidad de la vida jurídica, y ni siquiera pretendieron regular en forma exhaustiva los sectores escogidos por Cavers, a saber: la responsabilidad delictual, los contratos y la transmisión de la propiedad. Sólo persiguen recoger directrices de conducta con el objeto de ayudar a los jueces en la difícil tarea de resolver las controversias concretas sometidas a su conocimiento[47]. El recurso a estos principios de preferencia sólo es posible en las controversias dificultosas, cuando han fracasado las técnicas convencionales para su solución; no es posible recurrir a ellos si el asunto se encuentra decidido por una norma material del foro, ni en presencia de un falso conflicto. En otro sentido, tampoco eliminan la necesidad de evaluar las normas materiales en conflicto para hacer la selección definitiva.

Vemos como la similitud de la nueva fórmula con el método clásico resulta notoria cuando se observa que la selección provisoria de las legislaciones vinculadas con el supuesto de hecho, realizada por los principios de preferencia, se produce a través de criterios análogos a los utilizados por las normas de tipo tradicional[48].

La predominante aplicación de la *lex fori* encuentra uno de sus más fervientes defensores en Brainerd Currie[49], quien propuso un nuevo método radical, el llamado "análisis de los intereses gubernamentales". Esta nueva metodología parte de la investigación de la finalidad perseguida por las normas materiales vinculadas con la controversia, labor nada fácil porque rara vez se encuentra declarada en forma clara y expresa por el legislador. Una vez precisada la finalidad legislativa de la norma, debe investigarse si existe algún interés estatal ("*governmental interest*") en su aplicación a la controversia, cuestión que corresponde al intérprete de la norma determinar.

El examen de los intereses en presencia permite eliminar numerosos problemas aparentes cuya solución ha preocupado a jueces y especialistas[50]: ocurre así cuando uno sólo de los Estados tiene interés en aplicar sus normas materiales a la controversia, en este supuesto estaríamos en presencia de un "falso conflicto", pues el asunto se resolvería en base a la ley de ese Estado y se garantizaría la uniformidad internacional de las soluciones; sin embargo, resulta posible que ninguno de los Estados vinculados con el supuesto de hecho tenga interés en la

[47] Madrid Martínez, Claudia, Nuevas perspectivas para el Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.) *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, pp. 453 ss.
[48] Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano…, ob. cit., p. 266.
[49] Su doctrina se desenvuelve en dos etapas sucesivas: una primera representada por su artículo *Notes on Methods and Objetives in the Conflict of Laws*, publicado en 1959, y la segunda se inicia en 1963 con la publicación de *The Desinteresed Tbird State*.
[50] Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano…, ob. cit., pp. 272 ss.

aplicación de sus normas, ante esta situación Currie se pronuncia en el sentido de dar primacía a la *lex fori*.

La verdadera problemática se presenta cuando dos o más Estados tienen interés en la aplicación de sus preceptos materiales al supuesto de hecho, se trata en esta situación de "verdaderos conflictos", que al decir de Currie no pueden ser resueltos por ninguna ciencia o método del Derecho internacional privado, en esta hipótesis no corresponde a los Tribunales comparar los intereses en conflicto para efectuar una escogencia, sino que es una tarea que corresponde al cuerpo legislativo. Esta última fórmula propuesta para resolver estos "verdaderos conflictos", cuando el Estado sentenciador posee interés en la controversia, fomenta el "*forum shopping*", por cuanto el demandante propondrá la causa ante el tribunal del país cuya ley le resulte más favorable, y fracasa así el logro de la armonía internacional de soluciones.

De acuerdo con lo anterior, la doctrina de Currie propugna la aplicación preponderante de la *lex fori* para decidir el asunto: debe aplicarse cuando existe un interés en el foro; si las leyes vinculadas con el supuesto de hecho no pretenden regirlo, y cuando se plantea un verdadero conflicto ante un foro desinteresado. En consecuencia, la ley extranjera sólo se aplicará cuando es la única legislación interesada en la decisión del supuesto de hecho.

La crítica fundamental a la doctrina del análisis de los intereses radica en la dificultad de determinar las finalidades perseguidas por el legislador en sus diversas normas, pues no aparece claramente determinada en la mayoría de los casos, debiendo ser descubierta por el intérprete. Y además, toda la crítica hecha por Currie al método clásico fracasa en sus propósitos, porque con el transcurso del tiempo el funcionamiento del sistema de los precedentes transformará en normas de conflicto bilaterales las decisiones judiciales fundadas en el análisis de los intereses gubernamentales[51].

Albert A. Ehrenzweig, al igual que los anteriores fue acérrimo en sus críticas al método clásico y al Primer *Restatement of the Law of Conflict of Laws.* Él afirma la necesidad de acudir a la *lex fori*, a falta de Tratados o de preceptos constitucionales (estos últimos en el marco específico de la unión norteamericana), para resolver los supuestos de hecho vinculados con varias leyes simultáneamente vigentes. La solución de estas controversias debe hacerse dentro del espíritu y propósitos de la *lex fori*. La *lex fori* interviene para suministrar las normas de Derecho internacional privado útiles para resolver la controversia: bien se trate de preceptos escritos, producto de la voluntad del Legislador, bien de reglas establecidas por vía jurisprudencial, a través del sistema de los precedentes. Deben excluirse las "reglas falsas" o "pseudoreglas" que lo son únicamente en apariencia y dentro de las cuales menciona: a) las normas formuladas con fundamento en la inclusión del supuesto de hecho dentro de ciertas "falsas categorías", como

[51] Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit. p. 228.

las de contratos, hechos ilícitos y otras más elaboradas para su utilización en el campo del Derecho interno; b) las reglas establecidas con el propósito de resolver "problemas sin conflicto", es decir, cuando ninguna de las partes ha pedido la aplicación de una ley extranjera y ésta tampoco es declarada competente *ex officio* por el juez; c) las normas que expresan "falsa doctrina", por cuanto el asunto concreto no es resuelto en definitiva por la ley extranjera declarada competente por ellas, sino por la *lex fori*, gracias a un artificio de la técnica jurídica: calificación, reenvío, orden público, cuestión preliminar[52].

Aquí cabe destacar que, la calificación es entendida por Ehrenzweig como una interpretación de la *lex fori*, pero a menudo es utilizada para arribar a la ley substantiva de la *lex fori*. Así, si las "*legal rules*" eran calificadas como procedimentales, consecuentemente el procedimiento estaba gobernado por la *lex fori*. En sus orígenes, de acuerdo con Ehrenzweig, esta tesis sirvió en la Edad Media (Balduino) para fortalecer la regla de aplicación de la *lex fori* contra el avance en la aplicación de la ley extranjera. En el sistema del *common law* opera como un contrapeso a favor de la *lex fori* sólo después de la victoria de la doctrina de los derechos adquiridos. Esta distinción entre la ley procesal y ley substantiva se considera insostenible hoy día, pero si la regla básica de la *lex fori* no hubiese prevalecido, esta distinción (como las "*public policy*") debía mantenerse. Nada se ganará declarando que las "*limitations of action, survival statutes, statutes of freud, standing to sue or be sued and the extent of damages are all substantive*"[53]. En la presente condición de las "*unworkable rules*" (como aquellas del Restatement) uno tiene que acudir a las "*unworkable exceptions*" (como las reglas de la *lex fori* sobre "*remedies*"), hasta que estas reglas fuesen reconocidas como una excepción de la regla básica de aplicación de la *lex fori.*

Así mismo, en materia de "*preliminary question*", sostiene que este problema también se resolverá con la ayuda de las "reglas básicas" de la *lex fori,* a través de la interpretación de las reglas del foro. Aquí, como en los casos que envuelven la autonomía de las partes, depende de la intención de la *lex fori,* a saber: qué política está siguiéndose si la ley extranjera se declara aplicable en los casos excepcionales. Cita un ejemplo, si un hijo ilegítimo sobrevive a un causante no residente, la cuestión a preguntar es, si él es considerado como "niño" (hijo) dentro del significado de la ley de residencia del causante (ley de acuerdo a la opinión general, que decide en la sucesión de los bienes muebles), debe ser decidida por esa ley. Uno puede asumir que el causante había confiado en la aplicación de la ley de su residencia y por consiguiente no se molestó en preparar un testamento. Como resultado, Ehrenzweig, por lo menos en este caso (el hijo ilegítimo), nos conduce a la llamada solución "*dependent*" de la cuestión preliminar, eso es, la cuestión preliminar (descendencia) se resuelve de acuerdo con la norma de conflicto del

[52] Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 287.
[53] Kegel, Gerhard, The crisis of conflict of laws, en: *Recueil des Cours*, 1964 II, Tomo 112, p. 215.

Estado cuya ley decide la cuestión principal (la sucesión). La solución independiente de la cuestión preliminar se referiría a la norma de conflicto del foro que responde a la pregunta qué ley aplica a la cuestión preliminar[54].

La segunda etapa de la doctrina de Ehrenzwig se manifiesta cuando la *lex fori* carece de una "verdadera regla" de Derecho internacional privado, en estas hipótesis se puede obtener la solución del litigio a través de un examen interpretativo de sus preceptos materiales, con el objeto de determinar su vigencia en el espacio. La tercera etapa de la doctrina, se plantea cuando el análisis de la norma material del foro, cuyo desplazamiento se pretende por alguna de las partes, conduce a declararla inaplicable, en esta hipótesis "bifocal" de la respectiva regla del foro puede permitir el señalamiento de una ley distinta de la propia para resolver la controversia. En estas situaciones la única directriz a seguir es la finalidad perseguida por el foro: si éste lo requiere el asunto se decidirá conforme a la ley extranjera, por el contrario, el mandato contenido en la norma extranjera carece de importancia cuando así lo exija la "*policy*" del foro. La última etapa de la doctrina ocurre, cuando la interpretación de los propósitos perseguidos por el foro, no conducen a declarar aplicable una norma extranjera, en estas hipótesis es necesario acudir a la *lex fori*, en su carácter de *basic rule* o *residuary rule*, conforme a su última terminología[55].

La "*policy*" de la *lex fori* reviste una importancia predominante en el sistema de Ehrenzweig, por una parte determina cuándo sus normas materiales deben regular supuestos de hecho con elementos de extranjería, no obstante haber sido consagradas para resolver sólo controversias de carácter interno; por la otra, suministra las reglas formuladas expresamente, legislativas o judiciales, y también permite deducir otras normas "verdaderas", aun cuando no se encuentren consagradas en términos categóricos; y en última instancia, funciona como "*residuary rule*" ante la necesidad de resolver el litigio[56].

Los planteamientos de Ehrenzweig fueron objeto de severas críticas debido a la imprecisión empleada en sus formulaciones acerca de la importancia reconocida a la *lex fori* para resolver los problemas de Derecho internacional privado, que trae consigo como inevitable consecuencia, el *forum shopping*[57].

A finales de los años cincuenta, se compartía la opinión de abandonar el Primer *Restatement*, y al respecto se discutieron diversas metodologías: Willis Reese[58] abogaba por la retención de un enfoque bilateralista, prefería las normas multilaterales concebidas con la flexible fórmula de la "relación más significativa", un *proper law approach*, en base a la agrupación de

[54] *Ibid*., p. 216.
[55] Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano…, ob. cit., pp. 288-290.
[56] *Ibid*., p. 290.
[57] Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 235.
[58] *Reporter* del segundo *Restatement* publicado en 1971.

contactos; un enfoque unilateralista que trata de deducir el alcance espacial de las normas materiales del interés del Estado en la realización de su política legislativa, "análisis de intereses gubernamentales"; un enfoque teleológico que toma en cuenta el contenido de las normas materiales en conflicto; y, por último, un enfoque ecléctico, que combina dos o más de los tres enfoques básicos. Como resultado de ello el Segundo *Restatement* se convirtió en una mixtura de enfoques discordantes. Aunque no evita totalmente los puntos de conexión de tipo tradicional, sus notas explicativas son considerablemente más concretas que las de los genéricos preceptos del Primer *Restatement*. El principio del último hecho, propugnado por Beale, dejó de ser el dominante y la mayoría de las nuevas reglas hacen una selección tentativa del Derecho aplicable. El norte del Segundo *Restatement* es la "conexión más significativa". Dos de las consideraciones (o "factores" como los llama) que influyen en la selección del Derecho rinden homenaje a Currie: el factor (b) se refiere a "las políticas legislativas relevantes del foro", y el factor (c) a "las políticas legislativas de otros Estados interesados y los intereses relativos de esos Estados en la determinación de la cuestión concreta". La influencia de Cavers, Currie, Morris y otros autores modernos se hace también evidente en el rechazo de la "selección del ordenamiento": en vez de someter una entera controversia a un mismo Derecho, el Segundo *Restatement* exige un análisis separado de cada cuestión que presenta una transacción multinacional[59].

Las expresiones "intereses", "políticas", "conexión más significativa" y "consideraciones que influyen en la elección" han devenido parte integrante del vocabulario conflictual norteamericano. Sin embargo, la revolución no ha tenido tanto éxito, a pesar de la aceptación general de la nueva doctrina, muchos jueces y autores norteamericanos son, por diversas razones, críticos con respecto a las tendencias actuales[60] y, concuerdan en el otorgamiento de una gran discrecionalidad a los tribunales, con el inevitable impacto sobre la certidumbre y la predictibilidad de los resultados. Sin duda alguna, los criterios sugeridos por los "escritores de la revolución" pueden ser y efectivamente han sido manipulados por los tribunales, en muchas oportunidades, con el único propósito de aplicar la *lex fori*[61]. Al decir de Juenger, "el fermento no produjo en los Estados Unidos nada verdaderamente nuevo"[62], el enfoque del Derecho apropiado se remonta a la hipótesis de Savigny de la "sede" de las relaciones jurídicas; el análisis de intereses, por su parte, permanece "dentro del marco del pensamiento estatutario"[63].

---

[59] Juenger, Friedrich K., *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández y C. Fresnedo), México, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 116 ss.

[60] Ver: Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004, Serie de Trabajos de Grado No. 2, pp. 198 ss.; Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 132 ss.

[61] Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 236.

[62] Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit. p. 160.

[63] Repite las meditaciones de los glosadores acerca de la *lex cunctus populos*: ¿cómo puede una ley obligar a quienes no son súbditos? *Ibid*., p. 144.

El favorecimiento de la *lex fori*, la profundización sólo en escasas áreas del Derecho, la falta de concreción en los conceptos y la ausencia de acuerdo y lógica en las respuestas dadas por las soluciones planteadas en la revolución metodológica norteamericana, contribuyeron a la aparición de un movimiento disidente que estuvo caracterizado por la ausencia de un proceso unitario, pues convivieron posiciones doctrinales radicalmente opuestas que en ocasiones recuerdan tesis sostenidas con anterioridad. Se han concetrado en torno a puntos muy concretos, como son el rechazo absoluto a la *lex fori*, la necesidad de contar con guías que aseguren la certeza y previsibilidad del resultado y el abandono definitivo de los postulados del *legal realism*, dándose un cambio de perspectiva a favor del individuo[64].

Podemos concluir que en el desarrollo del conflicto de leyes en Estados Unidos, a pesar de las múltiples críticas fundadas de que pueden ser objeto, las únicas dos tesis consistentes fueron las expuestas por Cavers y Currie. Sin embargo, ninguno de sus atacantes fue capaz de aportar una alternativa universalmente aceptada, capaz de desplazarlo; sin embargo, semejantes críticas han conducido a una muy beneficiosa revisión del mismo[65]. La revolución americana ha dejado huellas indiscutibles en el continente europeo, por ejemplo, en Austria, la República Federal Alemana, los Países Bajos, Suiza y los Países Escandinavos[66].

La responsabilidad extracontractual ha sido el principal campo de batalla de la "revolución conflictual" norteamericana, aun cuando la mayoría de los académicos creen, y algunas sentencias sugieren, que los novedosos enfoques son aplicables en forma general, algunas materias continúan más o menos inafectadas por los métodos vanguardistas. Por ejemplo, en materia de contratación, rige la autonomía de la voluntad, la mayoría de los contratos se cumplen y la gran mayoría de las disputas que surgen se resuelven a través del arbitraje; en materia de derechos reales todavía rige la regla de *"lex rei sitae"* en el conflicto de leyes; y, en materia sucesoral, la revolución conflictual no ha tenido casi efecto. La "revolución conflictual" en Estados Unidos de Norteamérica está en gran medida restringida a la responsabilidad civil[67].

---

[64] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 198.

[65] *Ibid*., p. 207.

[66] Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 237.

[67] Se ha venido repitiendo que la revolución conflictual se ha limitado a la elección de la ley en materia de responsabilidad extracontractual. La mayoría de los casos que incitaron a los tribunales a "modernizarse" se referían a accidentes automovilísticos que planteaban un problema estereotipado consistente en que la acción de reclamación de daños y perjuicios planteada por la víctima, legitimada conforme a los criterios del foro, era bloqueada o limitada porque la *lex loci delicti* contenía una defensa nociva, como una ley de transporte benévolo o limitaciones monetarias respecto a la reparación de los daños en caso de muerte por negligencia. En estas circunstancias, cualquier otro enfoque produce resultados más deseables que los derivados de la doctrina clásica. La solidaridad con las víctimas de accidentes interestatales, es lo que explica la disposición de la jurisprudencia a descartar la regla del lugar del accidente. La revolución conflictual refleja los avances en el Derecho sustantivo de daños a través de la remoción, en los casos multiestatales, de las barreras erigidas por las reglas neutrales del Primer *Restatement* para obtener indemnización por daños y perjuicios. Ver: Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 160 ss.

3. Los sistemas continentales

A pesar de todas las críticas, la "revolución conflictual" americana ha dejado profundas huellas en Europa, sobre todo en materia de hechos ilícitos, contratos y algunos aspectos del Derecho de familia. Por otro lado, tiene gran interés la tendencia dominante en la doctrina americana, para conceder un relieve importante al factor representado por el contenido y fundamento de los preceptos materiales en conflicto, pues la doctrina tradicional concibe al Derecho internacional privado como algo formal, como un sistema que se orienta por el vínculo más fuerte, sin importar la manera como esa ley pueda resolver los conflictos de intereses *sub judice*[68].

Vemos entonces, que en la actualidad ni la perspectiva americana, teniendo en cuenta los últimos trabajos de Cavers y la orientación del Segundo *Restatement*, se encuentra adherida de manera radical a una idea de elección de ley en función del resultado, ni tampoco la doctrina europea actual rehúsa tomar en consideración las exigencias de justicia material y el contenido y objeto de las normas a aplicar. El legislador se encuentra movido por el propósito de preservar la validez y eficacia de un negocio jurídico, creando para ello una norma de conexión múltiple alternativa, prevaleciendo en cada caso la conexión que permita alcanzar el resultado pretendido[69]; se trata de reglas de conflicto que conducen a la elección de ley en función de un cierto resultado jurídico material. Lo mismo puede decirse de la orientación, conforme a la cual la norma de una ley declarada competente es preferida por otra ley, si ante la primera el negocio jurídico fuese declarado inválido y válido frente a la segunda, la norma que da validez al negocio desaplica a la que le invalidaría.

El contenido y objeto de los preceptos jurídico-materiales es también, elemento determinante en el momento de aplicación de las reglas de conflicto, y aquí juega papel fundamental la calificación y la adaptación, pues es a través de estas dos instituciones que se procura ajustar o adaptar el contenido del precepto material de una determinada legislación a una situación en él no prevista, comparando los contenidos de las normas de conflicto y operando en una de ellas la modificación apropiada[70].

A pesar de la influencia de la revolución metodológica norteamericana en la codificación europea, ambos sistemas se dirigen a la búsqueda de valores diversos. Mientras en Norteamérica se orientan hacia la búsqueda de la equidad *(result-selectivity)*, en Europa tiene más importancia la certeza legal. Al mismo tiempo que los sistemas jurídicos del *Common Law* se han ido acercando a la formulación de ciertas directrices o *approaches* para dotar sus sistemas

---

[68] Ferrer-Correia, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?…*, ob. cit., p. 22.

[69] Un ejemplo de ello lo encontramos en nuestra ley de Derecho internacional privado en su artículo 37, que persigue favorecer la validez formal de los actos jurídicos a través de varias soluciones alternativas.

[70] Ferrer-Correia, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?…*, ob. cit., p. 28.

de un grado de certeza o previsibilidad, los sistemas europeos han cedido ante la necesidad de flexibilizar sus normas sobre Derecho aplicable, sin dejar de lado la necesidad de codificación[71].

En Europa los tribunales se han valido de la interpretación, la calificación y otras figuras, para dotar sus sistemas de flexibilidad; la jurisprudencia de intereses constituyó un importante desarrollo en la filosofía conflictual alemana, pues a través de esta técnica el tribunal determina el Derecho aplicable (justicia formal) y luego llega, con su aplicación, a una solución justa del caso concreto (justicia material). La justicia material es un objetivo de las normas de conflicto, especialmente en las que son consideradas como materialmente orientadas, bien sea en su modalidad de disposiciones con conexiones subsidiarias o aquéllas que imponen al juez la búsqueda del mejor Derecho, incluyendo dentro de éstas las normas con conexiones alternativas. Este objetivo del Derecho internacional privado contemporáneo, está presente tanto en los sistemas del *Common Law* como en el sistema continental[72].

Una diferencia que ha sido superada entre ambos sistemas, tiene que ver con el fraccionamiento o *dépeçage*. Mientras el mito de la ley única se arraigó en la tradición básica del conflictualismo, las conexiones angloamericanas modernas son *issue by issue oriented*, con lo cual es inexorable el fraccionamiento de la relación jurídica en lo que tiene que ver con el Derecho aplicable. Esta figura ha cobrado en los sistemas continentales gran importancia y ha sido consagrada en las diferentes legislaciones[73].

Asimismo, debemos destacar la similitud entre el concepto de los *vínculos más estrechos (closest connection),* característico del sistema continental y el concepto *the most significant relationship*, conexión nacida de los sistemas del *Common Law*. La forma de determinar el Derecho aplicable con el cual la relación contractual presenta los vínculos más estrechos, tiene distintos matices pero se mantiene la esencia del principio. La diferencia entre ambas conexiones radica en el método utilizado para la determinación del Derecho aplicable y, el mismo dependerá del principio que orienta unos y otros sistemas: previsibilidad o flexibilidad[74].

C. Una aproximación al nuevo Derecho internacional privado

El método indirecto nació en la obra de Acursio y resurgió con Savigny, con miras a respetar los distintos despliegues de la internacionalidad, los contactos con diferentes Estados. La obra de Savigny comenzó el perfeccionamiento del análisis de los casos aplicando, a través de la analogía, las categorías del Derecho interno. Un sistema de normas de conflicto

[71] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 219.
[72] *Ibid*., pp. 219-220; Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit. pp. 187 ss.
[73] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 222.
[74] *Ibid*., p. 220; Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 270-271.

multilaterales o bilaterales en las que se opera, mediante la atribución de una sede a las relaciones jurídicas internacionales, según su naturaleza propia y esencial, su sumisión a un Derecho material, bien sea el de la *lex fori*, bien un Derecho extranjero.

A pesar de las acusaciones y críticas de formalismo y mecanicismo en contra del Derecho internacional privado clásico, del conflicto de leyes, éste requiere, en el curso de la tensión entre internacionalidad y particularidad, de una profunda comprensión de los problemas privados. Para elegir el Derecho aplicable hay que comprender en profundidad el caso, no se trata simplemente de un mecanismo de elecciones formales y mecánicas. De esta manera observamos que la tensión del lenguaje internacional, entre los significados de vinculación o internos, llevó a que en la década de los años noventa del mismo siglo XIX se descubriera el problema de las calificaciones. En el marco de las distintas soluciones, la referencia a la *lex causae* da predominio a la internacionalidad; la remisión a la *lex fori* afirma el Derecho interno. En 1931 se replanteó la importancia del Derecho declarado aplicable en el problema de la cuestión previa.

Los sistemas del *Civil Law*, sin abandonar la clásica raíz savignyana, han adoptado ciertos correctivos entre los cuales es necesario resaltar la transformación de la norma de conflicto. Hoy día se acepta que la norma indirecta es necesaria para dar solución a los supuestos de hecho con elementos de extranjería, sin embargo, debe revestir ciertas características que permitan al juez, no sólo determinar el Derecho aplicable sino también la posibilidad de aplicar idóneamente el ordenamiento jurídico que resulte seleccionado, de manera de dar una solución justa al caso concreto. Se intenta depurar a la norma de conflicto de sus componentes mecanicistas, bien sea orientando materialmente sus resultados, bien flexibilizando la localización, o bien dotándola de los correctivos necesarios para conseguir de ella una mejor capacidad de respuesta. Así, flexibilización, especialización y materialización son los caracteres que debe poseer una norma de conflicto[75].

La exclusividad del método conflictual parece haberse visto resquebrajada y sustituida por la coexistencia con otros métodos de regulación del tráfico externo. Nos referimos al procedimiento de regulación por medio de normas materiales de Derecho internacional privado y al de normas de aplicación necesaria. La posibilidad de aplicar las normas imperativas extranjeras y el carácter valorativo de las instituciones generales del Derecho internacional privado, incluyendo el orden público y el reenvío, instituciones que tradicionalmente se han calificado como negativas, contribuyen en la actualidad a la consecución de una solución equitativa[76].

Las codificaciones recientes en el Derecho internacional privado europeo han continuado sancionando normas de conflicto bilaterales, pero han evitado su funcionamiento

[75] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 210.
[76] *Idem*.

mecánico mediante la consagración de factores de conexión elásticos y flexibles, en lugar de rígidos e invariables. Por otra parte, en las codificaciones modernas se muestra una clara preferencia por las normas de conflicto bilaterales de corte clásico, aun cuando consagran reglas dirigidas a la obtención de ciertos resultados, promoviendo la certidumbre y la seguridad en las soluciones, a fin de garantizar las legítimas expectativas de las partes; pero, al mismo tiempo, suelen consagrar una "cláusula de escape", cuya importancia varía en los países y cuya formulación depende de los objetivos específicos perseguidos a este respecto por cada legislación[77]. El principio de proximidad, teorizado por Lagarde como la respuesta europea al *défi* americano, constituye uno de los intentos más serios de corrección[78].

Actualmente se hace referencia a un *neoconflictualismo*, tendencia seguida por autores europeos, que puede describirse a través de cuatro datos: El primero, se basa en un ataque a los métodos propuestos en el seno del conflicto de leyes estadounidense, los cuales enfocados en sustituir la norma de conflicto, resultan bastante complicados en la práctica. El segundo, critica el pluralismo metodológico europeo, el cual disminuye la previsibilidad de resultados y complica la tarea del legislador. En tercer lugar, se rescató la tarea de la norma de conflicto, porque si bien tiene una tendencia natural hacia la simple localización geográfica del supuesto, no ha estado absolutamente de espaldas a los resultados materiales. Y por último, se estableció que la norma de conflicto puede atender a los resultados materiales sin cambiar totalmente su estructura. Se concluye de esta forma, que lo que es verdaderamente necesario es "adaptar" la norma de conflicto de manera de obtener por medio de ella, resultados materiales justos y seguridad jurídica[79].

No hay duda de que aún persisten grandes dilemas que deberían resolverse. Estos dilemas se plantean[80]:

1) entre la justicia conflictual o formal y la justicia material o justicia del caso concreto: los propósitos del sistema clásico han cambiado, se aparta de la justicia formal y la sustituye por la justicia material; más bien las combina dándole ahora énfasis a la segunda;

2) entre la certeza jurídica y la flexibilidad: la permanente confrontación entre la seguridad jurídica y la previsibilidad por una parte, y la flexibilidad y la libre interpretación por la otra, continúa sin solución, "y no puede ni debe tenerla, ya que los dos criterios son válidos y adaptándolos…, se podrá encontrar la idónea solución";

3) entre la consagración y la utilización de las instituciones generales y su minimización: instituciones que son esenciales en la solución equitativa de los casos con elementos foráneos;

---

[77] Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 238.
[78] García Velasco, Inocencio, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Salamanca, Librería Cervantes, 1994, p. 71.
[79] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 214-215.
[80] B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 379 ss.

4) entre la codificación y el libre desarrollo de la jurisprudencia: ambas se complementan y son necesarias para la efectividad y desarrollo del Derecho internacional privado;

5) entre la protección de los intereses del Estado y los de los particulares: la solución depende en buena parte, del rol que desempeña el Estado en los ámbitos económicos, comerciales y familiares, tomando como factor primordial la protección del individuo;

6) entre el método conflictual y el reconocimiento de las situaciones válidamente creadas: sin llegar a cuestionar la existencia del método conflictual como método de determinación del Derecho aplicable, o su sustitución por el reconocimiento de las situaciones jurídicas. Este principio cobra cada vez mayor importancia y constituye un excelente complemento que el Derecho internacional privado no deberá ignorar;

7) entre la necesidad o no de Derecho internacional privado en los procesos de integración: cualquier proceso de integración regional repercute en la regulación del tráfico privado externo, pero esta regulación tiene que encontrar modelos propios para cada etapa del proceso, con características comunes, como pragmatismo y flexibilidad.

El fenómeno de la globalización que supone un intercambio intenso de bienes, servicios, personas y que exige unificación de normas materiales así como, en su defecto, las adecuadas regulaciones en materia conflictual. Un mundo caracterizado por el incremento de las relaciones privadas multinacionales, de la información, digitalización, desafíos tecnológicos que dificultan la localización geográfica de los supuestos, requieren de la adaptación de nuestra disciplina a estos cambios. Los derechos morales, la protección de la vida privada y los derechos de autor, están siendo objeto de una creciente atención por parte de jueces y legisladores. Esta tendencia a reconocer los derechos de los individuos, a reafirmar la importancia de la continuidad de las relaciones humanas a través de las fronteras jurídicas, tiene sus repercusiones en el Derecho internacional privado[81]. Esta disciplina encierra en sí misma los resortes con los que se pretende corregirla, sólo se requiere analizarla y profundizar en sus planteamientos con una actitud abierta. En palabras de la profesora Maekelt: "¿se ha adaptado nuestra disciplina a este nuevo mundo que vivimos ahora? Probablemente no en su totalidad. Pero sí en una buena parte y éste es el mérito de los juristas encargados del proceso de transición y de adaptación"[82].

II. Calificaciones

A. Las calificaciones: el problema del ordenamiento jurídico competente para la definición de los términos empleados por la norma indirecta

El problema de la calificación ha alcanzado una actualidad y valorización que contrasta

[81] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 225.
[82] B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 379.

con el silencio de los antiguos tratados y manuales. Pillet en su obra[83] advertía que los conflictos de calificación "son absolutamente raros y poco importantes"[84], sin embargo, en el manual hecho en colaboración con Niboyet señala:

> si nunca se perdiese de vista que la solución de un conflicto de leyes implica previamente la solución de un conflicto de calificaciones, para resolver el cual habrá que recurrir a la *lex fori*, es indudable que se aclararía y simplificaría considerablemente el Derecho internacional privado, a nuestro juicio, los conflictos de calificación son incluso más importantes a la hora actual que los conflictos de leyes propiamente dichos[85].

Al estudiar la calificación hay que tomar en cuenta la peculiar esencia del Derecho internacional privado, fundamentalmente la particular naturaleza de la norma de conflicto. La norma de conflicto regula una situación de hecho caracterizada por la existencia de elementos extranjeros; lo singular es que la consecuencia jurídica no aplica la sanción definitiva: envía o remite a reglas que aparecen ya dadas en otro sistema de normas, ya sea el mismo Derecho material interno o bien, uno extranjero. La estructura y funcionamiento de la norma de conflicto o norma indirecta, plantea numerosas interrogantes, en primer lugar, nos interesa saber de qué ordenamiento jurídico debemos desprender las definiciones de los términos que ella emplea. Podemos decir a primera vista que acudiremos al ordenamiento jurídico al cual la norma pertenece, pero surgen dudas por cuanto en Derecho internacional privado "hay siempre forzosamente varios Derechos en tela de juicio, pudiendo cada uno de ellos servir como instancia definidora"[86].

Cuando hablamos de los caracteres de la norma de conflicto decimos, que es una técnica de reglamentación indirecta, cuya función es señalar la aplicabilidad del Derecho en cuyas normas materiales encontraremos las respuestas directas a tales cuestiones. La norma de conflicto presenta un relativo grado de generalidad o abstracción, pues pretende resolver los problemas de tráfico externo que involucran instituciones que dan lugar a una variedad de problemas, que para ser resueltas en el Derecho interno, exigen un considerable desarrollo normativo. La rigidez, es otra de sus características que hacen del método una ciega y complicada máquina de solución de conflictos de leyes, alejada de las particularidades del caso concreto, esta rigidez se halla vinculada indisolublemente al punto de conexión elegido. La neutralidad está entre sus características, su propio objeto, que no es otro que la localización del supuesto litigioso en un ordenamiento determinado, no considera el contenido material del Derecho extranjero y, en general, de los Derechos en presencia. Por último, la norma de conflicto se caracteriza por

---

[83] *Principes de Droit internacional privé*, 1903.

[84] *Principes de Droit internacional privé*, 1903, No 128. Pillet citado en: De Castro, Federico, La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado, en: *Revista de Derecho Privado*, 1933, Tomo XX, p. 218.

[85] *Manuel de Droit internacional privé* (Trad. R. Rodela), Madrid, 1930. Citado en: De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 218.

[86] Goldschmidt, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado. Con especial consideración del de España y de la América Luso-Hispánica*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 2ª ed., 1958, Tomo I, p. 239.

nacionalizar las situaciones privadas internacionales, puesto que normalmente se trata de aplicar disposiciones igualmente aplicables a situaciones de tráfico interno[87].

El carácter neutral podía obviarse en la fase de aplicación a través de diversos instrumentos, entre ellos la calificación. Si partimos del hecho de que la calificación es una operación previa a la designación y consecuente aplicación del Derecho extranjero, no cabe duda de que el intérprete, conoce las consecuencias materiales de su decisión; la elección de una u otra norma de conflicto con base en la calificación, y la aplicación de un Derecho material concreto, puede hallarse mediatizada por el resultado previsible de la aplicación de una u otra norma de conflicto, vale decir, de una u otra calificación. La calificación en consecuencia puede ser un instrumento tanto de flexibilidad como de orientación material de las normas de conflicto[88].

El problema de las calificaciones "consiste en la pregunta por el ordenamiento jurídico llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta"[89]. Toda norma jurídica emplea términos, y éstos necesitan una definición, "pero mientras que toda norma directa suele hallarse inserta en un ordenamiento jurídico relativamente autónomo que le proporciona la recta interpretación, la norma indirecta se encuentra a caballo sobre numerosos Derechos privados y enclavada en un ordenamiento lleno de lagunas"[90].

Por ejemplo, el artículo 27 del Código Civil venezolano define lo que debe entenderse por domicilio en todos aquellos supuestos de hecho donde no hay elementos de extranjería, pero cuando se trata de supuestos en los cuales sí estén presentes estos elementos, el problema de interpretación de ese vocablo es mucho más intrincado, puesto que el Derecho internacional privado, se enfrenta con los Derechos civiles de varios ordenamientos jurídicos que difieren entre sí al definir tal concepto[91].

Toda norma de conflicto será definida en primer lugar, y como es natural, por el orden jurídico del que forma parte, pero el verdadero problema consiste en saber a qué ordenamiento jurídico acudiremos como último refugio. La definición de un término consiste en la indicación de los objetos a que se hace referencia, y que no es suficiente, ofrecer una enumeración de notas abstractas. Es decir, la definición debe inspirarse en la extensión y no en el llamado contenido del concepto[92].

---

87 Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3ª ed., 1997, pp. 299-301.

88 Ver Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 347.

89 Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 241.

90 *Ibid*., p. 242.

91 El artículo 11 de la Ley de Derecho internacional privado se ocupa de calificar lo que debe entenderse por domicilio a los efectos de la misma y para ello se vale del concepto de residencia habitual.

92 Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 245. Señala que al definir el contrato, por ejemplo, es necesario indicar las figuras que abarca: compraventa, arrendamiento, etc., es insuficiente definirlo como el acuerdo entre dos personas.

Podemos señalar que, se trata de la dificultad de introducir en los supuestos de las normas de conflicto de un ordenamiento determinado, conceptos e instituciones nacidos sin contacto con el foro y conformados por otro Derecho que pueden ser bien desconocidos para el Derecho del foro (el *urawashi tampo* del Derecho japonés)[93] o bien, conceptos que con el mismo nombre tienen significados diferentes; por ejemplo, la prescripción extintiva se califica como regla de carácter procedimental en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, y como cuestión de fondo en Alemania y en Italia. El juez deberá, en primer lugar, proceder a conocer el significado de estos conceptos y en muchas ocasiones deberá acudir al Derecho extranjero para obtenerlo; después, el juez ha de buscar dentro de su ordenamiento jurídico cuál de sus normas de conflicto es o son aplicables, tomando en cuenta la naturaleza jurídica que en su Derecho tienen instituciones o conceptos ya analizados.

El problema de las calificaciones es un problema complejo, y que si de una parte se trata de delimitar el alcance y significado de los conceptos empleados por la regla de conflicto, de otra, "el objeto último de la calificación es determinar la regla de conflicto del foro con la que están relacionadas una norma o una institución jurídica extranjeras"[94].

Recae sobre conceptos jurídicos y no sobre hechos, y sobre conceptos jurídicos que pueden ser externos al ordenamiento jurídico del foro y éstos pueden ser muy amplios[95], lo que conlleva a dificultades de interpretación mayor. Para aminorar estas dificultades se pueden introducir en el mismo supuesto conceptos que no se encuentran en el ordenamiento jurídico al cual pertenece la norma.

La calificación "atañe al ordenamiento jurídico competente para interpretar los términos de la norma indirecta"[96] o norma de conflicto. La importancia de este proceso es esencial en la labor de aplicación del Derecho, porque es precisamente a través del mismo como procede el juez a la elección de la normativa rectora de los problemas en litigio. Cuál es el ordenamiento jurídico más idóneo para proporcionar el catálogo de conceptos jurídicos para delimitar e interpretar las categorías jurídicas que la norma de conflicto emplea en la precisión de su supuesto de hecho, en el factor de conexión o en la consecuencia jurídica que fija.

El hecho mismo de que en las situaciones con elementos de extranjería, se encuentren varios ordenamientos jurídicos en juego, hizo surgir en la doctrina la duda sobre a cuál de ellos

---

[93] Consiste en una cláusula contractual de la compraventa, que atribuye al vendedor una especie de derecho de retención de la propiedad unido a una promesa de venta, en garantía del aplazamiento del pago de un determinado bien.

[94] Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2ª ed., 1976, p. 305.

[95] Al tratar de responder el carácter específico de las relaciones internacionales que regulan, han de estar formadas por categorías jurídicas amplias y elásticas que atienden más a los aspectos generales de las instituciones o conceptos que a los elementos concretos, de manera de poder subsumir situaciones diferentes a los internos, por ejemplo, nuestra Ley de Derecho internacional privado establece en su artículo 26: "La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz".

[96] Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 246.

correspondería calificar el objeto del litigio, y es que de la calificación depende la norma de conflicto elegida y muy posiblemente el resultado material alcanzado. Si nos encontramos, por ejemplo, en un litigio que versa sobre un pacto sucesorio y el Derecho extranjero califica la situación como un contrato, si el juez venezolano atiende a esta calificación, aplicará lo dispuesto en el capítulo VI de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, y la ley aplicable sería la designada por las partes; si, muy por el contrario el Derecho venezolano lo califica como un problema sucesoral, deberá aplicar las disposiciones contenidas en el capítulo VII sobre las sucesiones, y la ley aplicable sería la del domicilio del causante.

Estos conflictos son innumerables. Si la sucesión mobiliaria está regida por la ley del domicilio, se debe determinar previamente lo que es una "sucesión", un "mueble" y un "domicilio". Asimismo si los contratos se rigen por la *lex loci contractus* o por la *lex loci solutionis*, hay que definir lo que se entiende por "contrato", por "*lex loci contractus*" o por la "*lex loci solutionis*".

El problema reside básicamente en que dos ordenamientos jurídicos, atribuyen significaciones diferentes a los términos o palabras empleados en sus normas. Este conflicto, llamado por la doctrina como de calificaciones, permitió que el proceso calificatorio fuera empleado, en ocasiones, por el juez para perseguir resultados materiales de justicia o bien para elegir por razones de comodidad una norma de conflicto que determinase la aplicación del Derecho del foro.

1. Nociones preliminares

Todo orden jurídico imprime un carácter jurídico determinado a las relaciones humanas por él reguladas, caracteriza al arrendamiento como real o personal, a la prescripción como de Derecho privado o de Derecho procesal. Tales calificaciones legales no sólo tienen un mero valor sistemático e instructivo, sino que además son por lo general, partes de preceptos jurídicos.

El profesor francés Étienne Bartin, el gran divulgador, si no el fundador, del problema de las calificaciones y de su solución por la *lex fori*, lo planteaba de una manera muy simple: Calificar significaba para él "determinar la naturaleza de la institución, el lugar que ocupa entre las instituciones civiles"[97]. La interpretación de la regla de conflicto de la ley del foro da nacimiento al problema de la calificación, uno de los temas más discutidos en Derecho internacional privado.

La norma de conflicto hace uso solamente de un pequeño número de conceptos generales, tales como capacidad, forma de los actos jurídicos, conclusión del matrimonio, divorcio,

[97] Bartin, Étienne, Le doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflits de lois, en: *Recueil des Cours,* 1930 I, Tomo 31, p. 604.

sucesión, adopción, tutela, legitimación, legitimidad, etc. Estas reglas utilizan en principio términos jurídicos tomados del Derecho civil interno, como por ejemplo el matrimonio, el divorcio, el régimen matrimonial o las sucesiones, los legisladores le dan generalmente, el mismo contenido a los términos jurídicos de Derecho civil. Las divisiones del Derecho interno pueden pues, ser así utilizadas para interpretar las reglas de Derecho internacional privado[98]. Por ello, la incidencia del Derecho comparado se hace sentir sobre la interpretación de las reglas de conflicto.

La calificación es entendida por Ehrenzweig como una interpretación de la *lex fori*, pero a menudo es usada o empleada para arribar al Derecho sustantivo de la *lex fori*. Así, si las reglas legales son clasificadas como procedimentales, subsecuentemente el procedimiento está gobernado por la *lex fori*[99]. La calificación es quizás la cuestión que de forma más clara pone en evidencia la necesidad de no separar de forma radical los problemas de determinación de la ley aplicable y de aplicación de la ley así declarada competente.

El verdadero alcance que debe dársele al problema de la calificación es el de averiguar cuál es el sentido de los conceptos empleados por la norma de conflicto, y determinar el valor de los conceptos utilizados en la ley extranjera declarada aplicable por el Derecho internacional privado.

Desde un punto de vista histórico, la cuestión de la calificación[100] ha sido uno de los primeros problemas técnicos del proceso de aplicación de la regla de conflicto de los que la jurisprudencia y la doctrina tomaron conciencia, ya que surgió como consecuencia de la diversidad y pluralidad de ordenamientos jurídicos y en función de las características intrínsecas del método conflictual. Surge cuando la doctrina puso de relieve la existencia de colisiones entre los conceptos, al ser diferente la connotación semántica de los términos legales en los diversos sistemas jurídicos, y el problema de las calificaciones expresa las consecuencias de ese particularismo de los conceptos jurídicos[101]. Aún si las normas de conflicto fuesen idénticas o estuviesen unificadas, surgiría la colisión en función de la diversidad del lenguaje jurídico: por ejemplo, el carácter laico o religioso del matrimonio daría lugar al problema de calificación, ya que si el ordenamiento jurídico de un Estado lo considera como una cuestión de forma, la celebración del matrimonio estaría regida por la ley del lugar de celebración[102], mientras que si

---

98 Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration : Le Droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1995, Tomo 251, pp. 108-109.

99 Ehrenzweig citado en Kegel, The crisis of conflict of laws…, ob. cit., p. 215.

100 Como el problema del reenvío o de la excepción del orden público.

101 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 259.

102 En el ordenamiento jurídico venezolano la forma de los actos está regida por el artículo 37 de la Ley de Derecho internacional privado, que vino a romper el predominio del principio *locus regit actum*, pues establece varias soluciones alternativas: "Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1) El del lugar de celebración del acto; 2) El que rige el contenido del acto; o 3) El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes".

lo consideran como cuestión de fondo, de capacidad, estará regulada por la ley personal[103] de los contrayentes, dependiendo del factor de conexión adoptado por el sistema jurídico en cuestión.

A pesar de que el movimiento codificador se inicia hacia el fin del siglo XVIII, y aunque podamos encontrar, en la práctica y comentarios antiguos, vestigios de solución de conflictos de calificaciones, el problema no se descubre sino un siglo más tarde, entre 1891 y 1897[104].

Franz Kahn planteó el problema de las calificaciones, sin llamarlo así, en 1891, al tratarlas de manera incidental. Él analiza un caso de jurisprudencia que tuvo que conocer el *Reichsgericht*, sobre una demanda de revisión relativa al pago de una letra de cambio suscrita en los Estados Unidos y sometida al *Common Law* es reclamado a una persona domiciliada en Alemania ante un tribunal de este país. El demandado opone la prescripción. El problema de conflicto de leyes tiene como objeto la elección de la ley aplicable al derecho a invocar esta excepción. La ley americana rige la obligación en cuanto al fondo, la ley alemana regula el procedimiento. Según el *Reichsgericht*, hay un conflicto entre la concepción alemana, y la concepción americana de la prescripción extintiva. Para la primera, esta institución tiene como efecto extinguir la propia obligación; para la segunda, es una simple excepción de procedimiento. Se produce así la siguiente laguna, el juez alemán no puede aplicar ni la ley americana, que solo conoce una excepción de procedimiento inaplicable por un tribunal alemán, ni la ley alemana, cuyas normas de procedimiento ignoran tal excepción. De ahí que el *Reichsgericht* rechazara la excepción invocada por el demandado[105].

Kahn propone una solución próxima a la calificación *lex fori*, de manera que, aplicando sus normas de conflicto de leyes, el juez da a los conceptos de que se componen el sentido que reciben en el Derecho civil interno. Concibiendo, según el Derecho privado alemán, la prescripción como una excepción de fondo, el juez alemán conecta a la ley americana el motivo de defensa planteado. Cuando aplica la ley americana, el propio juez no debe interrogarse más sobre la naturaleza que se daría a las normas jurídicas ya declaradas competentes[106].

El autor alemán distingue tres clases de conflictos:

a) Conflictos expresos: Divergencias de las normas indirectas en los distintos ordenamientos jurídicos;

b) Conflictos tácitos: Divergencias de los puntos de conexión aunque tengan igual denominación, pero diferentes en contenido;

---

[103] Nuestro sistema adopta como factor de conexión, la ley del domicilio de cada contrayente para regir los aspectos relativos a la capacidad para contraer el matrimonio.

[104] No obstante, existieron algunos autores que lo vislumbraron con anterioridad, como Froland, Garat y Mailher de Chassat. Ver a Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 247.

[105] Sentencia del 23 de enero de 1882. Ver: Rigaux, François, *Derecho internacional privado. Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, p. 348.

[106] *Ibid*., p. 349

c) Conflictos latentes: Divergencias entre los Derechos materiales que tiene incidencia en el Derecho internacional privado, a los que denomina "*latente Gesetzeskollisionen*", vale decir, "colisiones latentes de leyes". Se trata de conflictos derivados de la distinta naturaleza jurídica que en cada Derecho pueden tener los mismos hechos (relaciones/situaciones jurídicas). Las normas de conflicto dependen de la naturaleza de las relaciones jurídicas a las que se aplican, pero esta naturaleza está en cada país modelada por las circunstancias históricas, y varía de uno a otro. Puede resultar así una acumulación (*Gesetzeskumulation*) o una ausencia (*Gesetzesvacuum*) de leyes aplicables. La solución es para cada juez aplicar su propio sistema de normas de conflicto, y si en este no se encuentra una solución expresa, acudir a los conceptos del propio ordenamiento material[107].

Para Kahn el problema de las calificaciones existía sólo en el tercer caso, advertiendo de este modo, con mucho acierto, que el verdadero problema para el Derecho internacional privado deriva de las diferencias existentes entre los Derechos materiales y la calificación que cada uno de ellos hace de las situaciones jurídicas. Hay conflicto de leyes latente o implícito cuando las normas son idénticas pero reciben interpretaciones divergentes, teniendo en cuenta la referencia a los conceptos de Derecho privado interno incluidos en el supuesto de cada una de las dos normas; este conflicto está latente ya que se disimula detrás de la expresión idéntica de las normas de conflicto.

Así, tomando el ejemplo propuesto por Boggiano, una norma de conflicto puede señalar como Derecho aplicable a una sucesión *mortis causae,* el Derecho del último domicilio del causante; otra en cambio, el Derecho de la última nacionalidad. Además, las normas de conflicto pueden adoptar el mismo punto de conexión, por ejemplo, el domicilio, pero "domicilio" puede significar o tener conceptos distintos en dos sistemas jurídicos. En tercer lugar, otro conflicto latente u oculto puede presentarse cuando dos normas de conflicto de sistemas diversos, aunque coinciden en la definición del punto de conexión, difieren en la definición de la cuestión que debe resolverse. Así una norma de conflicto puede tipificar una situación como sucesoria y la otra como una cuestión de régimen patrimonial del matrimonio. Una como cuestión de forma, la otra como cuestión de sustancia. Este es estrictamente el problema de las calificaciones[108].

Bartin publicó en el *Journal Clunet*, seis años después de los trabajos de Kahn, un artículo[109] en el cual investiga el mismo problema, con ocasión de varias sentencias francesas. Una de ellas se hizo célebre como "el caso de la viuda maltesa" (*Antón c. Bartolo*, fallado en la

[107] Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, Madrid, 2ª ed., 1956, Tomo I, p. 283.
[108] Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2000, p. 209.
[109] Que lleva por título *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, en *Journal du droit international privé (Clunet), 23 (1897).*

Corte de Casación francesa)[110], y otro caso de laboratorio elaborado por Bartin, igualmente famoso, es el del testamento ológrafo holandés[111].

A él se debe no sólo el nombre de calificación e introducir en la literatura mundial esta cuestión, sino que además al presentarla en toda su extensión, sin las limitaciones de Kahn, hizo que se volcara sobre las calificaciones la atención de los tratadistas.

Bartin coordinó las ideas en los casos de Derecho internacional privado y llamaba a estos conflictos, que debían según él persistir asimismo en el caso de llegar a un acuerdo internacional sobre las normas de conflicto de leyes, calificaciones. En efecto, las diferentes legislaciones internas contienen definiciones distintas de las instituciones comprendidas en la norma de conflicto[112]. El título del artículo de Bartin, "De la imposibilidad de llegar a la supresión definitiva de los conflictos de leyes", lleva a una parte de la doctrina[113], a la consideración de si es posible, mediante la unificación de los diversos Derechos, suprimir o eliminar los conflictos de leyes. Y en razón del citado problema de las calificaciones, tal supresión o eliminación de los conflictos de leyes y del Derecho internacional privado en su contenido tradicional no es posible, en la medida en que sigan existiendo términos equívocos y por tanto objeto de calificación de modo diferente, según las diversas normas jurídicas en juego. Aun cuando exista identidad en los principios de Derecho internacional privado de las diferentes legislaciones, es imposible llegar a la solución definitiva de los conflictos de leyes, porque la disparidad surgirá en el momento de su aplicación.

---

110 Fue uno de los primeros casos en el cual se vislumbró el problema, que consistía en calificar el derecho del cónyuge supérstite como figura del régimen matrimonial de bienes o figura sucesoria: Una pareja Maltesa se casó y vivió en Malta antes de 1870, trasladando su domicilio a Argelia donde el marido adquiere inmuebles y fallece en 1889. Argelia era territorio francés. Conforme al Código Rohan, vigente en Malta, la viuda podía solicitar el derecho de usufructo sobre una cuarta parte de los bienes del marido; según el derecho francés este derecho no existía a la fecha, si bien fue legislado con posterioridad. La Corte de Apelación de Argelia debía aplicar a la sucesión el derecho francés, sea como derecho del último domicilio del *de cujus* (muebles), sea como *lex sitae* (inmuebles); al régimen de bienes del matrimonio, el derecho maltés como ley del primer domicilio conyugal. Si el tribunal consideraba que el derecho de la cónyuge supérstite integraba el derecho sucesorio, su pedido debía ser rechazado y acogido de integrar el régimen de bienes del matrimonio. La aplicación del Derecho maltés o del Derecho francés dependía de la calificación de la cuestión debatida, la "cuarta viudal". El Código de Rohan incluye las disposiciones en el capítulo sobre matrimonio, mientras que el Derecho francés las considera como parte del derecho sucesorio. La Corte calificó el caso como régimen de bienes del matrimonio y aplicó el derecho maltés. Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 24 ss. Código Rohan arts. 17, 18: Después de la muerte de uno de los esposos, el esposo superviviente recibe la mitad de los bienes, y en caso de indigencia el usufructo de un cuarto de la propiedad del fallecido. Wolff, Martin, *Derecho internacional privado* (Trad. A. Marín López), Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1958, p. 144.

111 Un caso de laboratorio, utilizado por Bartin, es el del holandés que otorga en Francia un testamento ológrafo, discutiéndose después de su muerte su validez ante un tribunal francés. Si la ografía de un testamento es un problema de forma, se aplica el Derecho francés conforme al adagio *locus regit actum*, y el testamento es válido. Si, en cambio, se contempla la ografía desde el punto de vista de la capacidad o de la incapacidad del testador de otorgarlo, resulta aplicable el Derecho holandés como Derecho nacional del testador, lo cual nos conduce a su nulidad, ya que Holanda prohíbe a los holandeses otorgar testamentos ológrafos dentro o fuera de Holanda. Francia califica la ografía como problema de forma; Holanda, al contrario, desde el punto de vista de la capacidad. Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 3ª ed., 1977, pp. 84 ss.

112 Verplaetse, Julián, *Derecho internacional privado*, Madrid, Estades Artes Gráficas, 1954, p. 262.

113 Balestra, Ricardo R., *Manual de Derecho internacional privado. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1993.

2. Doctrinas dogmáticas

Una de las causas que ha contribuido a complicar el problema de las calificaciones, es la diversidad de formulaciones que su planteamiento ha recibido.

De acuerdo con el profesor Werner Goldschmidt, "las doctrinas dogmáticas consideran nuestro problema como susceptible de una solución general"[114]. Hemos de distinguir, dentro del seno de estas doctrinas, entre aquellas teorías que quieren desprender las definiciones de los términos de la norma indirecta de cualquier Derecho civil, por juzgar a ambas materias afines, y las doctrinas que pretenden dotar al Derecho internacional privado de definiciones propias.

Se trata de señalar las posiciones más características, sin intentar agotar las opiniones particulares, tomando en cuenta la fecundidad de las ideas.

a. Calificación de acuerdo a la lex fori

Kahn y Bartin han sugerido resolver el problema de las calificaciones mediante las definiciones de la ley del foro, establecieron la "teoría de la *lex civilis fori*". Sin embargo, Bartin admitía una excepción para calificar los bienes muebles o inmuebles según la *lex situs* y no según la *lex fori*. Básicamente, esta teoría sostiene que cuando los términos de las normas de conflicto no encuentren su definición en el Derecho internacional privado, deberán definirse analógicamente con arreglo al Derecho civil del juez que conoce de la causa.

Sus seguidores son entre otros, Bustamante; en Francia, Arminjon, Lerebours-Pigeonnière, Niboyet, Pillet, Weiss, Maury, Batiffol; en Alemania, Gutzwiller, Melchior, Nussbaum, Raape; en Italia, Ago, Anzilotti, Cavaglieri, Fedozzi, Udina[115]. Los defensores de esta teoría aluden tres razones fundamentales: La primera, que el legislador del Derecho internacional privado al emplear sus términos en las normas, posiblemente los utilizó en el mismo sentido en el que los desarrolló en su propio Derecho civil. En segundo lugar, el concepto de soberanía, pues el legislador limita su soberanía legislativa al restringir el ámbito de aplicación de su propio Derecho. Y en tercer lugar, que el juez conoce mejor su propio Derecho y en consecuencia lo aplicará de manera más acertada que cualquier Derecho extranjero[116].

Franz Kahn no se propuso hacer un estudio especial sobre las calificaciones, sino que trata de ellas de manera incidental. Escribe su *Gesetzeskollisionen,* su primera obra*,* en polémica con Bar y, comienza en ésta, la gran lucha contra la escuela internacionalista. Deducía la teoría de la *lex fori* de la estatalidad del Derecho internacional privado, "si somos nosotros quienes determinamos cuándo se aplica derecho extranjero, hemos de entender los conceptos

[114] Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 249.
[115] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1956), p. 285.
[116] Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 251-252.

sistemáticos de nuestras normas de colisión en el sentido de nuestro derecho material"[117].

Su doctrina se puede resumir de la siguiente manera: 1) La situación de hecho aparece como una relación jurídica existente, que debe ser regulada por el Derecho internacional privado; 2) La *lex fori* determinará el alcance y calificación de los puntos de conexión o conceptos axiomáticos; 3) La norma extranjera declarada aplicable regulará a la relación jurídica en cuestión, cuando esa norma se refiera a una relación jurídica de idéntico contenido, para este fin basta una igualdad funcional; 4) Se aplicará la norma extranjera a la relación jurídica supuesta en la parte que se refiera a la misma relación jurídica en cuestión, pero esa parte se aplicará en su totalidad[118].

Puede parecer que Kahn es uno de los más firmes y seguros defensores de una doctrina que declara aplicable tan sólo conceptos tomados de la *lex fori,* pero tiene cuidadosamente en cuenta el Derecho extranjero. Señala que para la existencia del Derecho internacional privado se necesita un concepto axiomático, establecido de una manera firme, por eso sólo puede ser determinado por el Derecho interno; sobre la base de esos conceptos se llega a determinar que la relación jurídica aludida se encuentra sometida a un Derecho extranjero determinado, con esto acaba la misión del Derecho internacional privado, lo que desde ahora hay que aplicar es el Derecho territorial extranjero, su Derecho real, de obligaciones, etc. El resultado a que llega lo resume diciendo que "los conceptos axiomáticos del Derecho internacional privado se determinan según el Derecho mismo; pero todo concepto axiomático es, por naturaleza, relativo"[119].

El autor se dio cuenta de la necesidad de distinguir entre el problema de la calificación previa de las instituciones, elección de la norma de conflicto y aplicación de una ley extranjera. Kahn no hace derivar de la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones, según la ley del foro, la ley aplicable de forma inmediata, sino que matiza al hablarnos de la "relatividad" de los conceptos de conexión. Para evitar la arbitrariedad que supone la admisión o no de una relación jurídica calificada de distinto modo por el Derecho extranjero, es preciso que dicha relación se examine con independencia del carácter formal que tenga, buscando si la función destinada a cumplir en el ordenamiento jurídico del que forma parte es o no equivalente a la prevista en abstracto por la norma de conflicto del foro[120].

Al tratar de identificar el contenido de la relación jurídica prevista en la norma de Derecho internacional privado y la regulada en la legislación extranjera, establece que para la esencia

---

[117] Kahn citado en Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado* (Trad. M. Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 4ª ed., 1982, p. 180.
[118] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., pp. 221-223.
[119] Kahn citado por De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 223.
[120] Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 58.

de una institución jurídica, sobre todo respecto al Derecho internacional privado, no pueden considerarse decisivas las diferencias en la conformación técnica, sino que hay que atender al significado funcional de las mismas[121].

En su trabajo inicial[122], Étienne Bartin expone una serie de excepciones a la regla general de la aplicación exclusiva de las calificaciones de la *lex fori*; treinta y tres años después publica sus *Principios de Derecho internacional privado*[123], en el cual confirma sus antiguas doctrinas y trata de incluirlas dentro de una regla general, aun respecto de aquellas relaciones jurídicas regidas por la autonomía de la voluntad.

Bartin planteaba el problema en términos simplistas. Calificar lo definía el profesor francés, como "determinar la naturaleza de la institución, el lugar que ocupa entre las instituciones civiles"; sin perjuicio de que en el curso de su exposición reconociera como una excepción a su tesis de la calificación por la *lex fori*, aquella "cuando un Estado ha reconocido que para un grupo de reglas de Derecho es una ley extranjera la que debe normalmente aplicarse, él se desinteresa por ello mismo de las calificaciones que supone el juego de estas instituciones". A pesar del simplismo en su formulación del problema, reconoce que éste engloba dos cuestiones distintas, una referente a la interpretación de la norma de conflicto y la segunda relacionada con la interpretación de la regla extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho internacional privado pertenecientes a la *lex fori*[124].

El autor francés parte del siguiente razonamiento: Las calificaciones, por su dependencia en cuanto a la determinación de la ley aplicable, ponen en juego la soberanía de un Estado, al cual pertenece el juez competente, por ello están sometidas a la *lex fori*, pero cuando ésta determina que una institución depende de una ley extranjera, es que la soberanía del Estado al cual pertenece el juez, se desinteresa de estas definiciones y las abandona a la ley extranjera[125]. "Aplicar Derecho extranjero significa renunciar a la soberanía propia en interés de la justicia; pero los límites de la renuncia sólo podemos determinarlos nosotros mismos, no podemos encomendárselos a un Estado extranjero, porque entonces dejaríamos de ser dueños de nuestra propia casa"[126].

Pero admite una única excepción como verdadera: la calificación de los bienes en muebles o inmuebles, depende para él, de la *lex rei sitae*; ello se deriva de otros principios, de los que regulan los fundamentos del conflicto de leyes en la materia del régimen de los bienes. Los

---

121 De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 223.
122 *De l'imposibilité d'arriver a la solutión définitive des conflits de lois* (1897).
123 *Principes de Droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1930. También La doctrine des qualifications, en : *Recueil des Cours*, 1930, I, pp. 565-621.
124 Bartin, citado en: Garde Castillo, Joaquín, *La "institución desconocida" en Derecho internacional privado*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, p. 52.
125 De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 225.
126 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 180-181.

adversarios de esta excepción, señalan cómo puede averiguarse si es o no competente la *lex rei sitae*, si no se conoce previamente la naturaleza jurídica del bien[127].

Para Niboyet, por su parte, a través de la calificación se determina la naturaleza jurídica de una institución, y para determinarla sólo puede consultarse la *lex fori*. Dos son las razones que lo llevan a esta afirmación: una necesidad práctica, que es la imposibilidad de llegar a conocer la ley extranjera competente sin que antes se señale un medio de conexión seguro, que no tenga a su vez, que buscar apoyo en la ley que precisamente se trata de encontrar. La segunda, es el poder exclusivo de la soberanía para señalar sus propios límites[128].

Al igual que Kahn, Niboyet afirma la necesidad de distinguir entre la ley remitente y la remitida; la ley que ha de aplicarse por mandato de otra, no puede señalar los presupuestos de su aplicación, éstos tienen que estar determinados por la norma fundamental, la remitente.

El autor subraya, que en el caso del testamento ológrafo del holandés, la forma se rige por la ley del lugar de celebración, pero la capacidad depende de la ley personal del incapaz. ¿Cómo determinar la ley competente sin fijar previamente la calificación?, o lo que es lo mismo, si "la calificación es necesaria para determinar la ley aplicable, ¿cómo partir de la calificación establecida por la ley extranjera si aún se ignora cuál será ésta?"[129]. Kahn y Bartin comprendían que la que definía era la *lex fori*, y para Niboyet sólo es posible la calificación previa aplicando la *lex fori.*

Niboyet abandona el argumento de la soberanía, y su teoría se afianza en las siguientes razones: aplicar el Derecho extranjero a una situación jurídica supone su previa identificación, pero para ello debe calificarse la relación, y esa función sólo incumbe a la *lex fori*. Por otra parte se requiere la necesaria coherencia que debe existir entre las categorías empleadas en las normas sustanciales y las usadas en las reglas de Derecho internacional privado de un mismo ordenamiento jurídico[130].

Niboyet también hace referencia a las excepciones propuestas a la competencia de la *lex fori*, con mayor rigor lógico que Bartin*;* sometiendo la distinción de bienes muebles e inmuebles al poder calificador de la *lex fori*, no hay ninguna razón válida para excluirla en este caso y no en otros, pues la calificación es una operación previa, a cuya solución están sometidas las reglas de colisión, no se sabe cómo puede averiguarse si es o no competente la *lex rei sitae* o la nacional del propietario, si no se conoce previamente la naturaleza jurídica del bien, no se ve cómo se logra escapar del círculo vicioso. En cambio, admite el poder de la autonomía de la voluntad para determinar las calificaciones dentro del ámbito del Derecho dispositivo; reserva

[127] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 225.
[128] Niboyet, Jean Paulin, *Principios de Derecho internacional privado* (Trad. A. Rodríguez), Madrid, Editorial Reus, 1930, p. 343.
[129] Niboyet, citado en: Pérez nieto Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1984, pp. 262 ss.
[130] *Idem*.

la calificación a la *lex causae* en materias dominadas por la autonomía de la voluntad[131].

Esta concepción territorialista de calificar de conformidad a la *lex fori*, predominó en Venezuela hasta mediados del siglo XX en la doctrina y la jurisprudencia. Esto se reflejó en el Proyecto Arcaya (1912) que somete el carácter de la ley extranjera y la calificación de la naturaleza de los actos a la ley venezolana (*Lex fori*)[132]. Es recogida por el Código Bustamante[133] en el artículo 6, que consagra la regla general de esta institución empleando el criterio de la *lex fori*[134]. Igualmente, la teoría de *lex civilis fori* está plasmada en el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho internacional privado del Consejo Presidencial Húngaro, artículo 3(1)[135]; por el Código Civil de Quebec, artículo 3078[136]; el Código Civil español, artículo 12 (1)[137]; por el Código Civil Cubano de 1987, artículo 18[138].

La teoría actualmente dominante parece ser ésta[139], y quienes justifican la calificación *ex lege fori*[140], explanan argumentos de auténtico peso: en primer lugar, el carácter estatal e

---

131 De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit. p. 226.

132 El Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho internacional privado, moción del doctor Pedro M. Arcaya, establece en el artículo 5: "Se seguirá la ley venezolana para determinar el carácter de la ley extranjera de cuya aplicación se trate y para calificar la naturaleza de los actos jurídicos". T. de Maekelt / V. Guerra (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª ed., 2000, Tomo I, pp. 114 ss.

133 El sistema venezolano sólo contenía normas expresas sobre calificación en este Código. B. de Maekelt, Tatiana, Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado, en: AA.VV., *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.

134 Son muy raros los textos convencionales, destacándose el principio, de redacción confusa, del art. 6 del Código Bustamante, determinando que: "En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicarán su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionadas en el artículo 3", vale decir, 1. Las leyes de orden público interno, 2. de orden público internacional y, 3. las de orden privado; principio justificado para Bustamante por ser las reglas de DIP de orden público internacional. Es la aplicación de *lex fori* de DIP en forma agresiva, hasta en un campo neutro, un Tratado. Valladão, Haroldo, *Direito internacional privado. Introdução e parte geral,* Sao Paulo, Rio de Janeiro, Librería Freitas Bastos S.A., 4ª ed., 1974, Vol. I, p. 250. Pero prevé cualquier cantidad de excepciones, por ejemplo, en materia de bienes (arts. 112 y 113) debemos calificar conforme a la ley del lugar de ubicación de los bienes; en materia de nacionalidad (art. 9) se califica conforme a la ley de cuya nacionalidad se trate; en materia de obligaciones (art. 164); otra excepción es en cuanto al domicilio (arts. 22 y 25); artículos 247 y 248 reservados por Venezuela, también contempla una típica excepción a la calificación conforme a la *lex fori.*

135 Si bien el Decreto Ley No. 13, Gaceta Oficial, 31 de mayo de 1979, en el artículo 3(1) le da prevalencia a la calificación *lex fori*, ese mismo artículo 3(2) establece que en caso de la institución desconocida o bien de instituciones jurídicas reconocidas bajo otra forma o por otro nombre, "al realizarse la calificación, también deberán ser tomadas en cuenta las disposiciones del derecho extranjero que rigen tal institución jurídica".

136 El Código Civil de la Provincia de Quebec, ley del 18 de diciembre de 1991 que codifica el Derecho internacional privado en el libro X del nuevo Código Civil, dispone en el artículo 3078 la calificación según la *lex fori*, pero la calificación de los bienes, como muebles o inmuebles dependerá de la *lex rei sitae*.

137 Claramente formula la teoría *lex civilis fori* sin excepciones de ningún tipo: "La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española".

138 Art. 18 del Código Civil Cubano de 1987: "La calificación del acontecimiento natural o acto jurídico necesaria para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se hará siempre con arreglo a la Ley cubana". Ver Hernández-Bretón, Eugenio, En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de Derecho internacional privado, en: *Cuadernos Unimetanos*, 2007, No. 11, p. 230.

139 Jayme, Identité culturelle et intégration…, ob. cit., p. 109.

140 Como los autores españoles Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 342.

interno de la mayoría de las normas de conflicto que conlleva por sí mismo el carácter nacional de la calificación; en segundo lugar, un argumento lógico deriva del carácter previo de la calificación: si ésta sirve para la determinación de la norma de conflicto eventualmente aplicable, se desconoce de antemano la ley aplicable, resultando incongruente pretender utilizar la calificación conforme a la *lex causae*; en tercer lugar, la carencia de un lenguaje jurídico común del que puedan servirse todos los ordenamientos jurídicos estatales (como por ejemplo la celebración civil del matrimonio, si estamos ante una cuestión de forma o de fondo); en cuarto lugar, incapacidad o enorme dificultad de que el juez pueda utilizar y aplicar correctamente calificaciones extranjeras, pues psicológicamente el juez opera, durante toda su vida, con el sistema de conceptos jurídicos contenidos en su ordenamiento jurídico; en quinto lugar, razones de política legislativa, que subordinan la norma de conflicto al servicio de intereses nacionales. No cabe una doctrina de la calificación, que pueda prescindir por completo del ordenamiento del foro, cuya función en el problema de las calificaciones es innegable[141].

La aplicación de este principio no se halla exenta de ciertas dificultades. El problema fundamental que puede suscitar es el de la calificación de una "institución desconocida" para el foro, nacida al amparo de un ordenamiento extranjero. Sería por ejemplo, el caso del *trust* anglosajón o, el *talaq*[143] musulmán. En otros casos puede tratarse de una institución "aparentemente" conocida por el Derecho del foro, pero que en la forma y contenido como está concebida por el Derecho extranjero la asemeja a otra institución del foro. Calificar las distintas situaciones de hecho y de Derecho a que dan lugar esas instituciones, no se puede alcanzar a través de la calificación conforme a la ley del foro. De ahí que Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, señalan una serie de correcciones[144]:

1) Las normas de conflicto se formulan generalmente, abarcando un supuesto de hecho muy genérico. Se tiende con ello a forzar una calificación autónoma, calificación que se efectúa a partir de categorías propias del Derecho internacional privado, que puedan dar cabida a instituciones no conocidas en el Derecho material del foro[145].

2) Se favorece una calificación funcional del supuesto de hecho, que tenga presente la auténtica función que desempeña la institución en el plano social y no su nomenclatura jurídica. Para aquellas instituciones conocidas por el Derecho del foro pero con diferente contenido para

---

141 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 262-263.

142 *Trust* anglosajón se trata de una relación jurídica creada por acto *inter vivos* o *mortis causa* por una persona, constituyente del *trust*, mediante la colocación de bienes bajo el control de otra persona, *trustee*, en interés de un beneficiario, *beneficiary* o con un fin determinado.

143 El repudio unilateral previsto en sistemas jurídicos de raíz islámica, se conoce como *talaq*.

144 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit. pp. 343 ss.

145 Por ejemplo, nuestra Ley de Derecho internacional privado establece en su artículo 26 "La tutela y demás instituciones de protección del incapaz se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz"; el CC español en el artículo 9.6 también se refiere a "la tutela y demás instituciones de protección del incapaz".

el Derecho extranjero, resulta útil la distinción en dos fases de la operación de calificación, tal como lo señala Henri Batiffol: Una primera fase de análisis, se trata determinar ante qué problema o situación nos encontramos, y en ella es preciso tener en cuenta los conceptos jurídicos y la configuración que el Derecho extranjero realiza de una determinada institución. Una segunda fase de decisión, una vez delimitada la institución, es que se determina a qué categoría del ordenamiento del foro corresponde la institución analizada previamente conforme al Derecho extranjero en el cual ha sido creada; y esto siempre conforme a la ley del foro.

3) La última corrección, se da en aquellos supuestos que se encuadran en una norma de Derecho internacional privado de origen convencional. En estos casos son las propias normas del texto internacional las que delimitan *rationae materiae* los supuestos de hecho a los que resultan aplicables. En muchos casos el Tratado contiene una calificación propia en la materia objeto de regulación. Sin embargo, es imposible definir o precisar absolutamente todas las situaciones que se pueden presentar en relación con la calificación o interpretación de los términos del instrumento de que se trate[146].

Cabe destacar que la determinación de la naturaleza jurídica de la institución con arreglo al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, *lex fori*, sólo sirve para determinar el Derecho aplicable. Una vez designado el Derecho extranjero aplicable al caso, será éste el que indicará si la situación privada internacional presenta relevancia jurídica, cuáles son los efectos jurídicos que se le atribuyen y su naturaleza jurídica. La primera calificación se realiza con arreglo al Derecho el foro y la segunda calificación se realiza de acuerdo al Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto[147].

Haroldo Valladão sostiene que, la interpretación de las categorías empleadas por la norma de conflicto se hará, inicialmente, por los conceptos de Derecho internacional privado del foro, considerando todos los Derechos involucrados, acorde con su función solucionadora de conflictos de leyes. Pero tal calificación es provisoria, es aproximada, así si al final, la ley declarada competente adopta una calificación diferente, la calificación provisoria será corregida de acuerdo con la posterior, con la definitiva. Así la regla del Derecho internacional privado produce todos sus efectos, aplica realmente la ley competente incluso en sus conceptos y clasificaciones[148].

A pesar de que a veces es necesaria y más fácil para el juez, la aplicación de la calificación según la *lex fori* presenta otras múltiples excepciones que se convierten en inevitable regla general, son las referentes a los factores de conexión nacionalidad y domicilio que se califican

---

146 Ver *Infra* y en este sentido a Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 157 ss.

147 Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 3ª ed., 2002, Vol. I, p. 226.

148 Valladão, *Direito internacional privado*…, ob. cit., p. 249.

por el ordenamiento jurídico al cual pertenecen; los tipos legales como bienes muebles e inmuebles que se someten a la *lex rei sitae*; los contratos cuando la ley que los rige está determinada por las partes; la forma de los actos que tradicionalmente se somete a la *lex loci*; las normas de conflicto supraestatales, incluidas en los tratados internacionales que normalmente obedecen a la calificación extraída del propio tratado[149].

Las críticas a la calificación *lex civilis fori* podrían englobar las siguientes enseñanzas, por una parte la relevancia de la ley extranjera, y por la otra, la necesidad de cierta autonomía en el método conflictual. Deben tomarse en cuenta ambas para una mejor comprensión del complejo problema de las calificaciones. La calificación conforme al Derecho del foro no debe suponer desconocimiento del Derecho extranjero, sino más bien una especie de colaboración entre la *lex fori* y el Derecho extranjero que el método de atribución organiza. Así el problema de las calificaciones podría plantearse como una adaptación y ajuste entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero, de esta forma la *lex fori* sería un instrumento para coordinar y combinar ordenamientos a fin de permitir, cuando resulte posible, que de una diversidad de sistemas puedan obtenerse soluciones de inspiración universal[150].

La solución legislativa sería lo más recomendable en estos supuestos, pero al no existir, tales situaciones suscitan problemas en los cuales el Juez, dentro de su propio ordenamiento, puede iniciar la búsqueda de nociones equivalentes en su función a las contenidas en la ley extranjera.

A los fines de la calificación debe tomarse en cuenta no sólo el Derecho material del foro sino también de las valoraciones de las propias normas de conflicto, y principalmente de la función que el legislador les asigna a tales normas, función que es de apertura y coordinación con valores jurídicos externos respecto del ordenamiento del foro. Esto implica que la calificación de las normas de conflicto no se aparte totalmente del Derecho material del foro (calificación homogénea), pero debe ser autónoma, dándole así a las expresiones jurídicas y a los términos empleados por la norma de conflicto un significado más amplio y elástico que aquél que se encuentra en los correspondientes preceptos del Derecho material; es decir, en el significado y en la valoración, los hechos objeto de juicio para encuadrarlos en la norma de conflicto apropiada es necesario un cierto grado de flexibilidad[151].

---

[149] B. de Maekelt, Tatiana, "Instituciones generales en el Derecho internacional privado", en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, p. 313.

[150] Es opinión de algunos autores como Mariano Aguilar Navarro y Juan A. Carrillo Salcedo. Ver Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*… ob. cit.

[151] Cuando el Derecho italiano excluía el divorcio, un reclamo relativo a una unión formalizada o celebrada de conformidad a una ley de un Estado que lo permitía, venía regulada por las disposiciones del Código Civil italiano relativas a las relaciones matrimoniales, así como hoy probablemente una cuestión concerniente a las relaciones conyugales de un matrimonio poligámico aparece regulada en la Ley de reforma de 1995.

b. Calificación de acuerdo a la lex causae

Antes de aparecer el primer estudio de Bartin y, dominando la escuela internacionalista, limitada la función de la *lex fori* a aplicar los principios generales sin más competencia que la de hacer uso del orden público, no quedaba otra ley, de la que obtener la calificación, que aquella declarada competente por la norma de conflicto[152].

El primer defensor de la teoría de la *lex civilis causae* fue Despagnet, quien en un trabajo publicado en 1898[153], un año después de la publicación del artículo de Bartin, argumentó que no calificar *lex causae* es dejar de aplicar la ley extranjera, violando la norma de Derecho internacional privado que ordenó su aplicación. Este autor distingue o separa los puntos de conexión del tipo legal. Los primeros deben definirse con arreglo al Derecho del juez que conoce del pleito, vale decir aplicación parcial de la teoría de la *lex civilis fori.* El segundo, debe definirse de conformidad con el Derecho declarado aplicable por el punto de conexión de la norma indirecta[154].

Esta teoría es además sostenida por Wolff, Pacchioni, Philonenko, Frankenstein, y tiene el acierto de poner de relieve el complicado problema de las calificaciones. Frankenstein, aplica en este particular sus principios generales de Derecho internacional privado. Su posición doctrinal puede resumirse en los siguientes términos:

> la aplicación del Derecho consiste en ordenar la situación de hecho bajo conceptos firmes, para de esta manera, poder unir al hecho las consecuencias jurídicas determinadas por la ley; la ordenación segura bajo conceptos exactos, dada la situación de hecho, es lo que hace posible una aplicación jurídica justa. Ésta se consigue sólo de una manera: tomando siempre los conceptos del Derecho que domina la relación jurídica; así la *lex rei sitae* será la que nos dirá si la cosa es mueble o inmueble. La dificultad nace cuando la determinación del orden jurídico del que deban obtenerse los conceptos, dependa a su vez de los conceptos bajo los que se ordene la situación de hecho. De las soluciones posibles hay que excluir el tomar la calificación de la *lex fori;* esto sería la bancarrota del Derecho internacional privado[155].

Martin Wolff, quien treinta años más tarde a Despagnet elabora y se considera el representante principal de esta teoría[156], sostiene que es preferible que cada regla legal tomase la calificación del sistema jurídico al cual pertenece,

> es necesario partir del principio de que una ordenación de Derecho internacional privado concibe todo precepto jurídico extranjero y toda institución jurídica en él basada de

[152] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 232.
[153] Un estudio publicado en 1898, titulado *Des conflits de lois relatifs a la qualification des rapports juridiques*.
[154] Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 257.
[155] *Internationales Privatrecht*, 1926. Frankenstein citado en: De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 233.
[156] Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 183. Con algunas variantes, que más que a la sustancia de su doctrina se refieren a la expresión, reprodujo Wolff su tesis en el Tratado por él publicado en Oxford, "*Private International Law*", 1945. Ver en: Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado. Introducción y Parte general*, Madrid, Ediciones Atlas, 7ª ed., 1976, Tomo Primero, p. 334.

> la misma manera que aquel mismo derecho extranjero concibe aquellos preceptos e instituciones, porque carece de una calificación jurídica propia para las creaciones del derecho extranjero, y debe someterse, por tanto, a la calificación que el Derecho extranjero haga de sus propias normas. Es la única manera de evitar la aplicación del derecho extranjero en forma que repugne al espíritu de este Derecho[157].

Esta opinión, para algunos, planteaba un círculo vicioso pues, si el Derecho que debe regular finalmente la controversia (es decir, *lex causae*) depende de la calificación, cómo puede realizarse ninguna calificación conforme a aquel Derecho. En opinión de Wolff, esta crítica no estaba bien fundamentada, sino que se basaba en la manera peculiar en la cual se estructuran las normas de conflicto y citaba como ejemplos:

> El efecto del matrimonio sobre la propiedad de los esposos se rige por la ley de su primer domicilio matrimonial. Expresada más correctamente esta regla se desarrollaría así: Si dos personas se casan, el tribunal tiene que aplicar todas aquellas reglas que rigen en su primer domicilio matrimonial y que conforme al derecho que allí impera, regulan los efectos del matrimonio sobre la propiedad de los esposos[158].

De manera igual indicaba, la forma correcta de expresar que la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del último domicilio del *de cuius* en el momento de su muerte, sería: "Cuando una persona muere, el tribunal aplica todas aquellas reglas que rigen en su último domicilio, y que de acuerdo con la ley de aquél, se caracterizan como parte del derecho de herencia"[159].

La calificación según la *lex causae* evita las lagunas existentes en el Derecho del foro, cuando estamos en presencia de una institución del Derecho material extranjero que no tiene equivalentes en la *lex fori*, el caso del *trust* anglosajón, o bien, el *talaq* musulmán, la patria potestad del abuelo conjuntamente con el padre en el Derecho islámico-chiíta[160]. En este sentido Wolff señala que, como resultado de estas consideraciones está claro que en principio una regla extranjera debería ser calificada con referencia a la totalidad del sistema jurídico extranjero. A veces sucede que la calificación extranjera, es poco útil para este propósito, y da como ejemplo,

> la regla de conflicto inglesa que establece que la sucesión en los inmuebles se rige por la *lex situs*, la sucesión en los muebles por la ley del domicilio. Una deuda garantizada por un gravamen o "hipoteca" sobre un trozo de tierra alemana ¿es mueble o inmueble? El Código Civil alemán, al tratar del régimen matrimonial de comunidad de muebles, califica las hipotecas y las deudas garantizadas por ellas como muebles en el sentido de aquel sistema de comunidad, pero sería irrazonable transferir automáticamente una calificación

---

157 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 149.
158 *Ibid*., p. 150.
159 *Idem*.
160 Arts. 1180 a 1194 del Código Civil iraní.

establecida para un fin muy restringido al dominio del Derecho internacional privado[161].

Agrega,

> si el tribunal no encuentra ninguna calificación apropiada en el derecho extranjero, como en el caso recién mencionado de la hipoteca alemana, la laguna debe completarse de la manera usual, buscando analogías, considerando las soluciones que posiblemente se encuentren en sistemas jurídicos afines, y finalmente revirtiendo al derecho del foro[162].

Sin embargo la teoría tiene ciertos puntos negativos; citemos el ejemplo que según la doctrina[163] fue el primer caso en el cual se reflejó el problema de la calificación. Kahn había analizado una dificultad que, aunque no la denominó "calificación", era similar al problema que debe este nombre al autor francés E. Bartin, como éste, Kahn razona a partir de un caso de jurisprudencia comentado *supra*, el *Reichsgericht* tuvo que entender de una demanda de Revisión relativa a la hipótesis siguiente: de unas letras de cambio libradas en Tennessee (USA), y se reclama el pago a una persona domiciliada en Alemania ante los tribunales alemanes. El 23 de enero de 1882, el juez alemán aplica el Derecho de Tennessee al Derecho material cambiario, es decir a la obligación en cuanto a fondo, y el Derecho procesal alemán a las cuestiones procesales. Según el Derecho de Tennessee el cobro de la deuda se extingue transcurridos seis años, si se aplica el Derecho alemán el período sería de tres años. El demandado opone la excepción de prescripción, el problema de conflicto de leyes tiene como objeto la elección de la ley aplicable al Derecho a invocar esta excepción. Se plantea el problema de calificar dicha prescripción como perteneciente al Derecho material (concepción alemana) o al Derecho procesal (concepción anglosajona). Según la primera, la institución de la prescripción tiene como efecto extinguir la propia obligación; por el contrario, la segunda la considera una simple excepción de procedimiento, oponible en la acción (*remedy*), pero sin incidencia sobre el Derecho, que subsiste, privado de su sanción judicial[164]. Si se define "Derecho Material" con arreglo al Derecho de Tennessee, indicado como aplicable por el punto de conexión: lugar de expedición, no se llega a aplicar las reglas de Tennessee sobre prescripción. Tampoco se pueden aplicar los preceptos alemanes acerca de dicha institución, si se define "Derecho procesal" en virtud del Derecho alemán, indicado como aplicable por el punto de conexión: lugar donde se intenta el pleito. Las letras de cambio resultarían imprescriptibles, y esta extraña solución fue pronunciada por el Tribunal Supremo alemán[165]. Resultado absurdo e injusto, pues negó la

---

161 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 154.
162 *Ibid*., p. 155
163 Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 23 ss.
164 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit.
165 Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 8ª ed., 1995, p. 97.

procedencia de una excepción que era reconocida por ambos derechos[166].

Este "conflicto de calificaciones" (según la terminología de Bartin) va a provocar en la jurisprudencia del tribunal alemán, la siguiente laguna: el juez alemán no puede aplicar ni la ley americana, que conoce una excepción de procedimiento inaplicable por un tribunal alemán, ni la ley alemana, cuyas normas de procedimiento ignoran tal excepción, cuando las normas de fondo del Derecho alemán son incompetentes. Si se interpreta esta solución a la luz de la terminología de Bartin, se constata que el *Reichsgericht* calificó cada institución de prescripción según el sistema de Derecho privado nacional al que pertenece, método en el que se ampara Wolff (calificación *lex causae)*. Combinada con una aplicación rígida de las dos normas de conflicto de leyes, esta interpretación conforme a la naturaleza propia de cada institución conduce según los casos, a una laguna o un cúmulo[167].

Para Werner Goldschmidt, "la teoría de la *lex civilis causae*", tiene los vicios de sus virtudes. En efecto, puede ocurrir tanto que ninguno de los Derechos civiles quiera ser aplicado, como también que ambos lo pretendan a la vez"[168].

La presencia del Derecho extranjero en el problema de las calificaciones no puede hacernos olvidar la innegable acción del ordenamiento del foro, y el mismo Martín Wolff, acaso el más cualificado de los representantes de esta teoría[169], señalaba que si el Tribunal no encuentra una calificación útil, apropiada en el Derecho extranjero, debe completarse la laguna recurriendo a la analogía, considerando soluciones que puedan presentarse en sistemas jurídicos afines, o bien finalmente recurriendo al Derecho del foro.

Sin embargo, Wolff reconoce además que "la calificación conforme a la *lex causae* lleva a veces a un resultado inconsistente con los principios fundamentales del foro". Citaba como ejemplo,

> en Grecia el matrimonio requiere la cooperación de la Iglesia: este requisito que en Inglaterra, Francia y Alemania se estima cuestión de *forma* es considerado allí, donde predomina la Iglesia Ortodoxa, como ligado al carácter sacramental del matrimonio y por eso a su *sustancia*. En Inglaterra, Francia y Alemania la calificación conforme a estas normas orientales debe ser rechazada[170].

En el fondo, Wolff planteó la necesidad de respetar los ordenamientos jurídicos involucrados, siempre que la calificación extranjera no fuese inconsistente con la del foro, o llevase a resultados absurdos si se adoptaba de manera mecánica, el autor apelaba entonces, al sentido

---

166 Más tarde la jurisprudencia alemana interpretó la prescripción inglesa como equivalente a la alemana y la incutó por tanto en el Derecho material inglés, Sentencia del 13 de enero de 1932 de la Audiencia de Hamburgo. Ver: Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 261.

167 Rigaux, *Derecho internacional privado. Parte general*…, ob. cit., pp. 348-349.

168 Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 260.

169 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 305.

170 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 155.

común para dar las respuestas[171]. Los problemas a los que conducen las diferencias de calificación no son tan "insolubles" como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la *lex fori*; las verdaderas dificultades consisten en el "ajuste de varios sistemas jurídicos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos"[172].

Wengler nos dice que la calificación *lex fori* propuesta por buena parte de la doctrina, consiste en una interpretación de la *lex causae* a la luz de las concepciones jurídicas de la *lex fori*, teniendo presente los siguientes aspectos: 1) El legislador debe establecer los criterios determinantes de la pertenencia de una norma de derecho a una categoría jurídica prevista por la norma de conflicto del foro. Es la autoridad del legislador cuando dicta una norma de conflicto quien determina qué cualidades de contenido o qué relación de una norma con otra se tendrá en cuenta en la calificación; 2) Es el legislador del ordenamiento jurídico en el que está inserta la norma positiva a calificar, el único que puede dar respuesta a la cuestión de si los criterios retenidos por el legislador del foro al redactar la norma de conflicto tienen lugar en el supuesto concreto. Si la norma de conflicto atribuye una importancia decisiva al contenido de la norma material, es este contenido de la norma aislada lo que debe examinarse; pero si lo que la norma de conflicto toma en consideración es la relación en que se encuentra la norma material con las demás normas del ordenamiento del que forma parte, es el conjunto legislativo en el que está inserta lo que debe consultarse y en este sentido debe entenderse la calificación *lex causae*[173].

Haroldo Valladão afirma que, apartada una vez más la impertinente invocación de la soberanía, no prospera la afirmación de calificar a través de la *lex causae;* es una petición de principios, desde que a ella sólo se llegaría después de la calificación previa por la *lex fori*, pues la calificación final no puede ser dada ni por una ni por otra, siendo cualquiera de las dos una consecuencia de la calificación previa o autónoma dada por la propia norma de conflicto[174].

Es evidente el indiscutible predominio de la ley del foro en el planteamiento de la cuestión de la calificación, pero no debe basarse en una mera aplicación mecánica de una determinada ley, ya que requiere un complejo proceso de interpretación y puesta en funcionamiento de la norma de conflicto del foro. Es necesario averiguar la naturaleza, sentido y finalidad de la norma de acuerdo con el Derecho extranjero al que pertenece, debe analizarse el papel que debe jugar la ley extranjera en el proceso de búsqueda de una solución adecuada a las necesidades del tráfico internacional.

Las críticas que se le hacen a esta teoría se fundamentan en que es necesario calificar previamente la relación jurídica para así poder determinar el Derecho aplicable. La intervención

---

171 *Idem*.
172 *Idem*.
173 Wengler citado en: Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 62.
174 Valladão, *Direito internacional privado*…, ob. cit., Vol. I, pp. 246 ss.

de la ley extranjera es posterior a la aplicación de la norma de conflicto, y por tanto no puede influir en la actuación de ésta. El problema que plantea la teoría de la *lex civilis causae* es que ésta puede remitir a otro Derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco sería definitiva. Esta crítica es rebatida tomando en cuenta que la elección del Derecho aplicable puede efectuarse previamente en atención a los elementos de conexión. Si la norma establece que la ley del domicilio regula el estado y los derechos de familia, el intérprete sólo calificará los "derechos de familia" después de determinar la ley del país donde está domiciliada la persona[175]. Obliga a los jueces a operar con categorías y calificaciones procedentes de Derechos extranjeros; la calificación depende del Derecho extranjero aplicable, por lo que varía de caso en caso, y los jueces prefieren un catálogo único de calificaciones proporcionado por la ley de su país, porque es una solución sencilla y estable[176].

Por ello la calificación con arreglo a la ley extranjera o *lex causae,* es escasamente seguida en la práctica judicial y por los sistemas estatales de Derecho internacional privado. Tan sólo algunos sistemas recurren a ella en ciertas materias, no como regla general. Por ejemplo, para calificar la naturaleza mueble o inmueble de un bien, se aplicará la ley del lugar de situación del mismo (Código Bustamante[177], Código Civil de la Provincia de Quebec, Código Civil Brasileño - Ley de Introducción). La fórmula legislativa de la calificación *lex causae* de la consecuencia jurídica, la encontramos en el Código Civil peruano (1986) artículo 2055[178] y en la Ley italiana de Derecho internacional privado (1995) artículo 15[179].

En la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, el artículo 2 si bien no regula expresamente el problema de las calificaciones, es una norma que persigue orientar las soluciones en esa materia.

Es preciso acotar la opinión del Profesor Werner Goldschmidt, al analizar el artículo 2 del Proyecto de Ley de normas de Derecho internacional privado venezolano (1965), quien expresa "en el segundo artículo los autores, al contrario, guardan fidelidad a su criterio de abstención de especulaciones científicas en materia de calificaciones…", el Proyecto formula normas generales de orientación. La prescripción tiene la siguiente redacción en su segundo aparte,

---

175 Nuestra Ley de Derecho internacional privado señala: "Art. 16: La existencia, estado y capacidad de las persona se rigen por el Derecho de su domicilio". A este respecto también se pronuncia el Prof. Haroldo Valladão: "*E há sério equívoco em dizer que a seleção da lei competente há de começar, sempre, previamente, pela qualificação dos grupos de relações, pois pode ser iniciada antes, pela descoberta de elementos de conexão"*, *Ibid.*, p. 248.

176 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 227.

177 El concepto de domicilio general y especial de las personas jurídicas (art. 22); la distinción entre bienes muebles e inmuebles (art. 112); y las demás calificaciones jurídicas de los bienes (art. 113); concepto de servidumbre (art. 131); concepto de servidumbres legales (art. 135); y de las obligaciones (art. 164). Ver Sansó, Benito, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la Ley extranjera aplicable, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 709 ss.

178 Art. 2055: "Las disposiciones del derecho extranjero aplicable se interpretan de acuerdo al sistema al que pertenezcan".

179 Art. 15: "La ley extranjera se aplica según sus propios criterios de interpretación y de aplicación en el tiempo".

que el Derecho extranjero "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". Este segundo párrafo de la citada disposición "contempla el problema de las calificaciones y sugiere, sin darle una solución categórica, la conveniencia de meditar sobre el acierto de la teoría de la *lex civiles causae* supeditándola, sin embargo, debidamente a las finalidades propias de las normas venezolanas de conflicto"[180].

De igual modo cita, que si bien el artículo 2 contribuía a plantear la "tesis bifásica de las calificaciones", su importancia práctica era muy "precaria":

> Más precaria aún si cabe, es la importancia práctica del segundo párrafo que recomienda indistintamente tener en cuenta en la aplicación del Derecho extranjero tanto éste como el Derecho internacional privado propio. El primer aspecto contiene una alusión a la teoría de la *lex civilis causae*; el segundo trae el recuerdo de las teorías autárquicas de calificación, sobre todo el de la conocida doctrina de Rabel[181].

La redacción de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, es producto de los trabajos del periodo inicial, tan sólo el encabezamiento del artículo original sufre una variación en su redacción durante el periodo de revisión y conclusión de la Ley, comprendido entre los años 1995 y 1998, sin que tal variación alterase la esencia de ese artículo[182]. Se elimina la primera parte del artículo 2 y se mantiene el segundo párrafo que fue objeto del análisis del profesor W. Goldschmidt. La Exposición de motivos del Proyecto original señalaba que en "materia de calificaciones y, en general en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero, incluido bajo el epígrafe de "tratamiento del Derecho extranjero", se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación, que alerten al intérprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el inútil empeño de resolver mediante reglas legislativas la cuestión probablemente más difícil y problemática de todo el Derecho internacional privado"[183].

---

[180] Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado. en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 agosto de 1998. (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia), Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Colección Libros Homenajes No. 1, Vol. I, pp. 115 ss.

[181] *Ibid*., p. 119. Guerra Hernández por su parte, ha afirmado "del contenido del artículo 2 puede deducirse la posibilidad de calificar según el ordenamiento jurídico extranjero, toda vez que la autoridad venezolana "…aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo…". Ahora bien, el ideal perseguido en nuestra materia lo constituyen las calificaciones autónomas". Ver a Guerra Hernández, Víctor Hugo, La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional, en: AA.VV, *Proyecto de Ley de Derecho internacional privado (1996). Comentarios*…, ob. cit., pp. 120-121.

[182] Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, 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, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, p.177.

[183] Ver el texto de la Exposición de Motivos en Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado y Exposición de Motivos (1963), en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 agosto de 1998. (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia), Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*…, ob. cit., Vol. I, pp. 83-86, especialmente p. 86.

Así mismo, Fritz von Schwind, al referirse al artículo 2 del Proyecto original de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, añadió "las referencias hechas en la exposición de motivos hacen pensar que con esta disposición también se querían establecer normas para la solución del problema de las calificaciones"[184]. Aun cuando consideró a esta norma como de simple orientación, precisó

> la solución hecha posible aquí, es liberal en tanto que el Derecho extranjero, una vez declarado aplicable, debe aplicarse de la misma manera que en su área de validez original y, por tanto, no está sujeto a la calificación del Derecho remitente. Es éste un pensamiento por demás moderno, el cual en mi concepto, sólo ha empezado a imponerse en la doctrina por influencia de Schnitzer, y cuya codificación probablemente se ha intentado por primera vez aquí[185].

c. Teoría autárquica empírica, Rabel[186]

Todas las teorías expuestas coinciden en hacer depender de los conceptos jurídicos propios de un ordenamiento interno a la calificación, por lo que las normas de Derecho internacional privado no son vistas como autónomas, sino dependientes del ordenamiento bien sea del foro u otro distinto.

Después del duelo lógico de silogismos, círculos viciosos y subsunciones, toma cuerpo para desarrollarse como suceso la llamada directriz *autonomista*[187], las expresiones empleadas por la norma de conflicto poseen su propia conceptuación. Movimiento surgido contra Kahn y Bartin, posteriormente, en 1899, surge en Italia por Gemma, dándole al juez la facultad de establecer con independencia, los conceptos de las categorías de la norma indirecta, partiendo de las leyes internas de los Estados interesados, involucrados, inspirándose de principios internacionales.

Posteriormente, en 1931, Ernest Rabel sostuvo que los conceptos de la norma de conflicto deben ser propios, interpretados desde un punto de vista amplio a través del método comparativo. Esta interpretación o directriz *autonomista* fue seguida y continuada, por Neuner (1932) con la calificación internacional dada por el juez para cada caso; y por Lea Meriggi con las calificaciones-tipo, personal y territorial, obtenidas por un método de abstracción basados en concepciones universales, prevaleciendo entre ellas, la primera, y en cada tipo, la más

184 Von Schwind, Fritz, Disposiciones generales del proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 agosto de 1998. (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*…, ob. cit., Vol. I, pp. 125 ss.
185 *Ibid*., p. 130.
186 Para Erik Jayme esta es la teoría más audaz, pues Rabel avanza la idea que los conceptos de Derecho internacional privado deben estar determinados por una búsqueda comparativa exhaustiva. Ver su trabajo: Identité culturelle et intégration…, ob. cit., p. 109.
187 Término empleado por Haroldo Valladão para denominar la corriente que dio lugar a la Teoría autárquica en Valladão, *Direito internacional privado*…, ob. cit., Vol. I, p. 248.

personal o la más territorial[188].

La Teoría autárquica empírica también es denominada "Teoría de la calificación autónoma". Esta teoría mantiene que no es posible utilizar las categorías y los conceptos propios del Derecho interno, sea éste el del foro u otro distinto, inevitablemente estrechos y limitados a un ordenamiento jurídico nacional, así como su insistencia en los aspectos comunes de los distintos ordenamientos con la consiguiente importancia del Derecho comparado y del método comparatista en la solución del problema de calificaciones[189].

Rabel parte de la separación entre normas de Derecho material y normas de colisión. Su principal crítica se dirige contra la calificación dada por la ley material interna, el encadenamiento de las normas de Derecho internacional privado a las propias normas materiales será la causa de su inflexibilidad. Mientras la interpretación legal sistemática se desarrolla favorablemente en todas las ramas del Derecho Privado, en el Derecho internacional privado se halla en sus comienzos. Es por ello por lo que sostiene que hay que acudir a las propias normas de colisión para determinar la calificación.

Estudia la naturaleza de la norma de Derecho internacional privado y, el punto de partida no puede ser una relación jurídica, a diferencia de Kahn. La norma de colisión supone, como toda norma, una situación de hecho, presupuesto de las consecuencias jurídicas[190].

Continúa Rabel al exponer su tesis, que

> el objeto del Derecho privado y del Derecho internacional privado es el mismo, pero su fin es distinto. Como la norma de colisión necesita hacer competente a una determinada norma material, y ésta puede sólo crear la relación jurídica en cuestión, la norma de colisión no depende de la existencia concreta o abstracta de una relación jurídica. De lo dicho parece equivocado afirmar que el Derecho internacional privado remita la relación jurídica material de esta o aquella clase a éste o aquel ordenamiento jurídico. Antes, remite al juicio jurídico una *relación de la vida*, y puede realizar técnicamente su objetivo tomando como punto de relación a cualquiera de los estadios que van desde los hechos de la vida hasta las relaciones jurídicas completas. El Derecho internacional privado tiene que crear conceptos propios, la concepción que toman las situaciones de hecho del sistema del Derecho civil interno lleva al error de creer que no se puede establecer como su fundamento otro cualquier sistema de hechos y al desconocimiento de la necesidad de tomar en consideración a los sistemas jurídicos extranjeros para llenar su misión. La obtención de estos conceptos propios puede estar concebida de distintas maneras, según corresponda a la distinta formación técnica de las normas de colisión; sin embargo, siempre habrá que hacer la correspondiente abstracción según el método de la ciencia del Derecho comparado[191].

---

[188] *Idem.*

[189] E. Rabel citado por Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 302.

[190] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 238.

[191] Rabel citado en De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 239.

Para cada intérprete lo más adecuado y sencillo es encuadrar los conceptos empleados por la norma de conflicto dentro del sistema para él más familiar, que no es otro que su propia legislación, lo que conduce a malas prácticas cuando el mismo concepto es interpretado por dos o más países. Lo ideal es que la norma de conflicto posea conceptos propios, lo suficientemente amplios para que, con un número relativamente corto de ellos, cubra el terreno del Derecho privado, de tal forma que uno de esos conceptos abarque, independientemente de las variantes que entre sí ofrezcan, los designados con igual denominación en todos los ordenamientos materiales internos. Este ideal, defendido por Rabel, y que para algunos constituye el principio de autonomía de las normas de conflicto, autonomía y no independencia, porque lo que se busca es que los conceptos no sean enteramente diferentes a los contenidos en el Derecho interno de cada ordenamiento jurídico, sino simplemente más amplios, capaz de comprender a todos los demás[192].

Los términos empleados en la norma de conflicto deben elaborarse sobre la base del Derecho comparado. Los conceptos de Derecho internacional privado que determinan una situación de hecho en la norma de colisión no deben quedar dependiendo de ninguna ley material; hay que quitarles toda rigidez, darles amplitud abstracta suficiente para que realice su función. El argumento que deriva de la necesidad de coherencia entre las normas es utilizado por Rabel para exponer esta Teoría[193].

Las reglas de Derecho internacional privado están destinadas a cumplir una función específica, la de regular el concurso entre distintos sistemas jurídicos y tratar de prevenir eventuales conflictos, de ahí la necesidad de coherencia entre las normas de colisión y otros ordenamientos jurídicos. Esta es la necesidad destacada por Rabel y confirmada por Betti[194].

Rabel culmina su estudio con una serie de conclusiones sobre la labor a realizar por la ciencia para lograr el progreso del Derecho internacional privado. El sistema del Derecho internacional privado necesita para su desarrollo, construirse principios propios, autónomos del Derecho material interno; la elección de los factores de conexión no debe basarse sólo en la estructura de las instituciones del Derecho interno; las normas de colisión deben interpretarse empleando el Derecho comparado, en tanto no estén ligadas al sistema jurídico interno, y puede comprender los fenómenos jurídicos extranjeros; presenta la posibilidad de crear conceptos de Derecho comunes, si se les libera del encadenamiento de la *lex fori*, y se acomodan en base al Derecho comparado[195].

---

[192] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 329.
[193] *Ibid*., p. 336
[194] Betti, Emilio, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*…, ob. cit., p. 680; Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 710.
[195] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., pp. 239-240.

Las categorías jurídicas deben interpretarse mediante la comparación entre las distintas instituciones de los diversos sistemas jurídicos, se deberá tener en cuenta no sólo la nomenclatura empleada y la estructura, sino principalmente la función para determinar las analogías existentes entre soluciones a problemas iguales. En síntesis, realizar una comparación funcional según la terminología de Betti[196].

Lea Meriggi acepta en principio, la conclusión de Rabel en el sentido de que la regla de conflicto es independiente de los derechos de fondo, tanto de *lex fori* como de *lex causae*. La calificación de la situación jurídica a regular debe determinarse de acuerdo a las concepciones de la regla de conflicto, buscando su alcance internacional, debe ser deducida por medio de un método de abstracción, basada sobre lo que se entiende por "convicciones universales", pues las mismas obedecen al postulado fundamental de la sociedad humana, el respeto a la personalidad del hombre en sus atributos más inmediatos[197]. Pero se separa de Rabel, cuando se da cuenta que una sola definición tipo no es posible, pues puede darse el caso que una misma situación se defina en un ordenamiento jurídico como una condición de forma y en otro como una condición de capacidad sin que sea posible ubicarla en ninguno de los dos.

Niederer quien en principio siguió la orientación de Rabel, pero que entre 1940 y 1954, cambió de actitud y declaró utópica la aspiración de llegar a categorías universales, ha sostenido que la "teoría *lex civilis fori*" se impone por la misma naturaleza del Derecho internacional privado, pero que no significa otra cosa que la interpretación de los conceptos empleados por la norma de colisión debe partir de los conceptos y categorías del ordenamiento del foro, aunque adaptándose a la función supranacional del Derecho internacional privado[198]. Él afirma que el problema de la calificación no es un problema puramente teórico ni tampoco lógico, sino que es idéntico a la temática sobre el sentido y el valor de la norma de colisión. No es susceptible de una solución lógica y de valor universal, sino que sólo puede solventarse sustancialmente en cada caso concreto[199].

Rabel cambia el centro de gravedad del Derecho internacional privado, presenta una nueva solución al problema de la calificación y hace posible pensar en la independencia de esta rama del Derecho. Para él, la calificación cumple una doble función: determinar el sentido de la norma de colisión; y averiguar el alcance de la norma extranjera que se acepta en base al Derecho internacional privado. La situación de hecho que se presenta ante la norma de colisión puede tener la forma de un hecho material o bien, de una relación jurídica; no llega a la

196 Betti, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt*…, ob. cit., p. 680.
197 Lea Meriggi citada en Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 337.
198 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 304.
199 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 268 ss.

conclusión lógica inexcusable de que a la norma de colisión no llegan relaciones jurídicas, sino simplemente hechos, la relación jurídica nace en cuanto la norma de conflicto le otorga efectos jurídicos.

El autor llega a una situación parecida a la descrita por Kahn, al señalar las relaciones jurídicas conmensurables e inconmensurables. No se tratará del choque de las calificaciones de la *lex fori* material y la ley extranjera, sino entre la norma de colisión del foro, factor de conexión, y la ley extranjera. Con esto se ha logrado desplazar el problema pero no se evita caer en el círculo vicioso porque ¿cómo averiguar el Derecho bajo el cual se estableció la relación jurídica, si no es por la regla de colisión? ¿cómo saber cuál es ésta, si sólo se determina sabiendo cuál es el Derecho bajo el cual nace o se regula la situación?[200].

Pero a pesar de lo atractivo de la teoría, se objeta[201] que el Derecho comparado no podría dar una respuesta general para todo el Derecho internacional privado, ya que la diversidad de las reglas de conflicto no hace sino poner de relieve que la base de formación de sus nociones es extremadamente distinta y peculiar. Tampoco se observa en realidad si la base de la comparación ha de asentarse en cada caso en todos los Derechos materiales o sólo en los afectados por el mismo[202]. Subsiste el problema político-jurídico de cómo han de construirse, elaborarse los conceptos y cuál será su contenido. El Derecho internacional privado requiere ser emancipado de todos los Derechos materiales e igualmente del Derecho comparado.

Kegel al referirse a esta teoría, señala que el contenido y los límites de los conceptos se derivan de las finalidades jurídico-políticas de las diversas normas de colisión, cada una de ellas busca la justicia de Derecho internacional privado y para ello se decide por determinado interés de Derecho internacional privado. Interés que debe indagarse, buscarse y conforme a él debe ser interpretada la norma de conflicto; "cuando sea el caso se construirán nuevas normas de colisión"[203].

El profesor Yanguas se inclina a una concepción armónica entre las tendencias extremas: considera el problema como referente a la interpretación de la norma de conflicto, para la que no cabe acudir a los estrechos enunciados del Derecho civil de la *lex fori*, destinado a regular situaciones internas, pues la norma de conflicto posee categorías abstractas que tienen una deliberada generalidad sintética, con lo que se facilita que en torno al núcleo fundamental de materias de cada norma, se encuadren y polaricen tantos conceptos jurídicos les sean afines, correspondan o no a las calificaciones específicas del Derecho material de la *lex fori*[204].

---

[200] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 241.
[201] El mismo Rabel llama a su tesis "más un método que una teoría". Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 269.
[202] *Idem*.
[203] Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 187.
[204] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 328 ss.

No obstante, el método presenta dificultades innegables y carece de valor general, lo que explica que autores que en un tiempo siguieron a Rabel, como Niederer, cambiaran de actitud e incluso el propio Rabel, en su Tratado de 1945, señalara la diferencia entre su sistema de *lege data*, que es un método de interpretación de los conceptos o categorías abstractas contenidas en la norma de conflicto de un ordenamiento jurídico nacional, y su sistema de *lege ferenda*, que representa tan solo una posibilidad y una esperanza de categorías jurídicas universales independientes de los distintos ordenamientos internos, nacionales[205]. Este cambio obedece a la necesidad imperiosa de tener en cuenta que la norma extranjera reclamada por la regla de conflicto tiene que ser coordinada con el ordenamiento del foro.

Para la mayor parte de la doctrina, debe partirse de los conceptos existentes en el Derecho interno del país cuyos tribunales conocen del asunto, *lex fori*, y dotarlos de un significado propio y específico para el Derecho internacional privado, así éste desarrolla sus propios conceptos. Esta es la tesis que se ha impuesto en la actualidad, la norma de conflicto emplea conceptos que tienen un significado propio para el Derecho internacional privado, pero que parten del significado de la noción en la *lex fori*. Es la precisión de los supuestos de hecho de la norma de conflicto en términos del Derecho internacional privado, y no en términos del Derecho Civil, independientes del utilizado en Derecho interno. Así el Derecho internacional privado desarrolla más exactamente su función. Los fines e intereses del Derecho internacional privado son los que marcan y determinan el alcance que ha de darse a las normas de colisión existentes, o bien si hay que construir nuevas. El perfeccionamiento posterior de las mismas con ocasión de las nuevas situaciones y su correcta aplicación exige un análisis preciso de las realidades, entre las cuales caben no sólo las situaciones sino también, los factores de conexión, y las normas materiales[206].

A pesar de todas las dificultades que ella conlleva, es la que más se adapta a las características del Derecho internacional privado actual, nada justifica la dependencia del contenido del Derecho material, ni el chauvinismo jurídico de la calificación *ex lege fori*, ni las confusiones que crea la aplicación de normas del Derecho presumiblemente aplicable. Es indispensable reforzar y depurar las ideas de Rabel y tratar de crear los conceptos propios que a la larga alcanzarán vigencia universal[207].

En este sentido, la unificación del Derecho material a través de los tratados internacionales ha sido muy exitosa en ciertas ramas jurídicas, especialmente en materia de Derecho comercial internacional, pero entre los obstáculos con los cuales se encuentra está precisamente

[205] Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 304.
[206] Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 229-230; Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 191.
[207] B. de Maekelt, Instituciones generales en el Derecho internacional privado…, ob. cit., Tomo I, pp. 315-316.

la de preservar que todos los Estados partes deben garantizar una interpretación también uniforme de los mismos, pues si cada Estado interpreta estas normas uniformes de acuerdo a sus propios criterios, el esfuerzo es inútil. Se va haciendo común en la práctica norteamericana, incluir en los textos uniformes, una especie de introducción con la precisión del alcance jurídico que tienen los principales conceptos utilizados, es sumamente útil para este propósito, el método de la calificación autónoma propuesta por Rabel. Solución que puede observarse en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 y revisada en 1998[208], instrumento que dedica su artículo 2 a calificar lo que debe entenderse por mensaje de datos, intercambio electrónico de datos, iniciador, destinatario, intermediario y sistema de información[209].

Sin embargo, resulta difícil precisar o definir todas las situaciones que se pueden presentar en relación con la calificación o interpretación de los términos del instrumento de que se trate. Se sugiere acudir ante los servicios jurídicos del organismo internacional del cual emana el tratado, para solicitar dictámenes vinculantes sobre el tema debatido o la opinión de una organización especializada en la materia que asegure una interpretación autónoma y objetiva[210]. Incluir en los convenios, cláusulas atributivas de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional, para que se pronuncie sobre el correcto sentido que debe darse a la cuestión de que se trate[211]. Sin embargo, esta búsqueda por una interpretación uniforme, también puede conducir a una "petrificación" del Derecho, por ello es preferible dejar en manos del juez la solución al conflicto de calificaciones que puede plantearse en estos casos, tomando siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto[212].

Entre los Tratados Internacionales vigentes en Venezuela, la tendencia es a la calificación autónoma. Cabe destacar que a pesar de que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado no regula expresamente la calificación, este silencio otorga mayor libertad al juez, lo cual debería ser interpretado como una tendencia a promover la calificación autónoma, sobre todo si se analiza el contenido de las demás Convenciones Interamericanas y Convenciones Universales, en las cuales se incluyen calificaciones autónomas de carácter especial[213].

Entre las cuales cabe mencionar: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[214] (art. 1); la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de

---

208 Ver el texto de la Ley Modelo en: https://bit.ly/41toW5U

209 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp 151-160.

210 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 151.

211 En el ámbito de la integración andina, tal propósito ha sido perseguido a través de la interpretación prejudicial ante el Tribunal Andino. Ver a Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 161 ss.

212 *Ibid*., p. 158.

213 B. de Maekelt, Instituciones generales en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 317.

214 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 34.541, 29 de agosto de 1990, depósito del instrumento de ratificación, 13 de septiembre de 1990.

Menores[215] (arts. 2, 3, 4); Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[216] (art. 5); Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales[217] (art. 1, 17); Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles[218] (art. 2); Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras[219] (art. 1(2), 2(2)); Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias[220] (art.1). Y entre las fuentes internacionales no vigentes en Venezuela, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado (arts. 4 y 5); Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho internacional privado (art. 2); Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (art. 2); Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (art. 2); Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (art. 1); Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (art. 1).

La posición de no regular expresamente el problema de las calificaciones se vio reflejada, igualmente, en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado (1963-1965). En la exposición de motivos se expresa que en materia de calificaciones y en general, en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero, incluido bajo el epígrafe de "tratamiento del derecho extranjero", se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación"[221]. Ya en el punto anterior, relativo a la calificación de acuerdo a la *lex causae*, analizamos el artículo 2 del Proyecto, que establece en su segundo aparte, que el Derecho extranjero "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". Y la doctrina señaló que, si bien el artículo 2 contribuía a plantear la "tesis bifásica de las calificaciones", su importancia práctica era muy "precaria":

> Más precaria aún si cabe, es la importancia práctica del segundo párrafo que recomienda indistintamente tener en cuenta en la aplicación del Derecho extranjero tanto éste como el Derecho internacional privado propio. El primer aspecto contiene una alusión a la

---

215 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 5.070 Extraordinario, 28 de mayo de 1996, depósito del instrumento de ratificación, 26 de junio de 1996.

216 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 36.004, 19 de julio 1996, depósito del instrumento de ratificación, 16 de octubre de 1996.

217 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995, depósito del instrumento de ratificación, 26 de octubre de 1995.

218 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 33.170, 22 de febrero de 1985, depósito del instrumento de ratificación, 16 de mayo de 1985.

219 Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial No. 4.832 Extraordinario, 29 de diciembre de 1994.

220 Ley aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial No. 33.171, 25 de febrero de 1985, depósito del instrumento de ratificación, 16 de mayo de 1985.

221 B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, pp. 96-113, especialmente p. 98.

teoría de la *lex civilis causae*; el segundo nos recuerda las teorías autárquicas de calificación, sobre todo el de la conocida doctrina de Rabel[222].

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana no establece normas específicas sobre el tema, guarda silencio sobre el complejo problema de la calificación[223]. Ha preferido, sin embargo, formular simples normas generales de orientación, a través de la adaptación que alertan al intérprete sobre el sentido general de los problemas[224]; además se quiso dejar su desarrollo a la doctrina y jurisprudencia. Esta omisión tiene su justificación en la idea de no paralizar o bien sujetar de manos al juez con las soluciones tradicionales en esta materia; es decir, no se le obliga a calificar exclusivamente con los criterios materiales de la ley del foro, ni tampoco con lo criterios imperantes en el ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación jurídica por la norma de conflicto, *lex causae*, con las complicaciones que conlleva una y otra solución[225].

El artículo 2 de la Ley venezolana, es una norma que persigue orientar las soluciones en esa materia. Sin embargo, contempla algunas disposiciones que consagran la institución de manera autónoma, adaptándose a las nuevas tendencias, pues en nuestra opinión el futuro se encuentra en la calificación autónoma. Citemos como ejemplos, el artículo 11 califica el domicilio de las personas físicas como la residencia habitual de las mismas; el artículo 12 califica el domicilio de la mujer casada; el artículo 13 el domicilio de los menores e incapaces y el artículo 15 el de los funcionarios públicos; por último, el artículo 20 califica lo que debe entenderse por lugar de constitución de las personas jurídicas.

Los sistemas estatales de Derecho internacional privado como la Ley Federal Suiza así como el Código Civil de Luisiana, contemplan igualmente casos de calificación autónoma[226].

d. Teoría de la coordinación[227]

Esta teoría divide el problema en dos fases:

1) Calificación primaria de la norma de Derecho internacional privado, se realiza de acuerdo con los criterios de la *lex fori*; los términos de la norma de conflicto deben ser

---

222 Goldschmidt, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 119.

223 Ver *supra* Cap. II.

224 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado, en: AA.VV., *Proyecto de Ley de Derecho internacional privado (1996). Comentarios*…, ob. cit., p. 39.

225 Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, pp. 135 ss.

226 En la Ley Federal Suiza podemos mencionar como ejemplos de calificación autónoma: el artículo 24 cuando define lo que debe entenderse por apátridas y refugiados a los efectos del Derecho internacional privado; artículo 117 que regula la falta de elección del Derecho, en el numeral 3 califica a la prestación característica; artículo 150 califica a las sociedades. Así mismo, el Código Civil de Quebec califica la noción de Estado en el artículo 3516.

227 Werner Goldschmidt la denomina "Teoría bifásica de las calificaciones" y señala que el defensor más destacado es Robertson. Ver en: *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 263.

interpretados de acuerdo con los criterios del derecho del foro.

2) Calificación secundaria del Derecho aplicable, se realiza por la *lex causae* una vez designada; los términos contenidos en el derecho extranjero deben calificarse de acuerdo con la norma material de ese derecho extranjero. Esta calificación no influye sobre la primaria.

El primero que la estableció fue Anzilotti y el fundamento de esta teoría sostenida por la doctrina italiana[228] radica, en que el juez, en primer lugar, analizará ante qué institución se halla, y lo hará basándose en las normas jurídicas del país al que pertenece. Antes de conocer la institución no podrá determinar cuál es el Derecho aplicable, en esta fase es donde la *lex fori* cumple un papel fundamental aunque no absoluto, pues se admiten excepciones (la calificación de los bienes por la *lex situs*).

Un defensor ferviente de la calificación según la *lex fori* como Ago establece una distinción importante, el concepto empleado por la norma de conflicto como punto de conexión sólo puede interpretarse conforme a los conceptos contenidos en el sistema jurídico del cual esa norma forma parte; pero,

> una vez que dicha interpretación ha sido realizada, si en la relación de la vida real de que se trata está efectivamente presente un elemento o circunstancia, que, una vez establecida su existencia, funcionaría por efecto de la norma de conflicto como elemento individualizador de la legislación aplicable, se debe apreciar según esta última legislación si el elemento o circunstancia citada se encuentra efectivamente presente en una relación de la vida real[229].

Dentro de esta misma corriente, cabe mencionar la posición de Balladore-Pallieri, que se fundamenta en el hecho de que el objeto de la norma de Derecho internacional privado no es la relación de vida, sino la relación jurídica, y más exactamente la institución extranjera tal como está configurada en el ordenamiento jurídico del cual forma parte. En consecuencia, para determinar el significado de los conceptos contenidos en las normas de conflicto, la *lex fori* debe combinarse con cierta dosis de libre apreciación cuando la aplica. La naturaleza de la relación jurídica sólo puede calificarse por la ley que está llamada a regularla[230].

Haroldo Valladão se pronuncia a favor de esta teoría, la interpretación de los supuestos de hecho usados por la norma de conflicto se hará, inicialmente, por los conceptos del Derecho del foro, pero tal calificación es provisoria, es aproximativa, "*como certos cálculos iniciais, em matemática, pelo sistema de falsa posição*". Si la ley declarada competente, adopta una calificación diferente, la calificación provisoria será corregida de acuerdo con la posterior, definitiva.

---

[228] Ago, Anzilotti, Fedozzi. Ver: Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 262 ss.; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 334 ss.; Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 137.

[229] Ago citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 343-344.

[230] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 339.

Así la regla de Derecho internacional privado produce todos sus efectos, aplica realmente la ley competente, inclusive en sus conceptos y clasificaciones[231].

Debemos hacer referencia en este punto a la jurisprudencia venezolana, específicamente a la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 29 de septiembre de 1966, y confirmada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia[232] conocida como el caso *Quintana vs. Sión*, que destacó y fue importante porque le dio carácter general a la institución del reenvío, pero la resaltamos aquí por la calificación que se hizo del factor de conexión.

La parte actora había presentado formal demanda ante el Juzgado Segundo a los fines de obtener el pago de unos cheques que tenían impreso la ciudad de Nueva York como lugar de emisión y carecían de fecha; y el demandado, en el acto de la contestación, se limitó a contradecir la acción, tanto en los hechos como en el derecho, pero en la oportunidad de informes sostuvo que "los instrumentos anexos al libelo no podían ser calificados como cheques, por cuanto el artículo 490 del Código de Comercio exige de manera impretermitible la fecha de su emisión como requisito formal de necesario cumplimiento".

Por la relación de la controversia con una ley extranjera, porque los cheques aparecían suscritos y eran pagaderos en Nueva York, el tribunal aplicó el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, que establecía la prelación de las fuentes, y aplicó la segunda fuente en el orden de prelación establecido por el legislador, "lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República". El artículo 11 del Código Civil somete la forma extrínseca y las solemnidades de los actos a la ley del lugar de su otorgamiento, este principio "no es sino la consagración del adagio *locus regit actum*, que nuestro legislador ha consagrado de manera especial en determinadas materias específicas, testamentos, poderes, y letras de cambio otorgadas fuera de la República (artículo 484 del Código de Comercio)"[233].

En consecuencia el Tribunal afirmó,

> a falta de una norma expresa sobre el particular, resulta evidente que las normas de Derecho internacional privado venezolanas declaran aplicable la ley del lugar de emisión del cheque para regular todo lo relativo a su validez formal: así se desprende del principio general que informa nuestro sistema y de la analogía que impone aplicar al cheque las disposiciones pertinentes sobre letra de cambio.
>
> Este razonamiento condujo a declarar aplicable la ley de los Estados Unidos de América

---

231 Valladão, *Direito Internacional Privado*…, ob. cit., Vol. I, p. 249.

232 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 27 de abril de 1967, en: Gaceta Forense, 1967, 2ª etapa, Tomo LVI, pp. 332 ss. *Repertorio Forense*, 20 de noviembre de 1966, No. 50, Tomo I, pp. 485-489. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1966, No. 33, pp. 167-173.

233 Art. 484 del Código de Comercio: La forma de las obligaciones contraídas en materia de letras de cambio se regula por la ley del Estado sobre cuyo territorio dichas obligaciones han sido suscritas.

para decidir sobre la validez formal del cheque y estimó que la función del tribunal al aplicar Derecho extranjero debe ser la de tratar de resolver la controversia en la misma forma a como lo haría un juez del país respectivo, y por tanto debe tratar de llegar a la misma solución a la que arribaría el juez del Estado de Nueva York si estuviera conociendo de la controversia.

Continúa,

> de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado de Nueva York, la ley aplicable para regular la validez formal de los cheques se determina por la ley del lugar de emisión del cheque, según lo previenen los principios de Derecho internacional privado allí imperantes. En tal virtud *prima facie*, por cuanto en los cheques objeto de este juicio aparece indicado como lugar de emisión la ciudad de Nueva York, parece que la norma de Derecho internacional privado de este Estado conduce también a la declaratoria de competencia de su propia legislación.

El lugar de emisión de los cheques era la ciudad de Nueva York, pero sin embargo

> …constituye característica del sistema angloamericano en esta materia entender como lugar de emisión de un cheque *(place of issue)* no aquél donde ha sido suscrito por su emitente, sino el sitio donde se ha verificado su entrega al beneficiario… Consecuencia de lo expuesto es la de que la determinación de la ley aplicable a la validez formal de un cheque depende del lugar donde efectivamente le ha sido entregado al beneficiario…

Los elementos probatorios demostraron que tanto la firma del instrumento por el remitente como la entrega del cheque al beneficiario habían tenido lugar en Caracas, y en base a ello agrega:

> Los argumentos expuestos llevan al Juzgador a la conclusión de que el Juez del Estado de Nueva York estimaría que la Ley competente para regular la validez formal de los cheques acompañados al libelo es la ley venezolana, por cuanto fue en Caracas donde se efectuó la entrega (*delivery*) de los mismos y que el juez del Estado de Nueva York aplicaría el Código de Comercio venezolano para resolver los problemas planteados.

El tribunal venezolano agregó,

> …ante esta situación surgida por la diferente interpretación del concepto jurídico "lugar de emisión" del cheque, que representa un conflicto latente de normas de Derecho internacional privado aparentemente idénticas, este juzgador estima que debe aceptar la remisión o reenvío que las normas de Derecho internacional privado del Estado de Nueva York, declaradas competentes por las reglas de conflicto venezolanas, hacen al derecho venezolano…

Aun cuando tanto el ordenamiento jurídico venezolano como el de Nueva York, poseían idénticas normas de conflicto, el derecho aplicable cambió por efecto de la calificación. El tribunal calificó el factor de conexión "lugar de emisión" de acuerdo con el Derecho venezolano, pero al determinar el ordenamiento jurídico "presumiblemente" aplicable, el de Nueva York, califica nuevamente con los criterios materiales de ese Derecho, y cambia así, por la

calificación, el ordenamiento jurídico aplicable[234].

En opinión de algunos autores, y nos sumamos a ella, por interpretación del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, la calificación debe realizarse conforme a los criterios del ordenamiento jurídico aplicable, siguiendo esta teoría. Debe tomarse en cuenta la calificación primaria, la cual debe realizarse conforme a los criterios de la ley del foro y, la calificación secundaria conforme a los criterios contenidos en la norma material del Derecho que resulte aplicable[235]. La primera aproximación a la naturaleza de la relación concreta ha de llevarse a cabo, necesariamente, de conformidad con los criterios materiales consagrados por el Derecho del juez. No hay otra manera de llegar al Derecho aplicable, o presumiblemente aplicable, que brinde elementos de calificación a la relación jurídica de que se trate. Pero, como bien señala la Profesora Claudia Madrid, "si bien admitimos la consideración de los criterios materiales de la *lex fori*, es necesario también tener en cuenta que la relación ante la cual se encuentra el juez, es una relación con elementos de extranjería, lo cual, definitivamente, ha de influir en la calificación"[236].

3. La calificación en cuanto problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto

a. Distintos momentos en los que se plantea la cuestión de la calificación

Al plantear el problema de las calificaciones Étienne Bartin reconoció durante la exposición de su trabajo una excepción a la calificación por la *lex fori*, "cuando un Estado ha reconocido que para un grupo de reglas de Derecho es una ley extranjera la que debe normalmente aplicarse, él se desinteresa por ello mismo de las calificaciones que supone el juego de estas instituciones"[237]. En este planteamiento reconoce que las calificaciones engloban dos cuestiones distintas, una la interpretación de la norma de conflicto y la segunda se refiere a la interpretación de la regla extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho internacional privado perteneciente al foro.

En el proceso de aplicación de la norma de conflicto es menester definir los términos utilizados, aclarar el sentido técnico-jurídico empleado por la norma. Esta función de interpretación en el Derecho internacional privado pasa a través de distintas fases sucesivas, que suelen designarse con la expresión calificación; a) qué situaciones de hecho son las comprendidas en

---

234 *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1966, No. 33, pp. 167-173. Ver Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 353 ss.

235 Opinión de la Profesora Fabiola Romero, ver Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., pp. 135-137.

236 Madrid Martínez, Claudia, *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual en el Derecho internacional privado venezolano*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2007, Serie de Trabajos de Ascenso No. 10, pp. 175-176.

237 Bartin citado por Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 52.

la norma de conflicto, b) precisión de los puntos de conexión, c) fijar qué parte de la ley extranjera es aplicable. Las dos primeras corresponden a la interpretación de la regla de conflicto, mientras que la tercera hace referencia a la relación entre la norma extranjera recibida y el derecho remitente, a la norma extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto[238]. Analizaremos brevemente cada una de estas fases.

1) En primer lugar el juez debe interpretar la norma de conflicto a través de su estructura. Este primer paso de la interpretación se dirige a determinar el significado exacto del primer componente de la norma, el supuesto de hecho. Se acostumbra a emplear la expresión calificación para referir la delimitación de la competencia normativa llevada a cabo por el juez, es decir, "se entiende como aquel proceso mediante el cual el operador jurídico determina la naturaleza del caso concreto que ha de analizar para subsumirlo dentro del supuesto de hecho de una determinada norma jurídica"[239]. Este tipo de normas utiliza expresiones jurídicas generales, no indica de manera directa una relación determinada. La importancia del problema está en el hecho de que una determinada relación de la vida real es considerada de forma distinta por dos ordenamientos jurídicos, aceptar una calificación en lugar de otra puede llevar a la aplicación de leyes diferentes y de soluciones distintas.

En esta primera etapa, el jurista debe elegir entre las normas vigentes en el ordenamiento jurídico en el que se desarrolla su razonamiento, aquella cuya hipótesis corresponde a los "hechos" que se le han sometido. En las normas de conflicto es el conjunto conceptual denominado "supuesto" lo que formula esta hipótesis, como toda norma jurídica designa, a través de elementos típicos que delimitan la materia que regula, la categoría de situaciones a las que se aplica. Esta elección de la norma de conflicto adecuada supone una primera operación que Bartin denominó "calificación" y que merece este nombre porque es similar a la operación que precede a la elección de una norma de Derecho material interno. La calificación consiste en señalar en la situación particular los elementos que corresponden a la hipótesis legal[240].

Extendiendo a los conflictos de leyes el esquema lógico que caracteriza la aplicación judicial del Derecho privado y delimitando la actuación de la norma de conflicto en el sistema conceptual del foro, Kahn y Bartin establecieron la *lex fori* en sistema de referencia absoluto y universal de todas las situaciones jurídicas, cualquiera que sea su origen. "El práctico tendrá en adelante como tarea insertar estas situaciones entre las rejas conceptuales familiares al tribunal, a fin de someterlas a las normas de conflicto de leyes, normas jurídicas especiales elaboradas por la *lex fori* para aquellas situaciones que presentan un elemento extranjero"[241].

---

238 De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., p. 219.
239 Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil*…, ob. cit., p. 172.
240 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 267 ss.
241 *Ibid*., p. 268; Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 146 ss.

De las soluciones propuestas por la doctrina para este primer momento de la calificación dos son las que predominan, la teoría de la *lex fori* y de la *lex causae*. Siendo la solución de calificar según los conceptos contenidos en la *lex fori* la más apoyada; por cuanto las normas de conflicto forman parte del ordenamiento jurídico de la *lex fori*, las mismas deben ser interpretadas según los criterios hermenéuticos de dichos ordenamientos, debemos recurrir a la *lex fori* para determinar el exacto significado de las expresiones generales usadas por el legislador, en cada Estado la definición del supuesto de hecho de la norma y del factor de conexión se toman del Derecho interno[242].

Los conceptos empleados en la *lex fori* pueden ser interpretados extensiva o analógicamente, a través de un ensanchamiento de esos conceptos abarcando realidades no contempladas en el orden interno, pero lo que no se puede pretender del juez, es que ante conceptos calificados por su legislador, califique de manera contraria. De igual forma el legislador al dictar las normas de conflicto, debe tomar en cuenta los inconvenientes derivados de la estrechez de los conceptos contenidos en su Derecho material, y de esa forma formular con mayor amplitud los conceptos que van a servir de supuesto a las reglas de conflicto[243].

Cuando en un texto normativo o de Derecho internacional privado se utiliza una expresión jurídica genérica, su definición no puede ser la que le dan otros textos, respectivamente, de las leyes ordinarias o de las leyes civiles, pues la norma de conflicto vería desnaturalizada su finalidad y terminaría dependiendo de otra norma de categoría inferior o diversa que alteraría su voluntad. La norma de conflicto posee sus propios conceptos, autónomos, diferentes de aquellos adoptados por las normas de Derecho material del foro, marca que constituye la base de su formación, caracteriza su personalidad frente a las otras ramas del Derecho y será el norte para su interpretación, para los problemas de calificación[244].

Es así como se comprende que el artículo 26 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, que utiliza la expresión "La tutela y demás instituciones de protección de incapaces…", tenga un sentido amplio, universalista, que pueda albergar instituciones que la ley civil venezolana desconozca.

Sin embargo, no podemos establecer esquemas rígidos como si se tratase de un ordenamiento cerrado y aislado, en el caso del supuesto de hecho de la norma, partiendo de una calificación por la *lex fori*, sus conceptos deben ser objeto de una interpretación extensiva o analógica que dé cabida a realidades no contempladas en la legislación interna, la tendencia es

---

242 Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 709; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit. (1956), pp. 301 ss.

243 Aunque para algunos la corriente hermenéutica moderna, reconoce a través de la eficiencia evolutiva de la interpretación, una virtud o "virtualidad" propia a las normas vigentes, independiente de lo que pudo haber sido la intención del legislador, como una forma de reacción contra el positivismo jurídico. Ver Betti, Interpretación de los conceptos calificadores…, ob. cit., pp. 679 ss.

244 Valladão, *Direito internacional privado*…, ob. cit., Vol. I, p. 245.

a formular conceptos con mayor amplitud a los contenidos en el Derecho interno de cada ordenamiento, conceptos tan amplios como "tutela, así como toda otra institución de protección"[245]. Así se hará más difícil que una institución extranjera aparezca como totalmente desconocida. El hecho de que el ámbito de los supuestos de la norma sean muy amplios, no suscita ninguna dificultad en la fase de razonamiento que precede a la elección de la norma de conflicto correspondiente, la elección de la norma es más fácil cuanto más sintético es el supuesto, con menos riesgo de error que si debe comprobar la aplicabilidad de un supuesto tan elaborado que defina detalladamente su propio ámbito de aplicación. Se puede superar la dificultad mediante la permeabilidad de los sistemas conceptuales existentes en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales[246].

> Como ninguna frontera infranqueable separa estos sistemas conceptuales del lenguaje cotidiano y éste se considera como el vehículo de un pensamiento humano universal, el jurista práctico conseguirá hacerse entender, aunque para describir una situación de hecho tenga que acudir a conceptos jurídicos que, en su precisión, sean desconocidos para el sistema jurídico que le es más familiar[247].

2) El segundo momento del problema calificativo es el de la interpretación del factor de conexión, establecer el significado del concepto jurídico empleado por la norma de conflicto aplicable para designar el punto de conexión por medio del cual se va a determinar la legislación que en definitiva va a resolver el supuesto establecido.

Al igual que la mayoría de las nociones utilizadas en Derecho internacional privado, el factor de conexión es un concepto tomado del Derecho interno, y su determinación suscita la cuestión metodológica de la autonomía del concepto utilizado en Derecho internacional privado. Cuando la norma emplea como factor o punto de conexión una cuestión de hecho, como el lugar de situación del inmueble, no hay posibilidad de disparidad en la calificación, pero cuando hace referencia a conceptos de naturaleza jurídica, éstos pueden plantear un conflicto calificativo, es el caso del domicilio, la nacionalidad, el lugar donde se producen los efectos de un hecho ilícito, y en determinadas conexiones abiertas o flexibles como el vínculo más estrecho. La doctrina ha dado como solución a los problemas que surgen por la determinación del punto de conexión, que en cada Estado la definición del factor de conexión se toma del Derecho interno.

---

[245] Art. 26 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana; la Ley Federal de Derecho internacional privado suiza del 18 de diciembre de 1987, en su capítulo quinto establece la "Tutela y otras medidas protectoras"; la Ley de Reforma del Sistema de Derecho internacional privado, Ley No. 218 italiana, del 31 de mayo de 1995 tituló el capítulo VI "Protección de incapaces y obligaciones alimentarias"; el Proyecto Argentino de 1999, Código Civil, Libro Octavo, en el artículo 73 señala "La tutela y demás instituciones de protección del incapaz.."

[246] Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 710; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1956), pp. 291-292; Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 268-272.

[247] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 268.

Los puntos de conexión originan problemas de calificación si la *lex fori* y la ley eventualmente aplicable difieren en su precisión, en estos casos el criterio predominante en la doctrina es calificar los puntos de conexión por la *lex fori*, es decir, conforme a las categorías que han justificado la elección de un determinado criterio de regulación[248]. En estos supuestos, la norma de conflicto resuelve el problema de la calificación, pero delegando en cada uno de los supuestos que pueden presentarse en la ley material del foro o en la ley extranjera[249].

En la jurisprudencia venezolana es preciso destacar la decisión del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 29 de septiembre de 1966, el caso *Quintana c. Sión*, ya mencionada *supra*, en la cual aun cuando tanto el ordenamiento jurídico venezolano como el del Estado de Nueva York poseían idénticas normas de conflicto, el Derecho aplicable cambió por efecto de la calificación. En esta oportunidad el tribunal calificó el factor de conexión "lugar de emisión" de acuerdo con el Derecho venezolano, pero al determinar el Derecho del Estado de Nueva York como presumiblemente aplicable, calificó nuevamente con los criterios materiales de ese Derecho, y por efecto de la calificación, cambió el ordenamiento jurídico aplicable, produciéndose un reenvío de primer grado al ordenamiento jurídico venezolano.

En cuanto a los puntos de conexión flexibles como la aplicación de la ley más estrechamente vinculada, corresponde al intérprete, en cada caso, valorar los contactos del supuesto de hecho concreto con uno u otro ordenamiento, dicha valoración no sólo debe referirse al número de contactos sino también y fundamentalmente, a la calidad de los mismos. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos y el artículo 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que establecen que a falta de elección del Derecho aplicable, se adopta una solución flexible que permita al juez aplicar aquel Derecho que se considere más directamente vinculado a la obligación convencional, para ello tomará en cuenta los elementos objetivos del contrato, como lugar de celebración y el lugar de ejecución; y los elementos subjetivos que vinculan al mismo, como domicilio, nacionalidad, etc.[250].

---

[248] Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 711; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 343; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 351.

[249] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit., pp. 244 ss.

[250] Art. 9 de la CIDACI: "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. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato". 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 se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales".

Para la determinación del domicilio, de la residencia, de la nacionalidad, las dos principales soluciones utilizadas son la referencia al Derecho interno de la *lex fori* y la elaboración de una norma de conflicto de leyes distinta; pero estas soluciones tienen sus inconvenientes, el Derecho interno de cada Estado no siempre proporciona una definición unívoca y tampoco contiene normas para la determinación de los conceptos adaptada a las exigencias propias de la norma de Derecho internacional privado. La elaboración de una norma de conflicto de ley distinta, puede conllevar riesgos de conflictos positivos o negativos que también caracterizan la determinación de la nacionalidad; una misma persona puede cumplir simultáneamente los criterios diferentes según los cuales las leyes de dos Estados le atribuyen domicilio en un territorio determinado, pero en otras situaciones la dispersión de los elementos materiales de localización puede ser tal que ningún Estado le considere domiciliado en su territorio[251]. Asimismo, es posible que una persona, debido a diferentes criterios que existen entre los Estados para la atribución de la propia nacionalidad, pueda legalmente considerarse nacional de dos Estados distintos, en este caso la norma de colisión que prevé como factor de conexión la nacionalidad del individuo, no es la idónea para indicar cuál es el ordenamiento competente, remitirá a los ordenamientos de los dos Estados a los cuales pertenece el sujeto, es inevitable que su determinación se efectúe tomando en consideración el ordenamiento del Estado cuya nacionalidad se pretende, pues sólo en dicha normativa es posible hallar los datos que componen el vínculo de carácter jurídico[252].

Para dar una solución correcta a la calificación del factor de conexión, como por ejemplo domicilio o residencia, es preciso partir de la interpretación de la norma a la que pertenecen estos conceptos. Ello conlleva varias consecuencias: la autonomía del domicilio o de la residencia como conceptos de Derecho internacional privado y su determinación según el Derecho internacional privado del país al que pertenece la disposición en cuestión, y también la elaboración de soluciones diferentes en materia de conflicto de leyes. La elaboración de un concepto autónomo, propio del Derecho internacional privado, plantea el riesgo de parecer una solución tan formal como la referencia al Derecho interno de la *lex fori*, si el legislador no da una definición explicita y no hay directrices para proporcionar al concepto su contenido[253].

La doctrina ha terminado en posiciones diferenciables, para las que no es posible dar una sola respuesta, sino que habría que examinar separadamente los distintos factores de conexión. Como en todos los factores de conexión de carácter personal, no podrán eliminarse las dudas, a través de ellos se pretende vincular el estatuto personal a un ordenamiento jurídico determinado, y en este sentido debe analizarse con cuidado.

---

[251] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 285.

[252] Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 713; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 351. En este sentido ver Código Bustamante en el Libro Primero, Título Primero, Capítulo I sobre la nacionalidad y naturalización.

[253] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 286.

Nos corresponde comentar una de las modificaciones más importantes del sistema venezolano en la Ley de Derecho Internacional Privado, la sustitución del principio de nacionalidad por el principio del domicilio como factor de conexión decisivo en materia de estado y capacidad y, relaciones familiares y sucesorales. La interpretación del domicilio está contenida en el Capítulo II "Del Domicilio", artículos 11 al 15[254]. Estas normas se han definido como instrumentales, pues no determinan el Derecho aplicable ni resuelven los problemas de jurisdicción y competencia y por lo tanto, no son normas de conflicto. Se trata de normas materiales ya que son normas que califican, definen o dan respuesta directa a lo que debe entenderse por domicilio de las personas en los supuestos de Derecho internacional privado[255]. La ley optó por calificar de manera autónoma la expresión "domicilio" de las personas físicas como el "lugar de la residencia habitual" de éstas, estableciendo un concepto específico. Para evitar recurrir a las clásicas soluciones en materia de calificaciones, *lex fori* y *lex causae*, se ha preferido el término de la "residencia habitual"[256].

A su vez, la expresión "residencia habitual" también presenta sus propios problemas de interpretación. En este sentido la doctrina nacional sostiene dos formas de calificar la residencia habitual: la primera, a través de una limitación temporal subjetiva ya que son pocos los elementos para establecer un lapso de tiempo que calificaría el concepto, pero en todo caso tender hacia su determinación fáctica, por ejemplo asimilarla simplemente al lugar en donde se encontrare la persona[257]; y, la segunda, que la materialización específica de la residencia habitual se efectúa a través de una duración de tiempo previsible, el lapso de un año señalado en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado[258], o el lapso de 183 días estipulado en el artículo 30(1) del Código Orgánico Tributario[259].

---

254 Además de los aspectos vinculados al derecho aplicable, el domicilio en la Ley fungirá como criterio general de jurisdicción y criterio de competencia territorial que, en el caso de personas físicas se traduce en "el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual". En este sentido "la circunstancia de que el mismo concepto, el domicilio o el lugar en que se ha cometido un cuasi delito, es tanto un factor de aplicabilidad como un punto de conexión o como el concepto mediante el cual se determina la competencia territorial (interna o internacional) de los tribunales, implica el riesgo de conducir a confusiones si no se distinguen las muy diferentes funciones atribuidas al mismo concepto. Las normas a las que obedece la concretización de tal concepto no coinciden necesariamente en relación a las tres funciones que está llamado a cumplir". *Ibid*., p. 281.

255 Guerra Hernández, Víctor Hugo, Artículo 11. Calificación del domicilio, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, p. 375.

256 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 84.

257 Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado: "El domicilio de una persona física será determinado en el siguiente orden: … 4) En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare".

258 Art. 23 de la LDIPV: "El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual".

259 Gaceta Oficial No. 37.305, 17 de octubre de 2001. Art. 30: "Se consideran domiciliados en la República Bolivariana de Venezuela para los efectos tributarios: 1. Las personas naturales que hayan permanecido en el país por un período continuo o discontinuo, de más de ciento ochenta y tres (183) días en un año calendario o en el año inmediatamente anterior al del ejercicio al cual corresponda determinar el tributo".

Otra posibilidad de determinar la residencia habitual consiste en considerar el elemento previsibilidad, cuando se realizan determinados actos que demuestren la intención de permanecer en un lugar, el que se muda y adquiere un bien inmueble por ejemplo[260]. El término de "residencia habitual" es un concepto más fáctico que jurídico, la presencia de una persona física en un lugar determinado se impone al elemento intencional *animus* que ésta pueda tener, debe ser objeto de una calificación flexible, de fácil determinación para el juez[261]. Se toma como referencia el carácter fáctico de la residencia habitual al artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado[262]. El análisis deberá siempre, mantener presente el espíritu general de la Ley encaminado al logro de una justicia material.

3) Para Kahn y Bartin, la calificación no fue más que un problema que afectaba principalmente a la elaboración de normas, a la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones. Desde su óptica positivista sólo la *lex fori* podía llevar a cabo una labor calificadora. Antes de la designación de la ley extranjera competente y en tanto que no se ha determinado su contenido material, esta calificación no suscita ninguna dificultad particular, teniendo en cuenta la flexibilidad de las categorías más sintéticas o de la definición que acompaña las normas de conflicto de leyes que tienen un objeto menos amplio. La dificultad que Kahn y Bartin analizaron y que el segundo llamó "conflicto de calificaciones", se sitúa en una fase ulterior a la elección de la norma de conflicto correspondiente. Esta dificultad no afecta a la elección de la norma de conflicto de leyes apropiada sino después de que la actuación de varias de ellas haya permitido la identificación del Derecho material aplicable y, para el caso de que la dispersión de elementos materiales de localización conduzca a la aplicabilidad de varias leyes nacionales, la elección, en el interior de éstas, de las disposiciones competentes y, en su caso, su adaptación[263].

No se trata de calificar una relación para así poder hallar la categoría jurídica a la que pertenece, sino que determinándose aplicable una ley, es necesario averiguar si reúne las características precisas para poder ser subsumida dentro de las categorías de conexión de la norma de conflicto que declara aplicable el ordenamiento en que la pretensión litigiosa encuentra su justificación y fundamento. Tampoco se trata de que el Derecho del foro, después de determinar la naturaleza jurídica de las relaciones, permita su regulación por una ley extranjera sino que esta ley pretenda aplicarse en base a una hipotética naturaleza jurídica, debiendo el foro

260 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 64-65.
261 Guerra Hernández, Artículo 11. Calificación del domicilio…, ob. cit., p. 402.
262 Art. 2: "El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare". La Convención fue suscrita pero no ratificada por Venezuela por razones formales. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 64.
263 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 272.

comprobar si tal naturaleza es aceptable o no[264].

En la doctrina positivista clásica, sobre todo Bartin y sus seguidores, el único ordenamiento llamado a intervenir era el del foro, debiendo existir compatibilidad absoluta entre la calificación de la ley del foro y la del ordenamiento aplicable, con lo cual no se plantea así ningún conflicto o incompatibilidad entre ambos, aunque sea meramente formal, de esta manera el conflicto se resuelve con la aplicación exclusiva de los criterios del Derecho material del foro sin otorgar ningún papel al Derecho extranjero, en este sentido sólo se aplica la ley extranjera cuando coincida con lo establecido por la ley interna del foro[265]. La solución debe venir dada después de una adecuada determinación del ámbito de aplicación de las leyes tanto del Derecho del foro como del Derecho extranjero, ambos están llamados a jugar un papel en la solución del problema y sólo una adecuada interpretación y aplicación de la norma de conflicto puede llevar a cumplir ese objetivo, deben respetarse al máximo y hacer compatibles los ordenamientos jurídicos interesados.

Primordialmente el problema de las calificaciones es un problema de interpretación de la norma de conflicto. Debe analizarse el papel que juegan tanto la ley del foro como la extranjera y determinar sus diferencias, sobre todo en cuanto a su función, de las que le habían sido asignadas de forma exclusiva por la doctrina defensora de la *lex fori* o bien de la *lex causae,* para así poder alcanzar una adecuada calificación de las pretensiones litigiosas de carácter internacional. La necesidad de atenerse a la interpretación que de los conceptos proporciona la *lex fori* se impone sólo en la medida en que la determinación del concepto de conexión es previa a la determinación de la ley aplicable. Después de la aplicación de esta ley, el juez da a los conceptos utilizados el sentido, la interpretación que tienen en la ley extranjera[266].

Citemos el ejemplo de la práctica francesa decidido por la *Cour de Cassation*. Dimitri Caraslanis, súbdito griego, contrajo matrimonio civil en Francia, el 12 de septiembre de 1931, con una joven francesa de apellido Dumoulin. La esposa demanda el divorcio y él sostuvo en reconvención que su matrimonio era inexistente porque la ley griega, que de acuerdo a la regla de conflicto francesa rige su estatuto personal en cuanto ley nacional, prescribe a los griegos de confesión ortodoxa contraer matrimonio religioso incluso en el extranjero, exigencia que no fue respetada en su matrimonio. Esta pretensión fue rechazada por el Tribunal de Apelación argumentando que al haberse celebrado el matrimonio en Francia quedaba sometido a la ley francesa en cuanto a su validez formal, en virtud de la norma de conflicto francesa según la cual la forma de los actos se rige por la ley del lugar de celebración[267].

---

[264] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 57.
[265] *Ibid*., p. 59
[266] De Castro, La cuestión de las calificaciones…, ob. cit.; Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 59.
[267] Esta decisión fue aprobada por la *Cour de Cassation*, en sentencia de 22 de junio de 1955: "la cuestión de saber si un elemento de la celebración del matrimonio pertenece a la categoría de las reglas de forma o a la de las reglas de fondo, debía ser resuelta por

En el caso expuesto, el problema jurídico consistía en determinar si el Tribunal francés obró correctamente al adoptar la calificación francesa, que considera el problema una cuestión de forma, o si por el contrario, debió aplicar la calificación griega que ve el problema como una cuestión de fondo, regida por la ley nacional.

En el ejemplo utilizado por Kahn de las letras de cambio libradas en Tennesse (USA), donde se reclama el pago a una persona domiciliada en Alemania en los tribunales alemanes, las dificultades se derivan del hecho de que en Derecho alemán la prescripción es considerada como cuestión de fondo, mientras que en el Derecho anglosajón constituye una cuestión de procedimiento. Lo importante no es que la institución extranjera sea objeto de una elaboración técnica diferente de la del foro, sino saber si sus caracteres esenciales coinciden con los del foro[268].

El legislador venezolano parece haberse ocupado de este último proceso en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado[269], al establecer "El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo". Ya hablamos de las diferentes posiciones doctrinales en relación a este artículo, redactado en su versión original en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado y antecedente directo de la mencionada norma de la Ley. Von Schwind expresó "no sólo se incorpora el Derecho extranjero propiamente dicho, sino también los principios que lo rigen. Esto tiene que significar que la interpretación jurídica y, en todo caso, la construcción jurídica, han de llevarse a cabo de la manera prevista en el derecho extranjero remitido"[270].

De igual forma, la doctrina venezolana sostiene que la Ley de Derecho Internacional Privado persigue el necesario balance entre las nociones de la justicia formal y la justicia material[271], así como el logro de la equidad de cada caso[272], básicamente estos son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Asimismo, en materia de calificaciones los comentarios más recientes se limitan a indicar que la Ley no la regula y que, por tanto, la decisión queda en manos del juez. El artículo 2 consagra una norma orientadora en la materia, en el sentido de

los jueces franceses siguiendo las concepciones del Derecho francés, para las que el carácter religioso o laico del matrimonio es una cuestión de forma. En consecuencia, el matrimonio civil celebrado en Francia por los esposos Caraslanis-Dumoulin era válido conforme la regla *locus regit actum*". Ver Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 260.

268 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 60.

269 Ver Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad*…, ob. cit., pp. 170-176.

270 Von Schwind, Disposiciones generales del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 agosto de 1998. (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*…, ob. cit., Vol. I, p. 130.

271 Guerra Hernández, La aplicación del Derecho extranjero…, ob. cit., p. 120.

272 La Profesora Tatiana de Maekelt señala que las soluciones de la ley "responden a la concepción actual de la materia que persigue, como objetivo fundamental, la justicia material de cada caso". Ver B. de Maekelt, Tatiana, Ley de Derecho internacional privado Venezolano. Comentarios generales, 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., Colección Libros Homenajes No. 1, Vol. II, p. 106.

proponer la calificación *lege normae*, que no tiene por finalidad rechazar la aplicación del Derecho extranjero, sino posibilitar su mejor aplicación, imponer el deber de armonizar el resultado de la aplicación del Derecho extranjero con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto; no se trata de la aplicación de la *lex fori*, se trata de una reafirmación de la libertad para obtener una adecuada solución del caso concreto[273], en la búsqueda de la justicia material que orienta nuestra Ley. Por ello hoy día se afirma que las calificaciones se incluyen dentro del grupo de las instituciones llamadas valorativas[274].

b. Como problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto

Algunos autores piensan que el objeto de las calificaciones está constituido por las normas de Derecho privado, un razonamiento a fin de cuentas circular, ya que es precisamente la calificación la que debe conducir a la determinación de la ley aplicable. Otros autores piensan que el objeto de la calificación está constituido por los hechos o una relación de vida que conduce a una cuestión jurídica. En opinión de Erik Jaime es más bien la cuestión jurídica misma la que debe ser clasificada, cuestión cuyo contenido está determinado por las leyes eventualmente aplicables[275].

Entre los autores que han examinado el problema de la calificación como una cuestión de interpretación y aplicación de la norma de conflicto, debemos señalar a Raape y Batiffol.

Para Raape, se trata de subsumir bajo una norma concebida como premisa mayor el fenómeno o situación concreta que constituye la premisa menor (hecho, acto o relación de vida). La particularidad que esta operación presenta en Derecho internacional privado es que este fenómeno concreto es también una norma, o bien, una situación de derecho.

> El problema de la calificación es un problema de subsunción. La aplicación de toda regla de Derecho se hace como sabemos mediante el proceso lógico de la subsunción. El hecho concreto se coloca bajo el hecho abstracto indicado por la regla de Derecho, y se examina si los dos son idénticos. Si es este el caso, se deduce la conclusión: el efecto ligado al hecho dado por la regla ha tenido lugar. Se le elimina si no es este el caso. Lo dicho vale también para la regla de conflicto[276].

El funcionamiento de este argumento conduce a considerar a la calificación como una cuestión distinta de la mera aplicación mecánica de una determinada ley, ya que requiere de un complejo proceso de interpretación y funcionamiento de la norma de conflicto del foro. Pues

---

273 Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jünger Samtleben*, Montevideo, Max Planck Institut, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss.

274 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 137.

275 Jayme, Identité culturelle et intégration…, ob. cit., p. 109.

276 Raape citado en Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 55.

es necesario averiguar la naturaleza, sentido y finalidad de la norma de conformidad con el Derecho extranjero al cual pertenece, "caracterización", para así poner en funcionamiento la operación descrita, y poder averiguar si la premisa menor ya caracterizada y la mayor, compuesta por las categorías de conexión utilizadas por la norma de conflicto del foro, coinciden de manera de poder realizar la subsunción. A este proceso le denomina clasificación[277].

El planteamiento difiere del propuesto por Bartin, pues según este autor, la premisa mayor estaba preestablecida en forma rígida de acuerdo con la *lex fori*. En la situación anterior la premisa mayor cumple la función de dar cabida a una institución de Derecho extranjero para lo cual deberá interpretarse con mayor amplitud. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos el Derecho interno resulta suficiente, puede pasar que en ocasiones se quiera dar mayor flexibilidad, tomando en consideración que lo que se quiere regular es una relación internacional. Para Raape, la *lex fori* sólo interviene cuando no hay concordancia entre la premisa mayor y la menor.

El autor no pretende que se acepte la calificación que de la institución hace el Derecho extranjero, sino que analiza el contenido de la misma de acuerdo con el contexto jurídico del que forma parte, centra la atención en el contenido material y el papel que debe jugar la ley extranjera en el proceso de búsqueda de una solución adecuada a las necesidades del tráfico internacional.

Al igual que Raape, Batiffol, como ya se le mencionó anteriormente, preocupado por alcanzar la "coordinación entre sistemas jurídicos diversos"[278], analiza el papel que debe tener la *lex fori* y la *lex causae* en el problema de las calificaciones.

Para él, la calificación es un problema que afecta a la interpretación de las categorías de conexión empleadas por la norma de conflicto. Pero a diferencia de Raape, él difiere en el objeto de la calificación, pues considera que éste no debe ser necesariamente una norma jurídica, pues puede recaer sobre un hecho que una vez calificado cae bajo las categorías de conexión, el objeto directo de la calificación es una reclamación apoyada en una determinada ley.

Batiffol distingue, entre dos fases[279]:

1) La fase de análisis, en la cual el juez debe analizar la norma en que la pretensión se fundamenta de conformidad con la legislación a la cual pertenece. Debe tratar de ver qué estructura tiene, qué elementos han sido tomados en cuenta para determinar si encuadran dentro de las categorías abstractas utilizadas por la norma de conflicto de la cual se reclama su aplicación.

---

277 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 59.

278 Batiffol citado en Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 59 ss.; Batiffol, Henry, Le pluralisme des méthodes du Droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1973, Tomo 139, p. 367.

279 Batiffol, Le pluralisme des méthodes…, ob. cit., p. 367; Fernández Rozas, y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 343.

2) La fase de enjuiciamiento, en la cual juega un papel protagónico la ley del foro, por cuanto el punto de vista particular de cada ordenamiento jurídico no tiene por qué ser compatible con el punto de vista de los demás ordenamientos. Una vez delimitada la institución, es que se determina a qué categoría del ordenamiento del foro corresponde la institución analizada previamente conforme al Derecho extranjero en el cual ha sido creada. En ocasiones se hace preciso darles mayor flexibilidad y amplitud a las categorías del foro, pues se trata de relaciones jurídicas internacionales, debe atenderse no sólo a la nomenclatura jurídica acerca de la institución sino a la auténtica función que desempeña esa institución en el plano social[280].

Para Emilio Betti la interpretación teleológica de las normas individuales de colisión debe colocarse en primer plano, de esta forma el intérprete deberá siempre tener presente la antinomia constante que existe, por una parte, entre el carácter internacional del problema práctico a que se enfrenta cada legislador promulgando por cuenta propia, normas de colisión destinadas a prevenir los conflictos que puedan surgir de la aplicación de varios ordenamientos jurídicos y, por otra parte, el carácter interno de dichas normas que, por estar vinculadas a un ordenamiento determinado, no pueden evitar estar coligadas y coordinadas con las categorías dogmáticas de éste, que constituye el ordenamiento de la *lex fori*[281].

Se impone una interpretación teleológica, no sólo frente a la norma de colisión a observarse, sino también frente a las máximas de decisión extraídas de la *lex causae* aducida. Se trata de evaluar en qué medida es adoptada esa dirección en la interpretación de los diversos sistemas de Derecho internacional privado, y en qué dirección debe ser orientada la mencionada interpretación comparativa, de acuerdo con cuáles valoraciones normativas deba hacerse, para que las normas de colisión cumplan su cometido respondiendo al interés de la convivencia internacional y al de la coherencia de las decisiones que se encuadran en el ámbito de un mismo ordenamiento legal. El procedimiento hermenéutico ilustrado presupone una conmensurabilidad recíproca de los dos o más ordenamientos confrontados, en base a una "comunión de civilización" y, por lo tanto, una comparabilidad de las respectivas disciplinas[282].

Es indudable que la solución debe respetar determinadas exigencias lógicas, particularmente en lo referente a las discrepancias que surgen en la disciplina sustancial de las relaciones, que pueden depender tanto de la exigencia de particularizar la atribución de competencia normativa, como de la asonancia intrínseca existente entre disciplinas heterogéneas, que deben ser aplicadas conjuntamente como *lex causae*. Betti, sostiene que tales discrepancias plantean exigencias interpretativas, las cuales, prescindiendo del caso límite constituido por la incompatibilidad con el orden público son: transposición o traducción del instituto extranjero en un instituto

[280] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 63.
[281] Betti, Interpretación de los conceptos calificadores…, ob. cit., pp. 679-680.
[282] *Idem*.

correspondiente a la *lex fori* (en caso de traspaso de la relación de un régimen jurídico a otro); conversión sustitutiva (dirigida a encontrar un equivalente funcional del acto o de la relación calificante, que constituye presupuesto de la eficacia jurídica); adecuación o adaptación de la máxima sacada de la Ley extranjera (*lex causae*) al ordenamiento de la *lex fori.* En estos procedimientos se trata siempre de exigencias interpretativas relativas a materias que presentan elementos de extranjería y, por lo tanto, factores de conexión con leyes extranjeras[283].

En la doctrina, hay autores que distinguen la interpretación de la calificación, consideran la interpretación de los conceptos empleados por la norma de conflicto aplicable como una solución para determinarla, la llamada tercera escuela, sugerida por vez primera por Rabel y por F. De Castro, una alternativa a la calificación *lex fori* y *lex causae*. Sostienen que no es necesario recurrir a la técnica de la calificación si los conceptos empleados como supuestos de hecho de la norma de conflicto están perfectamente definidos y no son "importados" del Derecho civil o mercantil. De este modo, cuanto más perfilado está el concepto utilizado como supuesto de hecho de la norma de conflicto, más sencilla es la subsunción de la situación social en el mismo. El intérprete debe analizar la situación privada internacional y acreditar si reúne los requisitos exigidos para ser considerada como subsumible en la categoría jurídica empleada por el legislador como "supuesto de hecho" de la norma de conflicto, ésta fue la tesis sugerida por Ernest Rabel. El intérprete no debe entrar en disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la situación privada a objeto de "calificarla" como un tipo legal determinado, esto se haría si empleara la técnica de la calificación. Pero si utiliza la "técnica de la interpretación" del supuesto de hecho de la norma de conflicto, primero precisará el significado de dicho "supuesto de hecho", si la situación privada internacional reúne los requisitos exigidos por dicho concepto, debe subsumirse en el mismo. Se ha conseguido la subsunción del hecho social en el supuesto de hecho de la norma de conflicto[284].

En la doctrina venezolana, Haydée Barrios sostiene que no debe identificarse la interpretación con la calificación, a pesar de lo estrechamente vinculados que se encuentran ambos conceptos:

> Se afirma que la interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición, y que la esencia de la interpretación del

283 *Ibid.,* pp. 681-689. En este artículo la calificación entra dentro del proceso hermenéutico descrito por Betti. En un artículo posterior, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos (1975),* Emilio Betti hace la distinción entre interpretación jurídica y calificación: "la interpretación jurídica es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a las normas jurídicas; mientras que la calificación implica verificar si, y en qué medida, si el supuesto de hecho concreto corresponde al tipo legal en el que se subsume y de encontrar en él los rasgos relevantes para su tratamiento jurídico". Citado en: Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad*…, ob. cit., p. 173.

284 Ver Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 228 ss.

derecho sólo puede ser entendida en el marco de una teoría general de la interpretación[285].

La norma jurídica se interpreta siempre, porque siempre es necesario precisar, de la mejor manera posible, el sentido propio de ella y, consiguientemente, su ámbito de aplicación. "La calificación es la operación lógica mediante la cual determinamos si un particular supuesto de la vida real corresponde y puede, en consecuencia, ser subsumido al tipo legal o supuesto de hecho de una determinada norma, a fin de regular la situación mediante la previsión contenida en dicha norma"[286]. En este sentido afirma, cuando los conceptos o actos jurídicos contenidos en el supuesto de la norma en cuestión requieran ser interpretados, se atenderá al acto "en su concreta individualidad, en su contenido de espíritu y de pensamiento y en el sentido que tiene en el ambiente social despojado de toda calificación jurídica definitiva"[287].

Según Tálice, la interpretación y calificación son dos momentos "diferentes y sucesivos en el proceso de aplicación del Derecho internacional privado a las relaciones extranacionales". Afirma que la interpretación de la norma de Derecho internacional privado es una tarea previa a la calificación de la relación jurídica extranacional, porque la ubicación de esta última en una u otra categoría dependerá del resultado que arroje su interpretación, que nos señalará el ámbito de aplicación de la norma, es decir, el conjunto de situaciones de hecho o de derecho comprendidas en cada uno de los supuestos normativos. Alfonsín en cambio afirma que se trata de un mismo proceso, pero analizado desde dos puntos de vista: la interpretación, desde el punto de vista de la norma, y la calificación desde el punto de vista de la relación jurídica[288].

De todo lo mencionado resulta que la calificación jurídica de las relaciones de la vida no plantea para el Derecho internacional privado problemas tan difíciles como se piensa, sin embargo la interferencia de Derechos materiales de distintos países hace surgir numerosos problemas particulares que afectan la interpretación de tales Derechos, problemas que no se suscitan cuando las situaciones o los hechos se desarrollan dentro del acontecer nacional, sino sólo cuando tienen puntos de conexión con el extranjero. El problema de las calificaciones atañe a la vigencia de las normas de conflicto, es por ello por lo que hay que resolverlos de acuerdo con el fin de las mismas, lo que Betti denomina "prudencia hermenéutica", orientada a colocar la interpretación teleológica de las normas individuales de colisión en primer plano[289]. Es preciso averiguar qué contenido de justicia de Derecho internacional privado, lleva cada una de las

---

285 Barrios, Haydée, La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el 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, Vol. I, p. 22.

286 *Ibid*., p. 26.

287 Emilio Betti citado por Haydée Barrios en: La interpretación del contrato por el Juez…, ob. cit., p. 26.

288 Tálice y Alfonsín citados en: Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Aspectos generales del sector del derecho aplicable", en: D. Fernández Arroyo et al. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 278.

289 Betti, Interpretación de los conceptos calificadores…, ob. cit., p. 679.

normas de colisión, qué intereses protege. La ponderación de estos intereses va a determinar el alcance que ha de darse a la norma de conflicto, el perfeccionamiento posterior de las mismas exige un análisis preciso de las realidades. No existe una solución general a este problema, su acertada aplicación sólo puede ayudar a que en el caso concreto se plantee acertadamente el problema.

La ausencia de uniformidad en los criterios contenidos en la doctrina y en la jurisprudencia, trae como consecuencia la ausencia de normas reguladoras de la misma o su escasa regulación. Sin embargo, se observa una evolución de una concepción territorialista identificada con la calificación conforme a la *lex fori*, hacia una concepción universalista más adecuada, sin embargo la evolución es lenta debido a lo complejo del problema[290]; el futuro y desarrollo de la calificación, consistirá en ampliar la calificación autónoma.

B. La institución desconocida

Para tratar a la institución desconocida debemos de partir de Savigny, pues el problema de la institución desconocida tiene su origen en una afirmación del fundador de la Escuela histórica alemana.

Friedrich Carl von Savigny aceptó el principio rector sostenido por Carl G. von Waechter, de la obligación a cargo del juez de resolver los casos contentivos de elementos extranjeros de acuerdo con las reglas promulgadas por su propio legislador, aun cuando no estuviese de acuerdo con su solución legal[291]. El autor alemán analiza las cuestiones no decididas en forma expresa, que era lo normal en la época, por cuanto ninguna legislación nacional había regulado toda la materia, y además las escasas normas escritas de Derecho internacional privado existentes estaban inspiradas por la doctrina de los estatutarios, que era una teoría incompleta e insuficiente para resolver las situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos.

Savigny aconsejó tomar en cuenta los principios generales del Derecho, además de que el punto de partida no debían ser las normas jurídicas para determinar su ámbito de aplicación, sino las relaciones jurídicas contempladas por todas las legislaciones modernas de origen romano (estado y capacidad, derechos reales, sucesiones, matrimonio, obligaciones, patria potestad y tutela).

Sostuvo la necesidad de analizar la naturaleza de cada relación jurídica para establecer su asiento territorial, el "centro de gravedad", "determinar para cada relación jurídica el dominio

---

290 B. de Maekelt, Tatiana: *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p. 99.

291 Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 89; Savigny, *Sistema del Derecho romano actual…*, ob. cit., p. 139.

del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación"[292], la selección es efectuada en forma neutral, a través de criterios objetivos, en plano de igualdad a todas las legislaciones involucradas con la controversia, sin dar preferencia a la *lex fori.* Este asiento indica la ley aplicable y esta designación debe ser respetada y aceptada en todas partes como la única manera de cumplir el deber de aplicar Derecho extranjero, impuesto a los países europeos por la existencia de "una comunidad internacional de naciones que tienen relaciones recíprocas", con fundamento en el Derecho Romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua. Pero admitió dos excepciones a esta obligación: cuando su aplicación contradice normas o reglas del *forum* que tienen un carácter absoluto, imperativo, modernamente conocidas como normas de aplicación necesarias[293] y; los casos en los cuales las legislaciones extranjeras consagran instituciones jurídicas desconocidas para la *lex fori*[294].

> Hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de Derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el Juez aplicar exclusivamente el Derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicación del Derecho extranjero. De aquí resultan una serie de excepciones muy importantes, cuya determinación rigurosa es quizás la parte más difícil del problema que tenemos que resolver.
>
> Voy a tratar de referir todas estas excepciones a dos clases principales: A) Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados. B) Instituciones de un estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales[295].

El planteamiento realizado por Savigny según el cual, una institución de un país desconocida en otro, no puede ser aplicada por los tribunales de este último, simplemente en cuanto es desconocida, podría conducir a las más exageradas consecuencias en cuanto a la aplicación en todo caso de la *lex fori*, en cuanto a la territorialidad de la ley, ya que cualquier variante entre el ordenamiento jurídico del juez y la de la ley normalmente aplicable podría dar lugar a que el juez considerase a una institución como desconocida, dada la imprecisión del concepto de institución. Pero ese no es el pensamiento del jurista alemán, que concibe las excepciones señaladas como "una anomalía común, en virtud del cual escapan a esta comunidad del derecho por punto general" y por tanto "debe esperarse que, por consecuencia del natural desarrollo del derecho entre los diferentes países, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente a disminuir"[296].

---

[292] Savigny, *Sistema del Derecho romano actual…*, ob. cit., p. 140.
[293] Madrid Martínez, Claudia, Artículo 9. Institución desconocida, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada…*, ob. cit., Tomo I, p. 323. Ver "Normas de aplicación inmediata o necesaria" de la misma autora en *La norma de Derecho internacional privado…*, ob. cit., pp. 112 ss.
[294] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado…*, ob. cit., pp. 89 ss.
[295] Savigny, *Sistema del Derecho romano actual…*, ob. cit., pp. 142-143.
[296] *Ibid*., p. 145.

El autor no habla de orden público, es difícil determinar si este concepto se agota con la declaración de inaplicabilidad de las leyes extranjeras contradictorias con las normas prohibitivas o preceptivas, obligatorias de la *lex fori*, o bien, si no es más que una razón de orden público la que interviene para la segunda excepción a la comunidad de Derecho, vale decir, en el caso de la institución desconocida[297].

Savigny expone como ejemplo la incapacidad jurídica derivada de la muerte civil impuesta en Francia y en Rusia, el juez de un Estado que no reconozca o regule la muerte civil no aplicará la incapacidad aun cuando según las normas de colisión, la capacidad personal de los individuos está determinada por el Derecho de su domicilio. De la misma manera expone como ejemplo la esclavitud; un país que desconozca la esclavitud tampoco aplicará la incapacidad jurídica derivada de la misma.

> La esclavitud, como institución de Derecho, no está reconocida entre nosotros, y según nuestras ideas hay inmoralidad en tratar á un hombre como á una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquier otra pena más rigurosa[298].

En ambos ejemplos se da la misma consecuencia, la negación de aplicabilidad extraterritorial de esas instituciones. Savigny señala que la institución de un país desconocida en otro país, no puede ser aplicada por los Tribunales de este último por ser desconocida y no por injusta e inmoral. Entre las instituciones de un Estado desconocidas en otro, existen algunas que contradicen la "moral" o son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico, en consecuencia la no aplicabilidad de estas instituciones cae dentro del supuesto de lo que hoy se llama orden público, que viene a ser el supuesto de la esclavitud, pues se trata de una institución "inmoral" en otros países. En el caso de la muerte civil decretada por los Tribunales de un Estado, es una institución extranjera desconocida y resulta inaplicable, aun cuando no contradiga las convicciones éticas o principios fundamentales, por cuanto está regulada por leyes íntimamente relacionadas con la soberanía de un Estado, como son las leyes penales y de policía, de carácter absolutamente territorial[299].

Cuando Savigny habla de la institución extranjera desconocida como excepción a la aplicación de la ley declarada competente de acuerdo a los principios generales por él establecidos acerca de la Comunidad de Derecho, no pretende dar a ese vocablo un valor especial derivado de una construcción jurídica, sino que acepta la definición que se le ha dado al término "institución" por las diferentes escuelas, cuyo origen puede remontarse a los tiempos clásicos del Derecho Romano[300].

---

297 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 90.
298 Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*…, ob. cit., p. 145.
299 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., pp. 90-91 y 141.
300 *Ibid*., p. 34.

En base a lo impreciso del concepto de la institución en la obra del jurista alemán, no puede determinarse de una manera exacta sus límites, y señalar cuándo podemos determinar que se está en presencia de una institución desconocida o bien, que existe una discrepancia legislativa dentro de la misma institución. No podemos concluir ante tal imprecisión, que toda institución desconocida para un país resulta automáticamente inaplicable. Habrá que interpretar de manera restrictiva la teoría de inaplicabilidad de la institución desconocida, por cuanto Savigny la consideró como un caso excepcional de aplicación de la *lex fori,* y no como una regla de general aplicación[301]; una anomalía de la cual "debe esperarse que, por consecuencias del desarrollo natural del derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente á disminuir"[302].

Los civilistas se ven en la necesidad de explicar qué se entiende por institución, y casi todos exponen lo que aprendieron en Savigny, tomando como punto de partida la relación jurídica, para conocer la esencia de la misma era preciso conocer la institución que la dominaba y le servía de tipo. Sus sucesores la conciben generalmente no como conjunto de relaciones, sino como un conjunto de normas, concepción que consiste en considerar la institución como "un tipo clasificatorio de las normas, un poco más amplio que el de relaciones jurídicas, y más reducido que el de parte del Derecho"[303].

Las distintas relaciones jurídicas nacen o mueren por voluntad de los individuos, por el correr del tiempo o bien por cambios en las disposiciones legislativas; mientras que la inclusión o exclusión de una figura jurídica como institucional tiene un valor político, pues significa un cambio en la composición de la constitución jurídica de un pueblo, significa algo que ha adquirido la firmeza de lo fundamental.

Para el Derecho internacional privado ha de tener una trascendencia fundamental el modo de enfocar la institución de esta manera con prescindencia del sistema jurídico al cual pertenece. Rabel basa en ella su revolucionaria solución al problema de las calificaciones, frente a la opinión dominante de Kahn y Bartin que, consideran siempre la institución dentro del sistema jurídico del cual forma parte, no admiten para ella sino la calificación conforme a la *lex fori*[304].

Al decir de Joaquín Garde Castillo

> …institución será, pues, la serie de conceptos jurídicos, más amplia desde luego que la relación jurídica, y más restringida que una rama del Derecho, sin que podamos señalar exactamente los límites máximo y mínimo para el uso correcto de esta palabra, por defecto de otras que ventajosamente pudieran servir para reemplazarla cuando estamos a punto de traspasar los referidos límites[305].

---

301 *Ibid*., p. 93.
302 Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*…, ob. cit., p. 145.
303 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 38.
304 *Ibid.*, p. 43.
305 *Ibid.*, p. 44.

Ahora bien, cómo una institución puede resultar desconocida, extraña en el ordenamiento jurídico que la recibe conforme a la norma de conflicto. En principio, todas las instituciones extranjeras son desconocidas pues son creación de la ley dentro de un determinado ordenamiento jurídico, y eficaces dentro de éste. Desde el punto de vista de la calificación, es evidente que a todas las instituciones extranjeras debe tratárseles como desconocidas, debe plantearse el problema de acuerdo a la esencia y finalidad de la institución para lograr encuadrarla dentro del sistema jurídico correspondiente.

Las verdaderas instituciones desconocidas o las más significativas para los problemas conflictuales, el profesor Garde Castillo las agrupa de la siguiente manera: 1) instituciones extranjeras con gran similitud o identidad con una correspondiente a nuestro ordenamiento jurídico, más frecuente que la identidad es la analogía, y la determinación de "conocida o desconocida" depende de la calificación. Las instituciones comprendidas en este grupo no plantean ningún problema en su aplicación; 2) institución desconocida por imprevisión del legislador, pues las instituciones de un país responden a sus necesidades muy particulares y cuando éstas no se han dado en otros países, difícilmente puede establecerse una institución similar. Pero también ocurre que una institución puede no haber sido prevista por el legislador y responder a esas necesidades peculiares, "tener su razón de ser", que puede dar lugar a una regulación consuetudinaria, "en este caso la vigencia *preter legem* de esta regulación debe ser examinada como cuestión previa, y caso afirmativo proceder como si se basase en una ley"; 3) desconocimiento por discrepancias técnicas, por diferencias en sus modalidades o subinstituciones contempladas en ella, señala a las instituciones que en sentido amplio pueden estar presentes en todos los ordenamientos jurídicos, pero al interpretarlas se observa una falta de paralelismo con la propia; 4) institución prohibida, en este caso se rechaza la institución extranjera no por desconocida sino por contraria al orden público; 5) desconocimiento por falta de información del juez, y esto guarda relación con los múltiples problemas procesales relacionados con la aplicación de un Derecho extranjero en el foro[306].

En base a esta clasificación sólo caen dentro del campo que nos interesa, las instituciones totalmente imprevistas por el legislador y carentes de una regulación consuetudinaria que supla esta imprevisión y algunas basadas en técnicas jurídicas muy diferentes[307].

El elemento histórico también aparece como contrario a la aplicabilidad de la institución desconocida, pero éste por razones lógicas, pues el legislador al redactar las normas no podía regular situaciones desconocidas para él, o bien ignoradas en la formación de su Derecho. La profesora Claudia Madrid esboza como ejemplo en el marco del Derecho venezolano, la desaparición de la adopción simple con la promulgación de la Ley Orgánica de Protección al Niño

306 *Ibid.*, pp. 46-48.
307 *Ibid.*, pp. 48-50.

y al Adolescente, en abril de 2000, y a su vez señala "nosotros dudamos seriamente que un juez venezolano niegue aplicación a un Derecho conforme al cual se haya decretado una adopción de este tipo, so pretexto de desconocimiento"[308].

El desconocimiento de una institución también puede verse desde tres puntos de vista: 1) desde el punto de vista del objeto o materia, cuando la institución responda a valores o principios en franca contradicción con los vigentes en el ordenamiento que la desconoce, en este caso la institución desconocida suele ser una institución prohibida; 2) desde el punto de vista del sentido y alcance de su contenido normativo, entre Estados de civilización e ideología comunes, lo normal es que las instituciones guarden cierta correspondencia, pudiendo registrarse ciertas diferencias cuando se trate de instituciones concretas, ya que en aquellas instituciones de gran amplitud rara vez podrá afirmarse su inexistencia en un ordenamiento conectado con el que posee la institución. Será excepcional encontrar una institución verdaderamente desconocida; 3) desde el punto de vista de la estructura y dinámica técnica de las instituciones, en este caso lo más frecuente es la diversidad y ella conducirá a que más que calificar la institución como desconocida, se la entienda como técnicamente inaplicable o técnicamente sustituible[309].

Para precisar aún más cuando una institución extranjera es desconocida, conviene examinar los términos "relación de la vida", "relación jurídica" e "institución jurídica"; una relación de la vida no puede ser desconocida pero puede ser imprevista por el legislador, si tal relación se plantea tiene que recibir una regulación. Esta relación de la vida se convierte en una relación jurídica cuando un ordenamiento la contempla como supuesto de una consecuencia jurídica. Si este supuesto de la norma extranjera se encuentra previsto en nuestra legislación y la consecuencia jurídica es distinta, el mismo supuesto da lugar en los dos países a relaciones jurídicas distintas. De la agrupación de estas relaciones jurídicas se forma la institución, cuando las diferencias entre las relaciones que la integran en dos legislaciones afectan a su finalidad y a su técnica es cuando, situados en el punto de vista de uno de los dos países, podemos considerar la institución como desconocida en el otro[310]; cuando la institución tiende a resolver allí donde existe, problemas jurídicos que no se han planteado en el país de importación, o bien planteados, han sido resueltos con normas basadas en una técnica jurídica diferente.

Es preciso establecer las consecuencias en atención a la relación entre el orden público y la institución desconocida, las dos excepciones de inaplicabilidad del Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto, como lo señalara Savigny. Debemos admitir el carácter excepcional que el orden público reviste en el Derecho internacional privado, la norma

---

308 Madrid Martínez, Artículo 9. Institución Desconocida…, ob. cit., p. 328.

309 Pecourt Garcia, Enrique, Institución Desconocida, en: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, Editorial Francisco Seix, 1968, Tomo XIII, pp. 40 ss.

310 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., pp. 48-49.

que establece la excepción de orden público debe ser aplicada sólo cuando la ley extranjera infrinja principios básicos para la legislación del foro. Alegar el orden público para negar a una institución extranjera, sólo por ser desconocida, es conferirle a la norma imperativa que establece la excepción una interpretación extensiva contraria con su finalidad fundamental, es contrario a la disposición imperativa que en cada país señala esta restricción a la aplicación de las leyes extranjeras[311].

Garde Castillo señala, la separación de los efectos del orden público en dos momentos, en lo atinente a la creación de derechos y al momento de su ejercicio, que afectan la aplicación de la institución desconocida. En el momento de la creación de derechos, todas aquellas instituciones referentes a la forma, muchas quedarán desechadas sin necesidad de acudir a ninguna excepción, por una regla fundamental de Derecho internacional privado, que funciona con carácter estrictamente territorial, la norma "*locus regit actum*". Quien decida celebrar un contrato en un determinado país, contraer matrimonio, celebrar cualquier otro negocio jurídico, o bien ejercer derechos procesales para que le reconozcan un Derecho subjetivo deberá atenerse a las reglas formales y procesales de ese país determinado. En este sentido, la tendencia actual es a consagrar el principio *favor validitatis,* es así como las legislaciones modernas, entre las que se cuenta la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, contemplan soluciones alternativas para que los actos sean válidos en cuanto a la forma si cumplen con los requisitos consagrados en ordenamientos distintos de aquel determinado conforme al principio *locus regit actum*[312].

El problema entonces surgirá cuando se trate de la capacidad y del fondo, en cuanto a la capacidad las razones de orden público, fraude a la ley y el interés nacional, pueden adquirir una relevancia mayor, pues salvo determinadas excepciones le será aplicable siempre la ley nacional o bien la ley del domicilio. Y en cuanto a lo referente al fondo, en estos casos, salvo por supuesto determinadas excepciones de orden público o bien de normas de aplicación necesaria, una institución jurídica podrá ser creada en un determinado ordenamiento jurídico que la desconoce respondiendo al principio de la autonomía de la voluntad. En este último sentido, esboza que

---

311 *Ibid*., pp. 103-104.

312 La norma del artículo 37 de nuestra Ley de Derecho internacional privado representa un novedoso y positivo cambio a la tradición estatutaria del sistema venezolano en los supuestos de derecho aplicable a la forma de los actos. Sus soluciones flexibles y alternativas persiguen cumplir en Venezuela el principio *favor validitatis* de los actos jurídicos dentro de los propios límites que ha dicho principio imponga nuestra legislación. Se menciona también en este sentido, la Ley Checoslovaca sobre Derecho internacional privado (1963), Ley Federal Austríaca sobre Derecho internacional privado (1978), Ley Federal Suiza de Derecho internacional privado (1989), Ley Italiana de Derecho internacional privado (1995), Ley Alemana que contiene la Reforma del Derecho internacional privado, Ley Introducción al BGB (1986), Código Civil de la Provincia de Quebec, Ley que contiene la Reforma del Libro Décimo. Ver: Esis Villarroel, Ivette S. y Víctor Hugo Guerra H., Artículo 37. Forma de los actos, en: T, B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado Comentada,* Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, p. 951.

> …las partes de un negocio jurídico podrán crear un tipo contractual desconocido en una legislación, si no tropiezan con una disposición imperativa que a ello se oponga. Si se trata de un derecho real habrá que tener presente otro factor para su posible eficacia registral… el derecho creado de acuerdo con la legislación extranjera, de no encajar en uno de los tipos de derechos reales admitidos como inscribibles, no podrá ser inscrito, pero nada se opondrá a que pueda ser ejercitado a título de derecho de obligación[313].

En el momento del ejercicio de los derechos, puede plantearse el problema de la institución desconocida en el caso de la convalidación de los derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación de otro Estado, pues puede quedar sin aplicación por razones de orden público o por desconocimiento de la institución en la legislación del Estado donde este Derecho trata de ser aplicado. La doctrina (Pillet, Niboyet) admite que el orden público es menos riguroso cuando se trata de reconocer la existencia de un Derecho creado bajo el amparo de una legislación que cuando se trata de crear, modificar o extinguir un Derecho subjetivo bajo la vigencia de una ley extranjera que resultare aplicable por una norma de conflicto, o bien por la autonomía de la voluntad. El orden público no aparece delimitado con precisión, pues varía de acuerdo a los tiempos y al lugar, y como responde a razones indeclinables de soberanía del Estado, tropieza con el principio del respeto a los derechos adquiridos, los cuales constituyen una meta a la que se trata de llegar mediante el establecimiento de las normas de conflicto, y deriva directamente del principio de seguridad del tráfico jurídico que es uno de los fines del Derecho internacional privado.

Al decir de Garde Castillo, el problema se reduce a distinguir a las instituciones absolutamente contrarias al orden público, de las cuales no puede admitirse ninguna consecuencia, y aquellas en que su incompatibilidad con los principios éticos, morales, jurídicos sólo afecta al momento de la creación de derechos "juntamente con las simplemente desconocidas"[314]. Los Derechos subjetivos creados bajo el amparo de éstas últimas deberán ser reconocidos, aún en los países que no reconocen tal institución, y sólo se concibe una excepción: la imposibilidad desde el punto de vista técnico, la cual deriva de la incapacidad de los órganos jurídicos competentes para hacer o dar efectividad a tales derechos.

Niboyet señalaba como ejemplo claro de excepción del orden público a la esclavitud, aun cuando la institución había nacido bajo el amparo de una determinada legislación, los tribunales negaron los derechos dominiales sobre seres humanos derivados y adquiridos en otro Estado; y dentro de la institución desconocida, la prenda sin desplazamiento y la hipoteca naval, el juez puede encontrarse con dificultades técnicas si se pretenden ejercer estos derechos[315].

---

313 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 106.

314 *Ibid.*, p. 110

315 Bien por falta de medio para darle efectividad, o bien por calificarse de una manera diferente. Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 292-298.

Pillet hablaba de la propiedad literaria, pues existían Estados que no lo contemplaban, en consecuencia un autor no podría exigir de ellos el respeto del Derecho exclusivo de reproducción de su obra adquirido en un país extranjero, toda vez que no había sido consagrado en su legislación[316].

1. Calificación de la institución extranjera desconocida

El funcionamiento de las normas de conflicto puede conllevar a la aplicación de leyes extranjeras reguladoras de instituciones extrañas para el Derecho llamado a recibirlas, y es así como la institución desconocida puede dar lugar a múltiples problemas dentro del campo del Derecho internacional privado. Uno de ellos es el problema de las calificaciones, la calificación que como desconocida pueda recibir una institución, depende de considerar en su conjunto al ordenamiento jurídico y no sólo a sus normas positivas, habrá que agotar necesariamente las herramientas de integración del Derecho, para poder determinar si un sistema conoce o no una institución. La existencia de una laguna, bien en la norma de conflicto, bien en el Derecho material, no es un indicio de desconocimiento, en la analogía se ha encontrado un instrumento para no rechazar a priori el Derecho extranjero[317].

El problema dentro del campo del Derecho internacional privado se presenta en averiguar la exacta naturaleza jurídica de la institución extranjera, para dar por sentado que estamos en presencia de una institución desconocida requerimos un previo proceso de calificación.

Volvamos al ejemplo de la Sentencia del Tribunal de Argel, parece extraordinario y singular que para poder determinar la naturaleza matrimonial o sucesoria de la "cuarta del cónyuge pobre", del derecho de usufructo sobre una cuarta parte de los bienes del marido, el juez haya recurrido a la ley francesa que la ignora o desconoce, en lugar de dirigirse a la ley anglomaltesa que concibe a esta institución[318]. Rabel formula otra situación, la sucesión contractual contemplada en la ley alemana respecto al ordenamiento jurídico español, que no admite otras formas de delación hereditaria que la testamentaria y a la intestada. Cuando un juez español sea llamado a decidir de la herencia de un alemán, la ley alemana será competente para decidir así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones. En el caso de un pacto hereditario realizado por un difunto alemán, sería o no aplicable a dicha sucesión según que se estime que estaba comprendido en el supuesto del precepto de la norma de Derecho internacional privado. Una interpretación literal de la norma nos llevaría a la conclusión de que los pactos sucesorios no están comprendidos en el concepto "sucesiones legítimas y testamentarias", y aun cuando la norma aludiese

316 Pillet citado por Joaquín Garde Castillo en su obra *La "institución desconocida"*…, ob. cit., pp. 110-112.
317 Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida…, ob. cit., p. 328.
318 Batiffol citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 333.

genéricamente a las "sucesiones", sin especificar las dos formas de delación hereditaria, la consecuencia a que llegaríamos sería la misma dentro del sistema de calificación por la *lex fori*, ya que sucesión para el legislador español es precisamente aquello que él ha querido que sea, y el concepto sólo por una interpretación analógica podría aplicarse a otros supuestos como es el del pacto sucesorio[319].

Calificar una situación privada internacional relativa a estas instituciones conforme al Derecho interno resulta poco probable. La situación privada internacional no puede ser jurídicamente definida con las categorías del Derecho interno[320].

La institución desconocida constituyó una de las críticas que se esbozaron contra la calificación efectuada mediante la aplicación de los criterios del Derecho del foro para resolver esta cuestión. La calificación conforme a la *lex fori* resulta completamente inoperante cuando recae sobre instituciones desconocidas en ese ordenamiento jurídico[321].

La determinación del desconocimiento de una institución va a depender de la calificación que se haga de la misma, esta calificación puede llevarse a cabo a través del Derecho extranjero. Es así como el Decreto Ley Húngaro sobre Derecho internacional privado[322] y el Código Civil de Quebec[323] regulan esta institución en las disposiciones relativas a la calificación y lo hacen de manera positiva, para tender a su aplicación, no como un mecanismo para rechazar el Derecho extranjero. En ambos casos se ordena que en los supuestos de instituciones desconocidas para el foro, la calificación ha de hacerse conforme al Derecho extranjero[324].

La doctrina señala como soluciones para proceder a la calificación de estas instituciones desconocidas, dos mecanismos: 1) Recurso a conceptos amplios del Derecho internacional privado en la conformación del "supuesto de hecho" de la norma de conflicto, se utiliza la técnica de la interpretación del concepto empleado como supuesto de hecho de la norma. Este recurso

---

319 Rabel citado por Garde Castillo, en *La "institución desconocida"…*, ob. cit., p. 57; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1976), p. 333.

320 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 231. Señalan estos autores que, un *talaq* no puede calificarse, definirse jurídicamente, como un divorcio, ni como una separación judicial, ni como una separación de hecho, ni como un caso de nulidad matrimonial tal y como el ordenamiento jurídico español entiende estos conceptos e instituciones. Este ordenamiento está diseñado para resolver los problemas de calificación de instituciones de naturaleza jurídica controvertida pero, en todo caso, conocidas en Derecho español. Cuando se trate de una institución desconocida para nuestro Derecho, presenta una laguna legal que resulta preciso integrar.

321 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 342; Garde Castillo, *La "institución desconocida"…*, ob. cit., pp. 81 y 155; Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida…, ob. cit., p. 328; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1976), p. 333.

322 Art. 3(2) del Decreto Ley No. 13 sobre Derecho internacional privado del Consejo Presidencial Húngaro (1979): "Si el derecho húngaro desconoce ciertas instituciones jurídicas, o reconoce la institución jurídica bajo otra forma o por otro nombre, y ésta no puede ser definida interpretando las normas del derecho húngaro, al realizarse la calificación, también deberán ser tomadas en cuenta las disposiciones del derecho extranjero que rige tal institución jurídica ". Tomado de B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado…*, Tomo I, ob. cit., p. 345.

323 Art. 3078 del Código Civil de la Provincia de Quebec (1991): "Cuando el tribunal ignora una institución jurídica y no la conoce sino bajo un nombre o con un contenido distintos, la ley extranjera podrá ser tomada en consideración". *Ibid.*, p. 260.

324 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 127.

encuadraría dentro de la calificación autónoma; 2) Tesis de la calificación por la función, emplea la clásica técnica calificatoria. Se trata de descomponer la operación calificatoria en dos fases: a) fase de definición del problema, se analiza la función que desarrolla la institución desconocida en el Derecho extranjero a cuyo amparo se creó o conforme a la que se ejercita la acción. Esta fase requiere una consulta informativa del Derecho extranjero para descubrir la función que la institución desarrolla en tal derecho; b) fase de decisión, debe hallarse una institución jurídica del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, que desarrolle la función que la institución despliega en el ordenamiento extranjero, o al menos una función similar. Una vez calificada la institución, se subsume en el supuesto de hecho de la norma de conflicto que corresponda. Esta equivalencia de la función no debe ser absoluta, debe ser suficiente[325].

La calificación funcional es una opción valiosa para las instituciones desconocidas en principio para el foro. Como en el ordenamiento jurídico llamado a conocer de la institución no existe una configuración jurídica de tales instituciones, la vía de solución consiste en incidir en su función social, para de esta forma hallar la institución que en nuestro ordenamiento desempeña la función social o económica más próxima a la de la institución extranjera. El Derecho comparado puede con relativa facilidad señalar su espíritu y finalidad, por ello el intérprete jurídico debe realizar una tarea de Derecho comparado que le conduzca a desentrañar la naturaleza de la institución, con el objeto de determinar si no existe en su ordenamiento jurídico una institución que desempeñe idénticas funciones, equivalentes en su función[326].

Las reglas o normas del Derecho internacional privado se inspiran en lograr la armonía entre las diferentes legislaciones, dar a cada relación la solución que en el caso se considera más justa o bien, asegurar el tráfico jurídico por medio de la aplicación extraterritorial de las leyes. Por estas razones siempre resultará que no hay por qué dejar de aplicar una institución extranjera desconocida para un determinado ordenamiento jurídico, no por cuanto resulte contradictoria con los principios éticos, morales-jurídicos de ese ordenamiento, caso en el cual actuaría la excepción de orden público.

El desconocimiento de una institución en otro Derecho sólo puede ser causa de inaplicación de las leyes que la regulan en el supuesto de una imposibilidad técnica de su aplicación[327]. Le corresponde, por tanto, al juez guiarse no por el concepto de orden público, invariable en un tiempo y lugar determinados, sino por el principio de seguridad del tráfico jurídico, que es lo que resulta variable, mucho más en los derechos adquiridos que en la creación de los mismos. Si una institución foránea es desconocida en un Estado determinado porque afecta al orden público, esta excepción es suficiente para excluirla y, si es solo desconocida, no hay razón

[325] Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 232-233.
[326] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 343-344; Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida…, ob. cit., p. 329; Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 308-309.
[327] Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 156; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 418.

suficiente para no aplicar el ordenamiento jurídico extranjero, de este modo se niega toda posibilidad de actuación a esta causa de exclusión del Derecho extranjero[328].

La institución desconocida constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero competente cuando en el mismo se contemple una institución que no existe en el sistema legal del juez de la causa. Hoy en día, ha sufrido una progresiva eliminación como mecanismo fácil para rechazar la aplicación del Derecho extranjero, y su nueva concepción actual que obliga a revisar el Derecho del juez, favorece su ubicación en el grupo de instituciones valorativas[329]. Su estricta interpretación como causa de evicción del Derecho extranjero, podría convertirse en una manifestación del territorialismo con miras a reducir excesivamente la actuación del Derecho extranjero[330].

2. Sistema venezolano

En cuanto a las fuentes internacionales, la figura de la institución desconocida aparece regulada, por primera vez, en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado[331] y fue sugerida por el representante de los Estados Unidos de América, con motivo del examen del articulado del proyecto que condujo a establecer la obligación a cargo del juez de investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero competente, su inclusión se debió a la necesidad de regular aquellos casos de tráfico jurídico externo que pusieran en contacto a los sistemas de Derecho civil y a los del *Common Law*. Algunos señalaron los peligros interpretativos que resultarían y que podrían conducir al rechazo de cualquier institución desconocida prevista en el Derecho extranjero competente; otros declararon innecesaria la fórmula propuesta porque es un problema muy discutido en el Derecho internacional privado y además consideraron que se trata básicamente de "un problema de adaptación, ya que el Juez del foro adapta la institución extranjera con la que encuentra similar en su foro" (Valladão)[332]. Ciertamente para algunos autores el hecho de buscar en el ordenamiento jurídico del foro una institución o procedimiento análogo, para poder aplicar el Derecho extranjero es una especie de adaptación[333].

---

328 Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida…, ob. cit., p. 329.

329 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., pp. 25 y 42.

330 B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 160.

331 Art. 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (1979): "Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos". Tomado de B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 61.

332 Ver a Parra-Aranguren, Gonzalo, La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979), en: *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, Washington, Secretaría General de la OEA, 1980, p. 175. Id. La institución desconocida en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (CIDIP-II, Montevideo 1979), en: *Revista de Derecho*, *Tribunal Supremo de Justicia*, 2002, No. 7, pp. 313-336.

333 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 43; Bonnemaison W., José Luis, *Instituciones y normas de Derecho internacional privado (Comentarios a la Ley de Derecho internacional privado de 1998)*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2002, p. 53.

Pero a pesar de las múltiples críticas, debe resaltarse el carácter innovador de su incorporación en la Convención, porque el tratamiento de esta figura en el marco nacional e internacional es prácticamente inexistente[334], además es clara y precisa al especificar los casos en que puede aplicarse la excepción. Se ha afirmado que con ella se logró prever los casos justificables de inaplicabilidad del Derecho extranjero por desconocimiento de la institución, sin ser una excepción demasiado amplia que reduzca la aplicación del mismo. Por la expresión "podrá negarse" se la califica como una excepción facultativa, ha de considerarse la posibilidad de recurrir a ella sólo cuando no existan instituciones o procedimientos análogos, tratándose de una perspectiva amplia que permite el ejercicio positivo de la adaptación[335].

El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero[336] regula de alguna manera la institución desconocida, y la principal razón de que se incluyera la norma fue el desconocimiento de la escritura pública en Estados Unidos. Así como también la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 9[337]; y el Tratado de Montevideo sobre Derecho comercial terrestre internacional de 1940, la norma contenida en el artículo 9[338], se ha entendido que no funciona como una excepción, sino justamente para permitir el funcionamiento de instituciones consideradas como desconocidas[339].

Nuestra Ley de Derecho Internacional Privado la consagra en el artículo 9, y en esta materia al igual que en el orden público internacional, se observan las más modernas tendencias de restringir al máximo la no aplicación del Derecho extranjero. El fundamento de este artículo es regular aquellos casos de Derecho internacional privado en los cuales nuestro ordenamiento jurídico se relaciona con otros de características diversas y, a veces extrañas al sistema venezolano, situación que cada vez se presenta con mayor frecuencia[340].

Artículo 9: Cuando el Derecho extranjero declarado aplicable al caso establezca

---

334 B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 323-324.

335 B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 161; Madrid Martínez, Artículo 9. Institución Desconocida…, ob. cit., p. 331.

336 Art. 3 de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (1975): "Cuando en el Estado en el que se otorga el poder es desconocida la solemnidad especial que se requiere conforme a la Ley del Estado en que haya de ejercerse, bastará que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 7 de la presente Convención". Tomado de B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª ed., 2000, Tomo II, p. 243.

337 Art. 9 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (1975): "El órgano jurisdiccional requerido podrá rehusar, conforme al artículo 2, inciso primero, el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria cuando tenga por objeto la recepción u obtención de pruebas previas a procedimiento judicial o cuando se trate del procedimiento conocido en los países del "Common Law", bajo el nombre de "pretrial Discovery of documents". *Ibid.*, p. 239.

338 Art. 9 del Tratado de Montevideo sobre Derecho Comercial Terrestre Internacional (1940): "Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último actos e comercio, sujetándose a las prescripciones legales".

339 Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida…, ob. cit., pp. 332-333.

340 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 87.

> instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación que no estén contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano, podrá negarse la aplicación de dicho Derecho extranjero, siempre que el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos.

Esta fórmula cumple con los requisitos necesarios para evitar que la excepción de no aplicar el Derecho extranjero se convierta en regla general: En primer lugar, se trata de una excepción de carácter facultativo, utiliza la frase "podrá negarse", así la norma autoriza al juez a examinar cada caso concreto para determinar si la existencia de una institución desconocida justifica rechazar la legislación extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto; en segundo lugar, esta excepción se encuentra redactada en forma restrictiva, cuando dispone que el juez solo podrá negarse a aplicar el Derecho extranjero cuando "el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos"[341]. En estos supuestos es necesaria la llamada "calificación funcional", es decir, la vía de solución consiste en determinar la función social de la institución desconocida, para así hallar la institución que en nuestro Derecho desempeña la función social o económica más próxima a la institución extranjera[342]. La amplitud de la norma al referirse no sólo a instituciones sino también a "procedimientos desconocidos"

En este sentido debe orientarse la aplicación del artículo 9 de la ley, el rechazo al Derecho extranjero debe ser el último recurso. La institución desconocida, al no hallar en nuestro sistema una figura análoga, se haría imposible llegar a una solución a través de la *lex fori*, salvo que el intérprete jurídico decida desconocerla, en este sentido debe ser interpretada tomando en consideración el Derecho extranjero a la luz del cual ha nacido tal institución, debe ser entendida como una figura que busca no excluir el Derecho llamado a ser aplicado, sin antes realizar el examen analógico que permitirá llenar la laguna a que le puede conducir el desconocimiento de la institución jurídica extranjera. Debe tenerse en consideración el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas, pues el objetivo fundamental del Derecho internacional privado y de nuestra Ley, es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas y la justicia material del caso concreto[343].

En la actualidad, algunos autores sostienen que esta institución está en desuso, pero podemos inferir que lo que buscan es impedir que el juez excluya el Derecho extranjero por desconocimiento, antes tendrá que descartar la existencia de una institución análoga en su propio ordenamiento jurídico[344].

---

341 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 43.
342 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 344.
343 Madrid Martínez, Artículo 9. Institución Desconocida…, ob. cit., p. 335.
344 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 126.

III. La cuestión incidental

A. La cuestión incidental en las relaciones jurídicas complejas

1. Nociones preliminares

Hablamos de cuestión incidental[345] en Derecho internacional privado, cuando, para regular una relación privada internacional, llamada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente[346], que funciona como presupuesto de la anterior. La cuestión incidental da nacimiento a un conflicto de leyes que puede resolverse aplicando el mismo principio que vincula a la cuestión principal, o bien referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador[347]. Esta figura se deriva del hecho característico de la conexión de ambos asuntos a legislaciones diferentes, y que las mismas, cuestión incidental y cuestión principal, aparecen directa y necesariamente vinculadas, de manera que ésta última queda subordinada a la primera.

Las normas de conflicto parten de un supuesto integrado por uno o más conceptos jurídicos, tales como "la forma de los actos", "los bienes inmuebles", "la capacidad de las personas", "la tutela", etc. En muchas ocasiones sucede que este supuesto conceptual no se presenta aislado, sino que, por el contrario queda íntimamente vinculado a otro, que se configura, no como una simple noción, sino como una verdadera situación jurídica. Se plantean entonces, al decir de Louis-Lucas, "situaciones complejas", que se caracterizan porque las dos o más situaciones que componen la situación compleja se dan sucesiva y no contemporáneamente. Cuestiones complejas de esta naturaleza se presentan muchas, respecto de una cuestión de filiación legítima puede plantearse como preliminar una cuestión matrimonial; respecto de la validez de un matrimonio, la validez de un divorcio anterior, etc. El Derecho internacional privado considera este tipo de situaciones complejas como integradas por una (o más) cuestión preliminar y una cuestión principal[348].

Se trata de "situaciones complejas" en las que la relación entre las situaciones jurídicas que la integran se caracterizan por la interdependencia que establece entre una y otra, interdependencia que es doble y recíproca. En un plano lógico, la "cuestión preliminar" se plantea

---

345 Wolff utiliza el término de "incidental" preferiblemente al término usual de "cuestión preliminar", en cuanto es postliminar, surge sólo después que ha sido encontrado el derecho aplicable a la cuestión principal. Ver Wolff, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., pp. 196 ss.

346 La doctrina la denomina cuestión previa, *Vorfrage, incidental question, question preliminaire*. Ver Calvo Caravaca y Carrascosa González en *Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 235.

347 Bonnemaison W., José Luis, La cuestión incidental en la problemática del Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 38.

348 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1956), p. 229; Pecourt García, Enrique, Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado, en: *Revista de Derecho Español y Americano*, 1966, No. 14, Año XI, II Época, p. 14.

antes y surge porque se ha presentado la principal. De ello deriva la noción que la adjetiva, dicha cuestión es "preliminar" o "previa" a la principal porque su solución condiciona y precisa la de esta última. Ahora bien, cronológicamente, esto es enfocado en el marco dinámico del Derecho internacional privado, no cabe duda de que la *Vorfrage* se presenta con posterioridad a la principal, efectivamente, la cuestión preliminar surge después de un examen previo de la cuestión principal. Podemos expresar esta doble idea diciendo que la "cuestión previa nace después que la principal, pero debe resolverse antes que ésta. Se plantea como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto"[349]. Surge cuando al enjuiciar una situación regulada por una determinada norma de conflicto, aparece una cuestión jurídica que presenta autonomía propia, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal[350].

La terminología empleada con mayor frecuencia es la de "cuestión preliminar" o "cuestión previa"; los autores alemanes, encabezados por Wengler, le han dado el nombre de "*Vorfrage*"; "*question préalable*", utilizada por Maury; para Verplaetse parece más adecuada el nombre de "cuestión incidental", ya que su planteamiento es siempre incidental y cronológicamente posterior en la investigación, aunque anterior en la solución[351]. Para el Profesor Aguilar Navarro y Enrique Pecourt el término más adecuado es el de "cuestión preliminar o previa" porque "lógicamente es una cuestión previa, pues su solución condiciona y precisa la acción de la cuestión principal"[352].

El examen sistemático de la cuestión previa aparece en la doctrina a partir de la década de los treinta en Alemania, concretamente en la obra de George Melchior, publicada en 1932, que consagró al tema un capítulo titulado *Vorfrage* y en un artículo de Wilhelm Wengler titulado *Die Vorfrage im Kollisionsrecht* de 1934[353].

Al igual que en el problema de las calificaciones tiene su origen en la jurisprudencia francesa, el caso *Ponnoucannamalle v. Nadimoutoupoulle* decidido por la *Chambre des Requ*êtes de la Corte de Casación francesa, el 21 de abril de 1931. La controversia versaba sobre la parte de la herencia de un súbdito inglés originario de la India, propietario de bienes raíces sitos en Cochinchina (Indochina), colonia francesa en la época. Conforme al Derecho internacional privado francés se debía aplicar a esta sucesión inmobiliaria el Derecho francés. Como

---

349 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 16.

350 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 409.

351 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 292 ss. Para Bonnemaison la denominación "cuestión incidental" resulta más apropiada para individualizar el problema, dado que el asunto que ella designa se propone incidentalmente en el juicio aun cuando la solución de este aspecto sea lógicamente anterior —su planteamiento deviene posterior, respecto de lo principal, en la secuencia del proceso. Ver a Bonnemaison, José Luis, La cuestión incidental en la problemática del Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, p. 278.

352 Ver Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 15.

353 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 318.

posibles herederos tenía una hija legítima, el hijo de una hija legítima fallecida y el hijo de un hijo adoptivo, también fallecido. La adopción del padre del último tuvo lugar en la India, conforme a la legislación de ese país, en un tiempo en el que el *de cujus* tenía hijos legítimos, con esta particularidad que el hijo del adoptivo era nieto del adoptante. Por testamento otorgado ante notario de las Indias francesas, el *de cujus* había excluido al "nieto" adoptivo y por ello este último entabló la acción[354]. La adopción queda sometida a la ley nacional del adoptante. Dentro del problema sucesorio se planteaba un segundo problema de Derecho internacional privado, la cualidad de heredero del hijo de un hijo adoptivo premuerto. En efecto para determinar las personas con derecho a suceder, era necesario determinar la validez y legalidad de la adopción[355].

El conflicto surge al precisar cuál es la norma que debe regir la cuestión preliminar: la misma que regula la cuestión principal (ley francesa), o la que determina la norma de conflicto del foro en materia de adopción (ley india); o bien, ¿resulta más apropiado aplicar a la cuestión preliminar la norma de Derecho internacional privado del ordenamiento extranjero que rige la cuestión principal?[356] En el caso planteado, la adopción era perfectamente válida según la Ley de Manú, ley nacional del adoptante y del adoptado, vigente en la India; pero el Derecho material francés prohíbe la adopción cuando el adoptante tiene hijos legítimos en vida.

El Tribunal de Apelación de Saigón confirmando la sentencia del *a quo*, decidió que la cuestión planteada no era la institución jurídica de la adopción, que según el Derecho internacional privado francés se rige por la ley personal. Sostuvo que se trataba de un incidente a la sucesión, de una parte del estatuto sucesorio, el cual estaba sometido al Derecho francés, subordina el estatuto personal al real; y además, la prohibición del Derecho francés era de orden público internacional francés, en consecuencia planteando el problema en su aspecto principal, la Ley nacional estaría descartada por la *lex fori*[357], negando validez a la adopción. La Corte de Casación rechazó el recurso de casación contra la sentencia inferior, a propuesta del Consejero Pilon quien desarrolla ampliamente las mismas ideas de la decisión de la instancia[358].

---

354 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 292.

355 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 407.

356 *Idem*.

357 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 293; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 407

358 El Consejero Pilon, citando la jurisprudencia francesa, interpretaba, sin embargo, de manera diferente que Bartin en su comentario sobre la decisión, enseña que "lejos de admitir en el caso la aplicación distributiva de la Ley francesa y la extranjera, subordina el estatuto personal al real. El art. 357 del Código civil establece la adopción en función de la sucesión, lo que excluye toda disyunción. Además, asimismo hablando *generaliter*, la adopción a menudo, no tiene otro fin que la sucesión. Por otro lado, suponiendo que se tratara de la institución de la adopción como tal, no se podría aplicar la Ley de Manu, normalmente competente conforme al Derecho internacional privado francés, por ser aquélla contraria al orden público internacional francés". Ver: Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 293; Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 129.

De la sentencia resulta que la adopción está juzgada en función del estatuto sucesorio, incorpora el incidente a la *lex causae* y no a la consideración autónoma de la *lex formalis fori*, limitándose la decisión a los efectos del caso concreto planteado en Francia[359].

Entre los autores que comentaron la decisión y la doctrina posterior que clasificaron el caso según parámetros distintos, cabe hacer especial mención a los juristas alemanes[360] quienes hablaban de *Vorfrage* o cuestión preliminar y la entendían como un problema autónomo dentro del Derecho internacional privado. Señalaron que el problema consistía en determinar si cuando ante un tribunal se plantea una cuestión incidental que para éste ofrece algún elemento internacional, debe enjuiciarla por la ley que resulte competente para la regulación de la cuestión principal sólo, por tanto, se plantea el problema cuando la cuestión principal se rige, según el sistema conflictual del foro, por un Derecho extranjero[361]. La doctrina actual la considera como "un problema técnico independiente, con perfil general, aunque incluido en todo un sistema de problemas generales de los que no es posible aislarlo"[362].

La doctrina francesa inmediatamente posterior a la sentencia vio en ella un caso de calificaciones. Ha visto entre ambos conceptos un parentesco bastante íntimo que permite considerar a la cuestión incidental como una especie comprendida en el planteamiento general de las calificaciones[363]. No sólo Bartin, sino Niboyet[364] quien considera el caso como un ejemplo más de la calificación verificado por la *lex fori,* sostenía que el tribunal estaba ante dos reglas de Derecho internacional privado francés, una regulaba las sucesiones de inmuebles por la ley de su situación y, la otra somete la adopción al estatuto personal, cada una de ellas pudo aplicarse separadamente, después de haber sido calificadas por la ley del foro. Este planteamiento del problema a que dio lugar el caso comentado, no resulta extraño dada la amplitud que los autores franceses otorgaron a los problemas de calificación. Pero en Alemania la doctrina ya distinguía varias cuestiones dentro de aquel problema, especialmente, con Rabel, la interpretación de la norma de Derecho internacional privado y la fijación de la parte de la ley extranjera aplicable. Maury estima que la consideración del caso planteado dentro del marco de las calificaciones es correcta sólo en la hipótesis de que para regular la cuestión de fondo sea competente el Derecho material del juez, como ocurría en el asunto del nieto adoptivo; pero que si el Derecho competente fuese el de un tercer Estado, sería poco acertado este planteamiento[365]. En Francia, sólo Maury percibió con claridad desde un principio la situación deducible del caso fallado, considerándola como una figura autónoma.

---

359 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 293.
360 W. Wengler y G. Melchior.
361 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 315; Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 131; Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 294.
362 Aguilar Navarro citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 22.
363 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 284.
364 Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 542.
365 Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 131.

Niederer[366] admite como excepción de la aplicación de las reglas conflictuales del foro, aquellos supuestos en que esta aplicación a una cuestión previa o incidental supusiese dejar de respetar un derecho válidamente adquirido en otro país, según las reglas materiales aplicables en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente. Wolff estima que se trata de un caso análogo al reenvío que se "presenta *después* de la determinación del derecho aplicable, cuestión que cae *dentro* del dominio de interpretación del derecho interno extranjero que rige al caso"[367].

Sin embargo, Melchior, Wengler y Maury[368], plantean que el caso puede encuadrarse dentro de una nueva teoría con tipicidad propia, diferente a la calificación y al reenvío. Sostenían que la cuestión preliminar debía ser resuelta por las normas de conflicto del país cuyo Derecho es competente para la cuestión principal, pues es a través de ella que puede lograrse la armonía internacional de las decisiones judiciales en cada materia[369].

Otros juristas entienden que existe un elemento que puede ser decisivo para resolver la cuestión previa por normas de conflicto diferentes a las de la *lex fori*. Este elemento sería el resultado anómalo al que la rigurosa aplicación del principio de independencia de las normas de conflicto puede conducir, cuando éstas señalen como aplicables un ordenamiento material que declare la invalidez de una situación jurídica constituida regularmente en el país de origen. Entre estos autores se mencionan, además de Niederer, a Makarov y Meijers[370].

Conviene precisar esta figura diferenciándola de la calificación y del reenvío. La cuestión incidental es la más joven de las instituciones generales del Derecho internacional privado, y en un principio se trabajó en su identificación con figuras ya existentes[371]. Aguilar Navarro de cara a la cuestión incidental, indica que se está aún en una fase de consistencia científica, pero de vacilación en cuanto a su verdadera significación positiva, hasta el punto de que se han formulado opiniones muy autorizadas que, sin negar interés al problema, propician su inclusión en categorías ya consagradas en el Derecho internacional privado. Afirma "la cuestión previa sería una especial manifestación de la calificación, un supuesto peculiar de la conexión, una variante del reenvío o una aplicación de la adaptación. La mayor atracción la han ejercido las categorías de reenvío y de la calificación. Los franceses fueron los que desde el comienzo insistieron en su semejanza con la calificación y los alemanes en su parentesco con el reenvío…

366 Niederer citado por Miaja de la Muela en *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1976), pp. 270-281.
367 Wolff, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 197
368 Melchior, Wengler, Maury citados por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1976), pp. 270-271. Ver además a Verplaetse, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., pp. 292ss.
369 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1956), p. 271.
370 Meijers citado por Miaja de la Muela en *Derecho internacional privado…*, ob. cit., (1956), p. 275.
371 Madrid Martínez, Claudia, "Artículo 6. Cuestiones incidentales", en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada…*, ob. cit., Tomo I, p. 256.

Y sin embargo, son cuestiones perfectamente diferenciables"[372].

Wolff encuadra la llamada "cuestión preliminar", denominada mejor "cuestión incidental" dentro del capítulo sobre la aplicación de las reglas de conflicto extranjeras aparte del reenvío, ya que ésta

> surge antes de que el juez haya averiguado qué derecho se tiene que aplicar al caso que se le presenta. Forma parte de la búsqueda del derecho aplicable. Una vez que el tribunal —o por vía del reenvío o sin él— ha determinado qué derecho interno es aplicable, no hay lugar para cualquier otro reenvío. Hay, sin embargo, situaciones en que se presenta una cuestión muy semejante a este problema *después* de la determinación del derecho aplicable, cuestión que cae *dentro* del dominio de interpretación del derecho interno extranjero que rige el caso[373].

La cuestión incidental y el *reenvío*, se asemejan en cuanto que ambas se presentan como hipótesis de aplicación de reglas conflictuales extranjeras. Se diferencian en cuanto que en el *reenvío*, la aplicación de una norma de conflicto extranjera se plantea sucesivamente a la aplicación de la norma del foro, y ambas recaen sobre la misma institución o situación jurídica; mientras que en la cuestión incidental, por el contrario, la posible aplicación de la norma de conflicto extranjera es contemporánea a la del foro, y se aplica a una institución o situación jurídica distinta de aquella sobre la cual actúa la del foro. El reenvío implica la absoluta sustitución de la regla conflictual del foro por aquella que forma parte del sistema extranjero. En la cuestión incidental, entre tanto, actúa como una consecuencia de la norma indirecta del foro con la cual se complementa en una etapa posterior del juicio en que ambas se hacen presentes[374]. Lewald señala "el reenvío implica la sustitución de la regla de conflicto del foro por la de una legislación extranjera… El problema de la cuestión preliminar, por el contrario, surge dentro del marco del orden jurídico competente en virtud de la regla conflictual del foro"[375]. Surge la interrogante ¿qué sucede cuando el juez emplea la solución *lex causae* ante una cuestión incidental? Sustituye su norma de conflicto con la disposición extranjera y nunca llega a aplicar la norma indirecta del foro que regula la relación jurídica que presenta carácter preliminar; en el reenvío, alcanza la norma extranjera a través de la disposición conflictual del foro, sin la cual, "jamás llegaría al ordenamiento jurídico foráneo"[376].

La analogía entre la cuestión incidental y la calificación se observa porque en ambas figuras se trata de precisar el alcance y significación de los contenidos normativos. La cuestión

---

372 Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*. Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 3ª ed., 1982, Vol. I, Tomo II, Parte Segunda, pp. 62 ss.
373 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 197
374 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 22; Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (1975), p. 40.
375 Lewald citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 22.,
376 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 256.

incidental es, al igual que la calificación, una materia de definición e interpretación legal que se subsume en el área de interpretación de aquel Derecho al que le reconozca competencia para solventarla[377]. Verplaetse afirma que "es una pseudo calificación porque aparece con posterioridad a la designación de la ley competente. Sólo hay que puntualizar que no se trata aquí de una interpretación del Derecho material aplicable, sino del carácter de la norma de conflicto incidental, de su determinación como accesoria e inseparable o como distinta e independiente de la norma que rige el asunto principal"[378]. En cuanto a su diferencia con la calificación, Pecourt García precisa que "en tanto que la calificación lo que investiga es la determinación del ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual debe precisarse el sentido y contenido de un concepto utilizado por la norma de conflicto, el problema de la cuestión preliminar lo que trata de fijar es el sistema conflictual determinado que debe designar la norma material aplicable a una cuestión preliminar o previa a la principal"[379]. En el ejemplo de la jurisprudencia francesa planteado, la calificación de la adopción determina la ley material que va a precisar su contenido o significado; pero como cuestión preliminar, la adopción postula la fijación del sistema conflictual que debe resolver su validez como situación jurídica.

La cuestión preliminar se plantea primariamente como un problema de conexión, es decir, un problema de Derecho conflictual especialmente cualificado por su planteamiento; una vez resuelto el problema del sistema conflictual aplicable a la cuestión incidental y determinada la validez del Derecho subjetivo que ella supone, subsiste un segundo problema que tiene por objeto la comparación de conceptos jurídicos pertenecientes a leyes nacionales diferentes. Este segundo momento se presenta como un problema de "equivalencia de conceptos" jurídicos o instituciones. Es este segundo momento que quizás puede considerarse como un caso específico de calificaciones. La "equivalencia de conceptos" tiene por objeto determinar si el concepto jurídico utilizado por la ley material aplicable a una cuestión preliminar tiene el contenido que exige o presupone la ley material que rige la cuestión principal. La calificación lo que hace es subsumir un concepto o una cierta situación jurídica en una determinada categoría, el problema de la equivalencia de conceptos se proyecta respecto de situaciones jurídicas de Derecho interno. La cuestión preliminar antes que problema de contenido conceptual es problema de

377 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (1975), p. 41. Sostiene Garde Castillo que, "desde luego es muy diferente la *vorfrage* de los dos primeros problemas de calificación, es decir, de la interpretación del supuesto de la norma de conflicto y de la determinación de los puntos de conexión empleados por esta norma. Ambas cuestiones sí que se podrían llamar con mayor exactitud previas, ya que son anteriores lógicamente a la designación del Derecho aplicable. En cambio, el tercer problema de calificación, el de la determinación de la parte aplicable del derecho extranjero competente para regular el caso planteado tiene una mayor relación con la cuestión que nos ocupa. También aparece planteado con posterioridad de la ley aplicable en cada caso, pero no atañe a la interpretación de esta ley, sino a la de la norma de conflicto del juez". Ver Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., pp. 131-132.

378 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 295.

379 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 22.

validez de una situación jurídica pretendida[380]. Para Quintín Alfonsín,

> La llamada "cuestión incidental" no es un problema auténtico del funcionamiento del derecho privado internacional. Tanto por su planteamiento correcto como por la solución que merece, este problema se identifica con la calificación cuando la cuestión se presenta antes de la determinación del derecho privado aplicable a la relación llamada incidental, y se identifica con la adaptación cuando se presenta después que el derecho privado internacional mencionado fue de algún modo determinado[381].

En la problemática práctica del Derecho internacional privado, surgen siempre que la ley extranjera competente llama al goce de un Derecho subjetivo a personas investidas de una determinada cualidad jurídica, la de hijo legítimo, adoptivo, cónyuge, de aquí la estrecha relación de esta institución con el respeto a las situaciones jurídicas creadas o derechos adquiridos. Y según sea una u otra norma de conflicto aplicable, nos puede conducir a dos ordenamientos, uno admitirá la condición o cualidad y el otro negará esa condición determinante del Derecho subjetivo en cuestión. También pueden surgir en el campo patrimonial, así la determinación de la existencia y titularidad de los Derechos reales puede constituir una cuestión incidental de asuntos relativos a la responsabilidad no contractual derivada de la vulneración de tales Derechos reales, la doctrina cita como ejemplo la determinación de la autoría de una obra como cuestión incidental a una reclamación por plagio de la misma[382]. Aparece en el problema un encadenamiento y una relación de causalidad de los diferentes Derechos subjetivos en juego, de los que uno es supuesto condicionante del otro, se trata de un nexo de dependencia entre situaciones jurídicas[383].

El planteamiento de la alternativa a la que conduce la aplicación de la norma de conflicto, cuando se está en presencia del goce de un Derecho subjetivo, obedece a que en el funcionamiento de la norma de conflicto sea necesario dilucidar con carácter previo una o varias cuestiones jurídicas, con el fin de establecer la conexión respecto de un supuesto concreto[384]. Sólo en caso de negarse la validez de la relación de que se trate, podrá darse paso a la intervención de la institución de los derechos adquiridos, como excepción a la aplicación de la norma de conflicto competente, sea la propia o una extranjera[385].

---

380 *Ibid*., pp. 17 ss; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., pp. 257-258.

381 Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho privado internacional. Introducción. Elaboración del Derecho privado internacional. Funcionamiento del Derecho privado internacional*, Montevideo, Ediciones Idea, 1982, p. 636.

382 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 235 ss; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 314.

383 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 242.

384 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), pp. 279-280. La cuestión incidental se plantea como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto. En un supuesto de Derecho internacional privado, la aplicación de la norma conflictual competente origina, como primera consecuencia, la designación formal de la ley material aplicable a dicha hipótesis. En muchos casos, la situación sometida a dicha ley material presupone una situación jurídica ya existente. Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 16.

385 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 251.

2. Doctrinas dogmáticas

Ya mencionamos que, en Derecho internacional privado, el problema de la cuestión incidental se origina cuando uno de los elementos de la norma de conflicto supone una situación jurídica constituida, situación que tiene que ser establecida jurídicamente de acuerdo con una ley determinada. Se plantea antes que la cuestión principal porque su solución condiciona y precisa la de ésta última, pero cronológicamente se presenta con posterioridad a la principal, después de un examen previo de la misma.

Esta expresión designa en Derecho internacional privado una dificultad de la materia de los conflictos de leyes. La cuestión principal y la cuestión incidental dependen de sectores de Derecho internacional privado que se encuentran repartidos entre sistemas nacionales diferentes. Rigaux lo expresa de la siguiente manera: "La ley aplicable a la cuestión principal se determina conforme al sistema de Derecho internacional privado del tribunal que entiende del caso, pero en relación al conflicto de leyes que suscita la cuestión incidental, la pregunta que surge es si es preciso mantener el mismo principio o si bien, habrá que remitirse al sistema nacional de Derecho internacional privado designado por la norma de conflicto aplicada a la cuestión principal"[386]. Qué norma de conflicto habrá de utilizarse para resolver el problema de la cuestión previa: ¿la regla de conflicto que el ordenamiento del foro tenga establecida para lo que en el caso aparece como cuestión previa, *lex formalis fori*, o la regla de conflicto que el ordenamiento extranjero reclamado para la cuestión principal tenga establecida para la cuestión previa o preliminar, *lex formalis causae*?

Una vez analizado el problema en torno a la determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión incidental, se limita la posibilidad de soluciones a la alternativa *lex fori* y *lex causae*. La pregunta que surge es cuál norma jurídica resolverá a esta cuestión incidental, este primer momento se presenta como un problema de conexión, cuya solución requiere la elección del sistema de normas de conflicto aplicable a la cuestión incidental. La interrogante planteada por la cuestión preliminar, en cuanto problema sustantivo de la teoría conflictual es, dando por supuesto que la validez extraterritorial de aquella relación jurídica ha de apreciarse según un determinado sistema de normas de conflicto, cuál ha de ser este sistema[387]. Para ello la doctrina presenta diversas soluciones[388]: si se resuelve conforme a la norma de conflicto del foro, o bien se somete al sistema conflictual del Derecho material aplicable a la cuestión principal.

---

386 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 317.

387 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 21; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 321.

388 Pecourt García señala "En un plano puramente hipotético tal cuestión puede solucionarse a partir de: a) la ley material del foro; b) la norma conflictual del foro aplicable a dicha cuestión, que proporcionará la ley material correspondiente; c) la norma conflictual del sistema jurídico al que pertenece la ley material que debe regular la cuestión principal; d) la ley material del sistema jurídico directamente aplicable a la cuestión principal". Estas hipótesis también fueron señaladas por Robertson. Ver: Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 16.

Pero es necesario resaltar que actualmente no se mantienen, ni en uno y otro sentido, soluciones absolutas, pues se dejan abiertas posibilidades a excepciones y casos particulares, dando amplio margen de beligerancia al análisis circunstanciado y al arbitrio del juez. Los distintos ordenamientos jurídicos no suelen contener reglas específicas sobre la cuestión incidental. Pero se observa una tendencia práctica, a escoger aquella tesis que favorece un resultado material que les parezca más justo, *favor filii, favor testamenti, favor matrimonii, favor negotti, etc*. Esta carencia de regulación conlleva el inconveniente de la inseguridad jurídica, pero aporta una ventaja de mayor libertad al intérprete, que aplicando los principios del Derecho internacional privado, puede proporcionar soluciones adaptadas a diferentes supuestos de cuestiones incidentales, pues no todos los casos son iguales, por ello sus soluciones deben especializarse y flexibilizarse.

a. Teoría lex formalis fori

Se nombran como representantes más característicos[389] de esta solución a Raape, Maury, Cheshire, Rabel, Kegel, Goldschmidt, Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo.

El juez que conoce de la cuestión principal, va a aplicar a la cuestión incidental la norma de conflicto correspondiente de su propio sistema de Derecho internacional privado, vale decir, calificará la cuestión incidental en la categoría que le corresponda dentro del cuadro de categorías que le brinda su propio sistema de Derecho internacional privado. Esta norma de conflicto a su vez lo remitirá al Derecho material interno del Estado en cuyo territorio recaiga el punto de conexión[390].

El argumento más sólido a favor de esta posición es que una misma relación jurídica no puede ser regulada por un Derecho material interno o por otro según se presente como cuestión incidental de una u otra cuestión principal, o como relación independiente. La aplicación del Derecho que rige la cuestión principal no debe depender del carácter incidental de la cuestión. La cuestión incidental debe regirse por el Derecho material designado por la norma de conflicto del foro. Al decir de Verplaetse "el derecho aplicable no puede ser distinto según que se presente el problema como principal o incidental: un mismo foro no puede aplicar dos soluciones distintas en casos idénticos"[391]. En los ejemplos expuestos por la doctrina, la validez del matrimonio nunca se regularía por la ley del lugar de la celebración, como establecen las normas de conflicto pues no interesa en sí mismo sino como condición de tales o cuales efectos, este mismo matrimonio sería válido o nulo según los casos, lo cual se opone a la unidad del régimen

[389] Ver a Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 91 ss.; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 269 ss.; Percout García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 11 ss.
[390] Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable…, ob. cit., p. 293.
[391] Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 295-296.

y a la seguridad internacional de las relaciones extranacionales[392]. El Derecho francés atribuye derechos sucesorios a los hijos adoptivos, pero supone que se han cumplido una serie de requisitos formales y materiales en el establecimiento del vínculo adoptivo, si en el Derecho hindú la adopción es un acto informal, poco semejante a la institución tal y como la conoce el Derecho francés, se desvirtúa la voluntad de aplicación del Derecho sucesorio francés[393].

Bajo esta perspectiva doctrinal, se han señalado condiciones de existencia de la cuestión incidental: 1) la cuestión incidental debe ser una cuestión jurídica independiente, susceptible de tratamiento autónomo; 2) la cuestión incidental ha de estar contenida y regulada en una norma de conflicto específica de la *lex fori,* distinta a la que regula a la cuestión principal[394].

Makarov quien acoge esta teoría, entiende que existen elementos que pueden ser decisivos para resolver en algún caso la cuestión previa por reglas de conflicto diferentes a las de la *lex fori*. Uno de ellos es el respeto a los derechos adquiridos y el otro es la nacionalidad cuando se presenta como cuestión previa cuya acreditación debe hacerse siempre con arreglo al Derecho del Estado de cuya nacionalidad se trata. Cree que en algunos casos se deberá recurrir a las normas de conflicto de la *lex causae*, pero no encuentra aceptables los sistemas que algunos autores han propuesto para delimitar los casos de aplicación de esta solución con la que resuelve la cuestión previa por las normas de conflicto del foro. Será el juez quien tenga que buscar en cada caso una solución conforme a la justicia[395].

Para Werner Goldschmidt la teoría de la equivalencia, denominada así por él, se acerca a este planteamiento[396], sostiene que cada causa, preséntese judicialmente a solas, preséntese unida a otras causas con las que forma un conjunto lógico, se rige invariablemente por su propio Derecho que es aquel que el Derecho internacional privado del juez indica.

> La óptica del problema de la cuestión previa consiste en la presentación simultánea de problemas concatenados *todavía no resueltos* por ninguna autoridad, pero no en la presentación del último eslabón de una cadena de problemas oportunamente tratados por autoridades reconocidas como legítimas por las que intervienen en el problema siguiente[397].

Esta solución de la doctrina responde a los principios de independencia y autonomía que caracterizan las normas de Derecho internacional privado[398]. Las razones empleadas para

---

392 Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable…, ob. cit., pp. 292 ss.

393 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 408. Para el autor "El problema que se suscita en el fondo de la cuestión previa se refiere a la sustitución…: si la institución adoptiva hindú no es equivalente a la adopción tal y como la entiende el legislador francés, no integrará el presupuesto de la norma sucesoria del Derecho material francés que atribuye a los hijos adoptivos determinados derechos sucesorios. Si la adopción hindú fuese equivalente a la adopción francesa, sería la ley hindú, y no la ley francesa, la que determinase la validez de la constitución de dicha adopción".

394 *Idem*.

395 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 239; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 320-321.

396 B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 301.

397 Goldschmidt, *Derecho internacional privado*…, (1977), ob. cit., p. 107.

398 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 32.

justificar esta posición se fundamentan en el hecho de que la subordinación de la cuestión preliminar a la cuestión principal no es suficiente para justificar la conexión de la primera a la ley nacional designada por las reglas de conexión del orden jurídico aplicable a la segunda[399]. Esbozan argumentos a la inversa de los empleados frente a la tesis de la solución de la cuestión incidental por la norma conflictual de la *lex causae*[400]: el principio de la armonía material o interna de las decisiones debe prevalecer sobre el de la armonía jurídica internacional, base de la tesis de la aplicación de la norma de conflicto de la *lex causae* a la cuestión incidental, pues garantiza que las cuestiones jurídicas se regularán siempre por la misma ley, bien se presenten de manera aislada o como incidentales o principales. Además potencia la seguridad jurídica, pues el juez interpreta un catálogo único de normas de conflicto para designar la ley aplicable a los casos internacionales, lo cual atiende al principio de exclusividad. Sin embargo, ha sido criticada utilizando el principio de los derechos adquiridos, por su tendencia a desconocer situaciones jurídicas válidamente creadas. por ello se propuso una fórmula según la cual, si la cuestión incidental incide de tal manera que afecta a una situación jurídica que vive dominantemente en el medio jurídico del foro, se otorgará primacía a la solución de la *lex fori*[401].

Tanto la cuestión principal como la cuestión previa son actos jurídicos independientes, fundamentados en ordenamientos jurídicos distintos, y hacer prevalecer al de la cuestión principal sobre el de la cuestión previa que se presente en el caso atentaría contra los principios de seguridad y certeza jurídica.

Para Miaja de la Muela la solución de la cuestión "previa", como la denomina, por las normas de conflicto del foro es la más aceptable y más congruente con el principio de independencia de las normas de conflicto. Parecido razonamiento, pero en términos más enfáticos, emplea Kegel cuando afirma que

> …la cuestión preliminar se debe juzgar *siempre por el Derecho internacional privado del foro* o, *como también se dice a ratos*, debe conectarse independientemente. La armonía interna de las decisiones exige que la cuestión preliminar se someta al Derecho internacional privado del foro. Confiarla al Derecho internacional privado extranjero significa la misma claudicación que calificar por la *lex causae:* entregar el objeto de la conexión al derecho extranjero y abandonar el *gobernalle*[402].

Mientras que para Aguilar Navarro se trata de un problema que presenta múltiples facetas, y en el que sólo mediante examen del caso concreto, tomando en cuenta todos sus

---

399 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 318 ss.

400 *« sans doute, il dépend de la réglé matérielle compétente qu'un problème de conflit se pose, ou non, quant à la question partielle ; mais si ce probléme existe, parce qu'il s'agit alors de conflict, seul le droit international privé du for pout le resoudre »* Maury citado por Pecourt Garcia, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 32.

401 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 254.

402 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 211.

elementos, se puede decidir la solución que sea más conveniente[403]. La profesora Maekelt se inclina por el "enfoque autónomo", por la aplicación de la solución *lex formalis fori* que favorece la armonía interna, pero la solución definitiva deberá responder a las características de cada caso para así lograr su solución equitativa[404].

En el sistema español, aunque no hay una solución expresa a este problema, al precisar la ley aplicable a una situación privada internacional que se presenta, el juez deberá aplicar la norma de conflicto española prevista para tal cuestión, artículo 12.6 del Código Civil[405], pues dicha norma de conflicto es imperativa, no puede ignorarse su aplicación[406], por tanto si la situación privada internacional se presenta como cuestión previa debe aplicarse la solución *lex fori*. La misma conclusión se puede extraer de aquellos sistemas que excluyen la posibilidad de aplicar las normas de conflicto extranjeras[407], como el sistema peruano (art. 2.048 del Código Civil)[408], el sistema de Quebec (art. 3080 del Código Civil)[409], o el brasileño (art. 16 del Código Civil)[410]. El artículo 12.II del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre la celebración y el reconocimiento del matrimonio, sigue esta solución: la cuestión previa se rige por su propia norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto *(lex formalis fori)*, pero si la cuestión principal se rige por el Derecho de un Estado no parte en el Convenio, puede aplicarse a la cuestión previa la norma de conflicto del Estado cuya ley regula la cuestión principal (*lex formalis causae*)[411].

La solución de regular la cuestión incidental de acuerdo con el Derecho internacional privado del foro ha extendido su influencia hasta algunos autores que proponen la idea contraria de regularla de acuerdo a la norma de conflicto del ordenamiento jurídico que resulte aplicable a la cuestión principal. Wolff la admite en calidad de excepción a la regla general, en especial

---

403 Ver a Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 273; Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.

404 B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 301.

405 Art. 12: "1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española. 6. Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español". B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 309.

406 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 237; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 408.

407 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 254.

408 Art. 2.048: "Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho internacional privado". B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 203.

409 Art. 3080: "Cuando en virtud de las reglas del presente libro, resulte aplicable la ley de un Estado extranjero, se tomarán en cuenta las reglas de derecho interno de este Estado, con exclusión de sus reglas de conflicto de leyes". B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 260.

410 Art. 16: "Cuando en los términos de los artículos precedentes, se hubiere de aplicar la ley extranjera, se tendrá en cuenta la disposición de ésta, sin considerar cualquier remisión hecha por ella a otra ley". B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 183.

411 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 239; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 254.

para el caso en que la cuestión preliminar consiste en la validez de un matrimonio: "Indudablemente, sin embargo, hay casos en que tal sacrificio de la armonía interna a la armonía internacional llega a ser intolerable. Supongamos que un matrimonio italiano (Andrea y Berta), casados válidamente según todas las leyes interesadas, esté domiciliado en Inglaterra. Berta obtiene del tribunal inglés un decreto de divorcio según el derecho inglés a causa de adulterio de su marido. Entonces ambas partes se casan de nuevo en Inglaterra". Andrea se domicilia en Italia con Carlota (segunda esposa) y muere intestado dejando propiedad mueble en Inglaterra. El tribunal inglés conoce de una acción referente a la distribución de su propiedad, y según la regla de conflicto inglesa se aplica Derecho italiano, que establece la posibilidad de demandar la tercera parte de la propiedad al esposo superviviente. "La cuestión de si Berta o Carlota, o ninguna es la 'mujer superviviente del fallecido' es incidental, siendo la cuestión principal la distribución de la propiedad de aquél". Si el tribunal inglés tuviera que decidir el caso exactamente como haría el tribunal italiano, su razonamiento sería: el Derecho italiano no permite el divorcio entre súbditos italianos, el matrimonio con Carlota es nulo, en consecuencia Berta permaneció como esposa de Andrea hasta su muerte, aun cuando haya instado proceso de divorcio y se casara de nuevo (válidamente según el Derecho inglés), no la priva de un tercio de los bienes de Andrea[412].

En estas situaciones, continúa, "debe dudarse de si tal razonamiento sería adoptado por el foro. No se puede esperar que un tribunal inglés considere un matrimonio como existente a pesar de un decreto de divorcio que él mismo ha pronunciado y que es completamente correcto"[413].

Otros le conceden una relevancia parcial. Verplaetse explica que al aplicar el Derecho extranjero competente el juez introduce tantas soluciones distintas como sistemas jurídicos extranjeros distintos hay. Si aplica una norma de Derecho internacional privado extranjero, porque la estima comprendida dentro del Derecho aplicable al caso principal, no peca por contradicción si aplica su propia norma, diferente de la extranjera, cuando el Derecho extranjero no es llamado a aplicarse al caso. A su juicio hay que distinguir dos casos prácticamente distintos: a) si el Derecho aplicable al asunto principal es la propia ley del foro, ésta decidirá, por sus propias normas de conflicto, la cuestión incidental, así lo entendieron los tribunales franceses al analizar el caso que dio origen a la discusión doctrinal de la cuestión incidental, sin olvidar que la decisión examina también la solución conforme la *lex formalis fori*, puesto que descarta esta ley personal por motivos de orden público; b) pero si el Derecho aplicable es Derecho extranjero, la cuestión incidental no ostenta los motivos arriba mencionados para la aplicación

412 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 200.
413 *Ibid*., p. 201.

en el asunto de una norma de conflicto del foro, cualquiera sea su forma[414].

Aguilar Navarro afirma que se trata de un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional. La base de la solución puede encontrarse en la intensidad de la relación que la cuestión previa presente con el ordenamiento del foro: si la cuestión previa, incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive dominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, entonces resulta recomendable otorgar primacía a la solución de la *lex formalis fori*, a la armonía interna frente a la armonía internacional[415].

b. Teoría lex formalis causae

Los autores alemanes propusieron como solución más adecuada, la aplicación a la cuestión incidental de la norma conflictual del sistema jurídico material aplicable a la cuestión principal, fundamentándose en el carácter condicionante existente entre ambas. La doctrina alemana que fue la primera en ocuparse del problema de la cuestión incidental como un problema autónomo, insistió más en la idea de condicionalidad establecido entre la cuestión incidental y la principal que en el rasgo de autonomía[416].

La cuestión incidental se subordina y se integra en la principal. El incidente pierde su valor autónomo al plantearse dentro de otro asunto. Lo que es cronológicamente posterior debe lógicamente subordinarse como condición de aplicación de la ley normalmente competente al principal, poco importa que el presupuesto se presente en la forma de una norma de Derecho internacional privado. Esta teoría es seguida por Melchior, Wengler, Lagarde y Wolf[417].

Sostienen que la cuestión preliminar ha de decidirse por la norma de conflicto del ordenamiento que rige la cuestión principal, conectan "dependientemente" con el fin de que la cuestión incidental quede resuelta lo mismo que la decidiría el Estado cuyo Derecho material gobierna la cuestión principal. Está implicado aquí el mismo criterio que preside la justificación del reenvío, el tribunal de un Estado debe decidir el litigio del mismo modo como lo decidiría el tribunal extranjero, queda postulada la armonía internacional de soluciones respecto de los distintos sistemas conectados con el litigio y se evita la escisión del caso[418].

---

414 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp 296 y 297. Afirma que en el caso de la jurisprudencia francesa, *Ponoucannamalle c. Nadimoutoupoulle*, "el juez francés llega a la nulidad de la adopción mientras que, aplicando su norma de conflicto al estatuto, podría llegar a la validez. Pero no hay, a nuestro juicio, perjuicio ninguno, ni contradicción. La realidad es que el juez, en el primer caso, no se pronuncia sobre la adopción sino *sobre la vocación hereditaria* contenida en su complejo de relaciones que forman el estatuto sucesorio donde filiación, adopción, reserva y demás no son problemas independientes". *Ibid.,* p. 297.

415 Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 64-65.

416 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 29.

417 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 295.

418 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 285; Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 211; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 255

Es la concepción estricta de la cuestión previa o preliminar y los requisitos señalados por la doctrina, para que ésta surja son tres: 1) Conforme a la norma de conflicto del foro, la cuestión principal debe quedar regulada por un Derecho extranjero; 2) la designación del ordenamiento aplicable a la cuestión previa, según la norma de conflicto del Derecho extranjero que rige la cuestión principal, debe ser distinto al que resultaría aplicable a dicha cuestión por la norma de conflicto del foro; 3) la solución material a la cuestión incidental debe ser también diferente, pues si ambos coinciden estaríamos ante un falso problema[419].

El primer argumento utilizado para justificar esta tesis es el que Maury denomina de "la competencia indirecta o derivada", según la cual una vez designado el Derecho material aplicable a la cuestión principal por la norma de conflicto del foro, es a ese derecho a quien corresponderá pronunciarse sobre los puntos problemáticos que plantee el litigio, de conformidad con sus propias normas[420].

En vista que la cuestión incidental es un problema de conexión que surge por causa de la principal, a la cual está íntimamente relacionada, le corresponde en consecuencia al derecho aplicable a la cuestión principal el que resuelva el problema de conexión a partir de sus normas de conflicto.

Melchior y Wengler apoyan esta solución fundamentándose en el principio de la "armonía internacional de las soluciones". El primero de ellos argumenta la similitud entre cuestión incidental y reenvío, planteando la cuestión incidental como un problema de aplicación de Derecho extranjero, en ambos la admisión de la aplicación de la norma conflictual extranjera persigue una misma finalidad, conseguir la armonía jurídica internacional de las soluciones. Wengler sin embargo, no encuentra aproximación entre ambas instituciones y radicaliza al máximo el principio de la armonía internacional de las soluciones comparándola con la armonía material interna, pues entre ambas surge un conflicto derivado del problema de la cuestión incidental, el cual debe resolverse a favor del primer principio. En trabajos posteriores admite ciertas excepciones a la aplicación de ese principio, y hace la distinción entre las cuestiones preliminares autónomas y no autónomas, según que constituyan cuestiones susceptibles o no de ser materia de un proceso separado[421].

Wolff también es partidario de esta solución, la cual formula como regla general del siguiente modo: "No las reglas de conflicto del foro, sino las reglas de conflicto contenidas en aquel sistema jurídico que rige la cuestión "principal", deben aplicarse a todas las cuestiones incidentales de las que depende la solución de la cuestión principal"[422]. Justifica la aplicación

[419] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 409-412.
[420] Maury citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 29.
[421] Ver: Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 11 y ss; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 322.
[422] Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 199.

de esta regla, como en el caso del reenvío, en el hecho de que ayuda en cierto grado a conseguir la armonía de decisiones entre los tribunales del foro y los tribunales de uno o más países extranjeros, a pesar de la disonancia interna, y al respecto cita como ejemplo "si una pareja mahometana domiciliada en Inglaterra vive en matrimonio polígamo, esto no será reconocido como un 'matrimonio' cuando se inste proceso de divorcio, pero probablemente será considerado como tal cuestión cuando estén en discusión la legitimidad de los hijos o los derechos de sucesión"[423]. Esta disonancia interna se compra muy cara, y se ve en la precisión de establecer excepciones a su tesis: "De esta manera sucede que la misma cuestión (de validez de un matrimonio particular) pudiera solucionarse de un modo hoy, y de otro diferente mañana. Debe subrayarse, sin embargo, que una falta semejante de armonía prevalece en casos de derecho puramente interno"[424].

La doctrina italiana se ha mostrado simpatizante de esta postura, entre los autores que acogen esta tendencia se encuentran Vitta, Cansachi, Bentivoglio. En el sistema anglosajón se mencionan como partidarios de la aplicación de la solución por la norma de conflicto de la *lex causae* a Robertson y Gotlieb[425].

Lagarde reduce la cuestión preliminar a la hipótesis en que el Derecho material aplicable a la cuestión principal es extranjero, también se fundamenta en el principio de la armonía internacional de las soluciones. La cuestión preliminar es un "problema de articulación de sistemas", que sólo se resuelve aplicando la norma de conflicto del Derecho material que rige a la cuestión principal. Sostiene que cuando la norma de conflicto del foro designa un Derecho extranjero para resolver la cuestión principal se aleja, se desconecta del sistema jurídico del foro: "si el orden jurídico del foro se desinteresa así de la *question principale*, se desinteresa así mucho más de la *question préalable*…, y no tiene más ningún contacto con el derecho del foro"[426].

Además añade como segundo argumento, "la necesidad de respetar la lógica interna del derecho extranjero aplicable a la cuestión principal"[427], pues resolver la cuestión previa a partir de la norma de conflicto del foro sería para este autor, desnaturalizar el Derecho material aplicable a la cuestión principal.

Sin embargo, siguiendo a Wengler, establece una serie de excepciones a esta regla en las cuales, por una especial cualificación de los supuestos considerados, debe aplicarse la norma conflictual de la *lex fori*: si la cuestión preliminar no pierde *circunstancialmente* su contacto con el ordenamiento jurídico del foro, es más aconsejable aplicar su norma de conflicto, esta

---

[423] *Ibid*., p. 200.
[424] *Idem*.
[425] Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 30.
[426] Lagarde, Paul, La règle de conflit applicable aux questions préalables, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, No. 4, p. 468.
[427] *Ibid*., p. 470.

conexión entre la cuestión preliminar y el Derecho del foro puede ser natural, cuando la situación jurídica que se presenta como preliminar ha nacido en el ámbito del Derecho del foro. O bien, artificial, producida por ejemplo, a partir de un exequátur concedido por un tribunal del foro a una situación jurídica creada de acuerdo con el Derecho extranjero. En ambos casos, debe permanecer el vínculo entre la cuestión preliminar y el sistema jurídico del foro a pesar de la aplicación a la cuestión principal del Derecho extranjero[428].

Ante la posibilidad de multiplicación indefinida de excepciones a esta regla, Maury sostiene que "si se acepta como principio, la competencia del Derecho internacional privado del Derecho material de la cuestión principal, es preciso aportar excepciones a esta regla, es decir, encontrar un criterio que permita precisarlas… Hay una dificultad cierta de ponerse de acuerdo sobre un procedimiento de distinción prácticamente simple". Por esta razón, es preferible la solución del problema por el Derecho internacional privado del foro[429].

Entre los argumentos empleados por la doctrina para apoyar esta teoría, además de fomentar la armonía internacional de soluciones, la misma potencia el respeto de los derechos adquiridos, sometiendo la cuestión incidental a la norma conflictual del sistema jurídico aplicable a la cuestión principal, se elimina el riesgo de inadaptación. Entre sus críticas, la doctrina señala que su aplicación conlleva a grandes inconvenientes, pues vulnera el principio de exclusividad e imperatividad del Derecho internacional privado del país cuyos tribunales están conociendo de la controversia; y además se trata de una tesis compleja que provoca gran inseguridad jurídica porque la ley aplicable a una determinada situación varía según dicha situación se presente como incidental o principal[430].

Tanto la cuestión principal como la cuestión incidental son actos jurídicos independientes, fundados en órdenes jurídicos distintos, pues cada acto se celebró conforme a la ley respectiva. Además la norma de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal, que conforme a esta teoría se aplicaría a la cuestión incidental, podría a su vez remitir la regulación efectiva de esta última a un Derecho material distinto al que regula la cuestión principal y que no armonice con éste.

Werner Goldschmidt sostiene que la teoría de la jerarquización es injusta, pues si bien es cierto que nuestro legislador nos manda aplicar Derecho extranjero, quiere que imitemos la probable sentencia del juez extranjero; pero no lo es menos que nuestra sumisión al Derecho extranjero sólo opera dentro del marco del tipo legal, es decir, a la categoría que es objeto de la cuestión principal, pero no a las cuestiones previas a ésta[431]. Con respecto a estas últimas, el

---

428 *Ibid*., p. 479; Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 31.
429 Maury citado en: Garde Castillo, *La "institución desconocida"*…, ob. cit., p. 140.
430 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 237; Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable…, ob. cit., p. 295.
431 Goldschmidt, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1995), p. 106.

mandato que debe cumplir el juez es aplicar la norma de conflicto de su sistema de Derecho internacional privado que corresponda en virtud de la calificación de la relación jurídica, conforme a la reglas que para calificar le impone su propio orden jurídico, y consecuentemente el Derecho material interno a que lo remita dicha norma de conflicto. Y entonces deberá regular la cuestión previa tal como lo haría el juez del Estado cuyo Derecho material resulte competente para regular la cuestión previa[432].

Las razones de la oposición entre estas dos grandes cauces de soluciones aportadas por la doctrina radican en que, para los seguidores de la tesis *lex formalis fori* lo realmente importante es la armonía interna, la uniformidad de las soluciones dentro del propio ordenamiento del foro; para los seguidores de la solución *lex formalis causae*, es la uniformidad de soluciones a nivel internacional, la armonía internacional de soluciones, el mínimo de conflictos.

Cuál de las dos es más importante ¿la uniformidad internacional o la coherencia interna? Es difícil de determinar, porque se trata, por un lado, de un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional; de otro, porque la referencia a la continuidad de las situaciones jurídicas, al respeto de los derechos adquiridos, es muy importante en este problema en el que no es posible olvidar la necesidad de continuidad de las situaciones que afectan a la condición de la persona, la necesidad de seguridad y continuidad respecto de los efectos que puedan derivarse de aquellos actos esenciales en la vida jurídica del hombre[433].

La cuestión incidental supone la existencia de relaciones jurídicas que tienen carácter permanente, que constituyen un *status*, en las que la situación elaborada es fuente y no mera condición de esa situación jurídica, es precisamente la cuestión incidental lo esencial, pues lo que interesa es saber cuáles son los efectos jurídicos de esa condición permanente y que éstos tengan una centralización y una continuidad[434].

Si bien en relación a esta materia cabe utilizar criterios de solución formales, estructurales, consustanciales con la naturaleza formal e indirecta de la norma de conflicto, lo fundamental y esencial es el nexo de dependencia existente entre situaciones jurídicas, de las que una es causa o condición de otra.

Para Carrillo Salcedo y Aguilar Navarro, el ordenamiento jurídico del foro debería sacrificarse en beneficio del Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental es lo fundamental, pero no puede aplicarse esta afirmación en aquellas situaciones en las cuales la cuestión incidental incide en una situación jurídica que vive dominantemente en el sistema del foro, la primacía de éste resulta indiscutible pues la adaptación con el Derecho

[432] Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable…, ob. cit., p. 294.
[433] Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 243.
[434] Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.

extranjero no puede darse. El sistema del foro no puede declarar como nulas situaciones que él mismo constituyó como válidas, ni puede legalizar situaciones jurídicas que él mismo considera absolutamente nulas[435].

No obstante lo anterior, resolver el problema de la cuestión incidental de forma rígida y mecánica, optando por una u otra posición, podría conducir a soluciones injustas, no acordes con los ordenamientos jurídicos involucrados. Si desde un punto de vista práctico para el juez, la teoría de la *lex fori* resulta la más correcta, pues él debe velar por la certeza y por el cumplimiento de la justicia, no sólo formal sino sustantiva del caso concreto, parece más propicio dejar a su discrecionalidad el recurrir a una u otra teoría, tomando en cuenta los criterios establecidos por el legislador y los aspectos particulares involucrados en cada caso. La teoría de la cuestión incidental como mecanismo de escape a la rigidez de la norma de conflicto, puede ser útil en determinados supuestos, ésta ha sido precisamente la solución adoptada por la Convención Interamericana de normas generales (art. 8) y por la Ley de Derecho Internacional Privado (art. 6).

c. Soluciones intermedias

Ante las críticas realizadas y las excepciones planteadas a la aplicación de las dos teorías clásicas, han surgido soluciones intermedias que neutralizan el rigorismo de estas tesis. En primer lugar, la solución basada en el principio del respeto a los derechos adquiridos propuesta por Francescakis, Niederer, Meijers y Makarov. En un segundo lugar, propuestas matizadas. Ya mencionamos a Verplaetse al diferenciar dentro de las cuestiones previas dos casos distintos: Si el Derecho aplicable al asunto principal es la propia ley del foro ésta decidirá por sus correspondientes normas de conflicto, la cuestión previa o incidental. Pero si el Derecho aplicable a la cuestión principal es el de un país extranjero, la *lex fori* no es tan claramente aplicable a la cuestión incidental[436]. A la misma conclusión arriba Aguilar Navarro cuando lo plantea como un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional: si la cuestión previa, incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive dominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, es recomendable darle primacía a la solución *lex formalis fori;* pero si el contacto con el foro es pequeño, accidental y coincidente con la valoración de los ordenamientos extranjeros, habrá que preponderar como más importante al criterio de la uniformidad, de la armonía internacional y aplicar la norma conflictual del sistema jurídico que rige la cuestión principal[437].

---

[435] Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 244; Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.
[436] Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 296.
[437] Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 74; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 254.

Louis-Lucas parte de la consideración de dos hipótesis diferentes, al separar los casos en que la solución afirmativa a la cuestión previa aparezca como fuente de la atribución de derechos subjetivos que se debaten en la cuestión principal, de aquellos otros supuestos en que la solución de la cuestión preliminar es condición, pero no fuente, de aquellos derechos. Partiendo de una solución *lex formalis fori* del problema de conexión de la cuestión preliminar, lo que le interesa al autor es si el Derecho material aplicable a la cuestión incidental puede aplicarse igualmente, por absorción, a la cuestión principal (caso de la situación-condición) o si la cuestión principal puede considerarse lo suficientemente independiente de la cuestión preliminar como para quedar sometida, a partir de la norma conflictual del foro, a un Derecho material diferente de aquel que rige la preliminar[438].

Al principio general que atribuye competencia a la *lex formalis fori* para resolver el problema de la cuestión incidental, se formula la excepción de la doctrina del respeto a los derechos adquiridos. El deseo de evitar resultados injustos o absurdos en la aplicación de las normas conflictuales llevó a un sector de la doctrina a la construcción de la denominada teoría de los derechos adquiridos. El reconocimiento de este principio cede o debilita el rigor de la norma de conflicto del foro respecto de la cuestión incidental. Las razones de técnica jurídica quedan desplazadas por las exigencias de la justicia del caso concreto, la finalidad que se postula en el enjuiciamiento de estos casos es la de asegurar la continuidad en las relaciones privadas internacionales y en los efectos fundamentales de la vida jurídica[439].

Aquí deben considerarse exigencias humanas y buscar soluciones armónicas y justas con las partes involucradas más que atender a consideraciones técnicas. La situación o condición creada válidamente bajo el imperio de una ley competente para el momento de su creación, que produjo derechos y deberes, no puede posteriormente someterse a una ley distinta que decida sobre su validez en un sentido contrario a la ley que la reguló hasta ahora. El resultado anómalo al que conduce la aplicación rigurosa del principio de independencia de las normas conflictuales, puede conducir, cuando éstas señalen como aplicable un ordenamiento material, a que se declare la invalidez de una situación jurídica constituida regularmente en el país de origen. Asimismo, la solución de regir la cuestión incidental por la misma ley a que se sujeta la cuestión principal entraña una profunda injusticia.

Raape, para quien la solución de Melchior de regir la cuestión previa o preliminar por la misma ley que la principal es injusta, ha enfatizado sobre este particular. Todo propósito de solución a la cuestión incidental debe perseguir como finalidad fundamental un resultado justo

---

438 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 34 y 35; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 321.

439 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 290; Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 32-33.

el cual se logra atribuyéndole un sentido de validez plena y universal a los actos creadores de las situaciones que conforman el estatuto personal y que hayan sido realizados de acuerdo a los requisitos formales y sustanciales exigidos por la ley del lugar de su celebración. Los que son padres en vida no pueden dejar de serlo en la muerte, la filiación no debe cambiar, no hay dos matrimonios, dos parentescos, el uno en vida y el otro en la muerte[440].

Francescakis señala que el sistema de conflicto del foro debe ser abandonado para regular la cuestión incidental, pues la situación que origina el problema se ha constituido en el extranjero con apoyo en una ley reputada como competente y sin ningún contacto con el orden jurídico foral. No existe relación de esta situación y la *lex fori,* éste es el elemento sobre el cual descansa la inaplicabilidad de las reglas de conflicto del sentenciador[441].

Francescakis formuló con gran acierto la excepción más importante a la aplicación de la solución por la *lex formalis fori*: se trata de aquellas situaciones jurídicas que han sido creadas en un país extranjero y en él han desplegado sus efectos principales, cuestionándose ahora su validez en otro país como cuestión incidental. Aplicar las normas de conflicto del país que conoce del asunto principal resultaría inconveniente, pues puede conllevar a la invalidez de una situación perfectamente eficaz en otro país. Él justifica que la validez de la situación que se presenta como cuestión incidental debe valorarse atendiendo a las normas de Derecho internacional privado del país en el que la situación se creó y surtió sus efectos principales. Esta solución refuerza la continuidad internacional de las situaciones válidamente creadas en un país y en consecuencia, la seguridad jurídica[442].

Meijers propone un sistema diferente para descartar en ciertas cuestiones previas la aplicación de la norma de conflicto del foro. Cuando el juez se encuentra en presencia de un hecho o comportamiento jurídico realizado en otro país, respecto al que todos los sistemas conflictuales en presencia en el momento de su cumplimiento declaraban aplicable la misma ley material, es posible prescindir de estas reglas. El fundamento de esta solución radica en la necesidad de asegurar el reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, para atender a la "justicia específica" del Derecho internacional privado[443].

Dentro de esta misma posición en cuanto a la necesidad de colocar al respeto de los derechos adquiridos por encima de la exigencia lógica de resolver el problema de la cuestión incidental por el sistema conflictual del foro, debe mencionarse al jurista ruso Makarov, con su

---

440 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 287; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 316-317.

441 Francescakis citado en: Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (1975), p. 38.

442 Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 238-239; B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 301.

443 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 291; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 319; Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 33-34.

"teoría del cambio local de las reglas de conflicto" desarrollada en 1944 y perfeccionada en 1955. En esta última etapa sostiene el jurista que

> …el Derecho internacional privado del foro puede ser excluido cuando concurran tres condiciones: a) Que el Tribunal se encuentre en presencia de una situación jurídica que ha sido creada en el extranjero; b) Que en el momento de constituirse esta relación exista, si no la unanimidad exigida por Meijers, si una mayoría de los sistemas conflictuales en presencia que declaren aplicable la legislación material conforme a la que aquella relación jurídica fue constituida. Si sólo hay en presencia dos sistemas conflictuales, y ambos no declaraban aplicable la misma ley a la constitución de la situación de que se trate, el derecho conflictual del foro no puede ser postergado; c) Que las personas interesadas no hayan podido prever en el momento de constituir aquella situación jurídica, que el tribunal que ahora conoce de ella habría un día que tener que decidir acerca de su validez[444].

La no aplicación de las normas de conflicto del foro sólo puede tener lugar cuando la equidad lo exija.

Makarov llega así al supuesto específico de la cuestión incidental, es decir, al caso para él de aplicación mediata de las normas de conflicto extranjeras, en que, siendo aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro un Derecho extranjero a la cuestión principal, la solución de ésta depende de la que se dé a la incidencia o previa. No encuentra aceptable delimitar los casos de aplicación de esta solución con la que resuelve la cuestión previa por las normas de conflicto del foro[445].

Niederer no admitió los derechos adquiridos como un principio fundamental de Derecho internacional privado. De la misma manera que la excepción de orden público descarta el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, cuando contradice principios morales o jurídicos del foro, también puede exceptuarse de la aplicación de las normas de conflicto del foro aquellos supuestos en los cuales esta aplicación a una cuestión previa o incidental condujese al irrespeto de un derecho válidamente adquirido en otro país, conforme a las reglas materiales aplicables en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente[446]. Se le critica la falta de precisión de cuál será el otro sistema conflictual que sustituirá al del foro cuando éste sea descartado por desconocer un derecho adquirido en el extranjero, y además su fundamento es subjetivo, por cuanto remite a la apreciación del juez la eliminación de las normas de conflicto de su propio país, lo que produce una gran incertidumbre.

La esencia de esta doctrina descansa sobre el principio del respeto a los derechos adquiridos, sometiendo las situaciones válidamente creadas en el extranjero al imperio de la ley competente para su constitución. El fundamento de esta teoría fue recogido por la jurisprudencia

---

[444] Makarov citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 320.
[445] *Idem*.
[446] Niederer citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 318-319.

francesa en Sentencia de la Corte de Apelación de París, de fecha 19 de marzo de 1965, en la cual se limita el ámbito de aplicación de la norma de conflicto del foro a situaciones que tengan algún contacto con ella, no debe intervenir en aquellas situaciones que han sido establecidas en el extranjero.

> El Derecho internacional privado de cada país no tiene poder para pronunciarse más que sobre situaciones jurídicas que han afectado a su esfera de interés. Por consiguiente, el sistema de reglas de conflicto del foro no debe intervenir respecto de situaciones que han sido establecidas en el extranjero; allí se han desarrollado y allí han desplegado y agotado sus efectos, sin presentar vínculo alguno con el foro[447].

B. Las cuestiones incidentales en el Derecho internacional privado y el problema de la cuestión previa

De todas las instituciones generales del Derecho internacional privado es quizá ésta la que tenga más reflejo desde el punto de vista procesal, pues el condicionamiento de la cuestión incidental sobre las modalidades y alcance de la principal, obliga al juez a pronunciarse sobre ella con anterioridad al objeto del juicio[448]. La cuestión incidental no se concibe sino se la vea inmersa en un litigio judicial, es allí donde toma su caracterización. Sólo puede entenderse dentro del "protagonismo judicial" como un elemento puesto en función condicionante de una acción[449]. Es necesario aclarar algunos conceptos en relación con la cuestión previa en el ámbito del Derecho procesal y, particularmente, con la cuestión prejudicial, sin olvidar que en el caso del Derecho internacional privado lo que se plantea, en principio, es un problema de determinación del Derecho aplicable[450].

La principal y la incidental son cuestiones de derecho que ocupan posiciones diferentes en la evolución de un proceso judicial. La cuestión principal tiene que ver directamente con la demanda expresamente formulada, se le llama así al petitorio que constituye el objeto mismo de la acción y en cuyo examen el juez debe verificar si se han cumplido las exigencias de la hipótesis legal. Puede ocurrir que al procesarse el hecho litigioso haya necesidad de entrar a conocer, discutir y resolver sobre cuestiones de derecho que se postulan en el juicio como condicionantes de la acción deducida[451]. Prejudicial es en sentido estricto, aquel asunto que debe resolverse antes que la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia y, entendida así, podríamos encuadrar en tal definición a la cuestión incidental en el Derecho internacional privado. Para que una cuestión tenga tal carácter en sentido propio,

---

447 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 282. La decisión puede verse en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, pp. 85 ss. Ver a Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 254.
448 B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 100.
449 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 281.
450 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 248.
451 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), pp. 280-281.

debe fundarse en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis y cuyo conocimiento corresponda, por disposición de la Ley o por la naturaleza jurídica de la cuestión, en juicio autónomo, a otro tribunal, y la decisión que en ella se tome, habrá de influir en la resolución final a dictarse respecto de la principal[452].

Es cuestión principal la reclamación de alimentos de un cónyuge hacia el otro, la demanda en petición de herencia, la inquisición de paternidad, la acción que persigue la nulidad del matrimonio. Pero puede ocurrir que el cónyuge que se defiende frente a la pretensión alimentaria invoca la nulidad del matrimonio, y el actor que reclama una parte de la herencia se le niega todo vínculo sucesoral con el causante. Estas defensas o excepciones constituyen las cuestiones incidentales que requieren de pronunciamiento en orden a definir la suerte de lo principal[453].

En Derecho internacional privado existe cuestión previa cuando, para regular una relación privada internacional, denominada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente que opera como presupuesto de la anterior (cuestión previa, incidental, preliminar)[454].

La originalidad del fenómeno llamado "cuestión previa" tiene interés si justifica una derogación de la aplicación normal de las normas de conflicto del foro. La cuestión previa se trata entonces como un incidente de la aplicación de la ley extranjera competente que atrae hacia ella la regulación de la cuestión de Derecho internacional privado que suscita la determinación de un elemento de su propia hipótesis. Para que pueda plantearse la cuestión previa como problema de conflicto de leyes, es preciso que la ley declarada aplicable a la cuestión principal por la *lex fori* no sea la ley interna del tribunal[455]. La estructura del problema requiere que la ley aplicable a la cuestión principal no sea la ley del foro, y la cuestión incidental viene a depender de un sector legislativo de conexión diferente al sistema que hace parte el asunto principal[456].

Esta institución da nacimiento a un conflicto de leyes para cuya solución se plantea una doble posibilidad, que consiste en aplicar el mismo principio que vincula a la cuestión principal, o en referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador. Esta doble posibilidad o dicotomía deriva de la conexión de ambos asuntos a diferentes leyes. Existiendo una dependencia en la descripción del supuesto de hecho, y no existiendo normas de colisión diferentes, el legislador ha querido dar al ordenamiento extranjero reclamado la competencia para

---

[452] Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 248.
[453] Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 280; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 249.
[454] Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 235.
[455] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 317-318.
[456] Bonnemaison, Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (1975), p. 38.

regular la cuestión previa como lo estime adecuado. Ha existido un reclamo integral, y el foro, lo que desea es que la cuestión principal se resuelva como sucedería de haberse planteado ante el foro extranjero. También puede darse, que el reclamo al ordenamiento extranjero se hace exclusivamente para la cuestión principal y que, por lo mismo, el foro conserva la competencia general que es la nota característica[457].

Para que exista un problema de cuestión incidental en sentido estricto, en Derecho internacional privado se requiere la presencia de tres condiciones: a) La cuestión principal debe estar gobernada, a requerimiento de la norma de conflicto del foro, por algún ordenamiento extranjero, pues si resulta aplicable la ley del foro, no sería necesaria la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual de este Derecho[458]; b) La cuestión subsidiaria o accesoria contentiva de elementos extranjeros deviene como cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia; c) La norma de conflicto competente para determinar la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal. Estas condiciones resaltan un elemento decisivo para la caracterización de la figura en estudio, la referencia a la norma indirecta extranjera[459].

La exigencia de estas condiciones condujo a la doctrina a afirmar que el caso que dio origen a la discusión doctrinal de la cuestión previa, *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle*, no constituyó una verdadera cuestión incidental relevante para el Derecho internacional privado. Así, en primer lugar, la cuestión principal resultó regulada por el Derecho del foro, Derecho francés, y para la cuestión incidental, el juez recurrió a una norma de aplicación necesaria (la decisión francesa alegó orden público francés) y no al sistema conflictual[460].

Es necesario precisar con mayor profundidad los *dos momentos de la cuestión incidental,* ya mencionados someramente en las nociones preliminares de este capítulo: Primero, como situación jurídica cuya validez debe resolverse, después, como concepto que debe encajarse en la ley material aplicable a la cuestión principal. Una vez determinada la norma de conflicto aplicable a la cuestión preliminar, la aplicación de la misma conducirá a un determinado sistema material, de acuerdo con el cual deberá resolverse. Si se resuelve por la misma ley que regula la cuestión principal no habrá problemas. El problema surge si la cuestión incidental ha sido resuelta favorablemente, en el sentido que la ley material aplicable a la misma reconoce su validez, ahora se tratará de determinar si esa validez o ese *status,* entendido como concepto jurídico y no como situación jurídica, corresponde o coincide con el concepto de *status* empleado por la norma material aplicable a la cuestión principal[461].

---

457 Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.
458 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 410.
459 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 281.
460 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., pp. 252-253.
461 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 18 ss.

El primer problema es un problema de conexión, es decir, un problema de Derecho conflictual, identificar la ley material aplicable a la determinación del concepto prejudicial; el segundo problema se plantea como un problema de equivalencia de conceptos y surge una vez resuelto el primero, tiene por objeto la "comparación de conceptos jurídicos pertenecientes a leyes nacionales diferentes". Rigaux lo denomina problema de sustitución[462]. Por ello se señala que toda cuestión incidental contempla una situación de Derecho internacional privado doble[463].

1) En cuanto al primer problema de determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión preliminar, se suscita cuando uno de los elementos de la norma de colisión supone una situación jurídica constituida, situación que tiene que ser establecida jurídicamente de acuerdo con una ley determinada. La cuestión incidental surge por causa de la principal, y ésta queda limitada a la primera en cuanto que su solución depende de la cuestión incidental. Se trata pues de situaciones complejas, en las que la relación entre las situaciones jurídicas que la integran se caracteriza por la interdependencia que establece entre una y otra[464].

En este primer momento, la cuestión incidental se presenta como un problema conflictual, que exige la determinación de la norma de conflicto aplicable. La validez extraterritorial de la situación o relación jurídica debe ser apreciada según un determinado sistema de normas de conflicto, pero ¿cuál será ese sistema?

La cuestión preliminar se plantea siempre respecto de una principal cuya regulación fija la *lex fori.* La norma de conflicto del foro es la que va a determinar la legislación material que va a regir a la cuestión principal. Como consecuencia de esto, dos supuestos se suscitan alternativamente derivados de la aplicación de la norma de conflicto del foro: la cuestión principal queda sometida a la propia ley material del foro, o bien se somete a un Derecho material extranjero. ¿puede plantearse en ambos supuestos una cuestión preliminar? La concepción tradicional de la cuestión incidental parece extender la hipótesis de ésta a ambos supuestos. En este sentido, es muy significativo el hecho de que el caso concreto que sugirió a los autores alemanes la cuestión preliminar se planteara respecto de una cuestión principal a la que era aplicable la ley material del foro, el célebre caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutaupoulle*[465].

La doctrina aparece de nuevo dividida. Verplaetse diferencia ambos supuestos como base para ofrecer soluciones distintas[466]. La corriente francesa reduce el problema de la

[462] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 367.
[463] Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 27.
[464] Kegel y Serick la consideran como un supuesto autónomo condicionante, expresión adoptada por Pecourt, pues el calificativo de autónomo la define sustancialmente, mientras que el término *condicionante* se refiere a su precisión circunstancial, en cuanto planteada con carácter previo y determinante respecto de la principal. Ver al respecto el artículo de Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 24.
[465] *Ibid*., p. 25.
[466] Diferencia dentro de las cuestiones previas dos casos prácticamente distintos: Si el Derecho aplicable a la cuestión principal es la propia ley del foro es ésta la que decidirá por sus correspondientes normas de conflicto, la cuestión previa o incidental; pero si el

cuestión incidental a la hipótesis en la que el Derecho material aplicable a la cuestión principal es extranjero, se mencionan a Francescakis, Rigaux y Lagarde. En el fondo esta posición responde a la antigua teoría francesa que redujo el problema a una cuestión de calificación. Para Pecourt García "esta posición no debe aceptarse porque puede suceder que la cuestión principal se encuentre sometida a la ley material del foro. Lo que sí podrá presentarse como un problema de aplicación de ley extranjera es el problema de la *sustitución,* cuando la cuestión principal se decida por una ley material del foro y la incidental por una norma material extranjera"[467]. Y afirma que "La cuestión incidental, como verdadera cuestión de Derecho internacional privado, autónoma en sí, aunque condicionante respecto de la principal, se presenta independientemente del Derecho material aplicable a la cuestión principal"[468].

Como ya se afirmó *supra*, en Derecho internacional privado para que se genere una cuestión incidental es necesario que entre las tres condiciones que deben concurrir, la cuestión principal esté gobernada, por el juego de la norma de conflicto del foro, por un Derecho extranjero, pues si resulta aplicable la ley del foro no sería preciso la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual de este Derecho[469]. En este sentido, Lagarde expresa que cuando la cuestión principal queda regulada por la ley material del foro, no cabe duda que la cuestión preliminar debe también quedar regida por ella. Han de quedar excluidas de esta teoría, todas aquellas cuestiones que se presenten como previas de una relación jurídica regulada por la *lex fori*[470].

2) El segundo momento es el denominado problema de la *sustitución* o de la equivalencia de conceptos jurídicos empleados en dos leyes materiales, que conduce a la armonización de normas pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes. Es la naturaleza del "lazo" establecido por el sistema conflictual entre las dos normas de Derecho material lo que da origen a un problema específico: La verificación de la equivalencia de dos conceptos jurídicos de los que uno pertenece a la hipótesis de la norma jurídica aplicable a la cuestión principal, mientras que el otro, se configura por un sistema jurídico diferente. En este momento habrá que determinar hasta qué punto una situación configurada de una forma determinada por el Derecho extranjero puede ocupar el lugar de la situación prevista por la norma jurídica aplicada por el juez a la cuestión principal[471].

Derecho aplicable a la cuestión principal es el de un país extranjero, la *lex fori* no aparece tan claramente aplicable a la cuestión incidental. Ver a Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 296-297.

467 Ver: Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 25 ss.

468 *Ibid*., p. 27.

469 Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 281; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 410; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 252.

470 Lagarde, La règle de conflicto applicable aux questions préalables…, ob. cit., pp. 464-465.

471 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 370.

El problema de la equivalencia de la institución que funciona como incidental en un caso concreto y la correspondiente institución del Derecho aplicable a la cuestión principal, se plantea cuando una vez determinado por cualquiera de las dos vías aceptadas el Derecho material aplicable a la cuestión incidental, no resulta ser el mismo competente para regir la cuestión principal[472].

La sustitución o la equivalencia de conceptos fue vislumbrada por Wengler, para quien el problema se presenta como un caso particular de una cuestión general: la de la formación del contenido de conceptos prejudiciales. La identificación de conceptos del mismo nombre utilizados por reglas jurídicas distintas, puede aceptarse *a priori*, basta la coincidencia abstracta de los conceptos para que sea aceptable la presunción de identidad del contenido de los mismos. Dichos conceptos se presentan como "conceptos-cuadro", en los que normalmente entran o encajan los proporcionados por leyes distintas. Pero puede suceder que dicha identificación a priori no pueda aceptarse, él cita aquellas situaciones que constituyen los casos específicos de sustitución planteados en la relación cuestión principal-cuestión incidental. En estos supuestos

> debe darse cierta analogía entre la situación supuesta (la preliminar) y la que se va a producir (principal). Se requiere la *construcción* del concepto prejudicial a partir de los contenidos diferentes. Sólo cuando los efectos y condiciones de la situación designada por el concepto utilizado en la norma aplicada a la *Vorfrage* coincidan con los efectos y condiciones contenidos en el concepto adoptado por la ley que rige la cuestión principal, podrán identificarse ambos. De lo contrario, los conceptos utilizados por la norma aplicada a la *Vorfrage* serán conceptos "inaptos"[473].

Raape considera que la sustitución constituye un supuesto específico del problema de la adaptación, entre el concepto proporcionado por la ley material aplicable a la cuestión incidental y el utilizado por la válida para la cuestión principal, adaptación que debe realizarse a partir del contenido de este último. Si los efectos y condiciones determinados por éste se dan en aquél, el concepto de la cuestión incidental podrá encajarse en el supuesto de la cuestión principal. De lo contrario, aquél no podrá surtir los efectos atribuidos por la norma aplicable a esta última[474].

Cansacchi también apoya esta tesis de identificar el problema de la sustitución con el de la adaptación, pero propone una solución diferente a la de Raape. La adaptación debe lograrse a partir de un complejo procedimiento, desenvuelto en fases sucesivas de "comparación", "equivalencia", "sustitución" y "adaptación" propiamente dicha y, no dando preferencia al concepto utilizado por la norma aplicable a la cuestión principal. Maury parece mantener la misma idea, habla en estos casos de un fenómeno de adaptación dirigido a la "formación de un concepto de derecho material"[475].

---

[472] Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 258.
[473] Wengler citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 54.
[474] Raape citado en Pecort García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., pp. 54-55.
[475] *Ibid*., p. 55.

Rigaux distingue entre el problema de calificación, adaptación y el de la sustitución: los tres afectan a la aplicación distributiva de varias leyes nacionales a la misma situación. Lo que se llama "conflicto de calificaciones" tiene como objeto la dificultad de elegir entre los ordenamientos jurídicos aplicables a la misma situación, las disposiciones de Derecho material cuyos efectos jurídicos respectivos deben ajustarse de tal forma que alcancen los objetivos considerados por las normas de conflicto correspondientes. La "adaptación" es la solución dada a un falso problema, los cúmulos y las lagunas que suscita la mecánica de las calificaciones preestablecidas. La determinación del "concepto prejudicial o sustitución" tiene un contenido específico; conduce a la equivalencia de los conceptos de Derecho material. Las competencias respectivas de las dos leyes en presencia están, en principio, claramente repartidas: una se pronuncia sobre el efecto jurídico reclamado a título principal y corresponde a la otra verificar si la situación particular cumple las condiciones a las que este efecto queda subordinado por la primera ley. Teniendo lugar después de que la aplicación de las normas de conflicto de leyes ha permitido identificar en uno de los dos ordenamientos jurídicos las normas de Derecho material pertinentes, la determinación del concepto prejudicial supone que la elección de estas reglas, tradicionalmente imputada a una operación de calificación, se ha hecho[476]. Su solución se aproxima a la de Wengler y Raape, pues Rigaux considera que en principio corresponde a la ley material aplicable a la cuestión principal determinar si el concepto proporcionado a la cuestión incidental puede admitirse como equivalente al que aquella utiliza[477].

Pecourt García afirma que la "sustitución" es posible cuando el sistema de acuerdo con el cual ha sido proporcionado el concepto que designa la situación planteada como *Vorfrage*, atribuye a dicho concepto el efecto que al mismo reconoce la ley material que va a regir la cuestión principal. El concepto adopción de la ley material A podrá "sustituir" al que utiliza la ley B cuando el sistema jurídico A reconozca al concepto "adopción" los efectos sucesorios que el sistema B atribuye al mismo. En tal caso, reconocida la situación jurídica controvertida por ambos sistemas pero expresada en uno y otro por conceptos "no equivalentes", determinados efectos atribuidos unilateralmente por uno de los dos órdenes jurídicos podrán ser "encajados" en el otro y al fin reconocidos a partir del procedimiento general de adaptación[478].

El principio de la equivalencia de instituciones, que se logra a través de la calificación funcional, tiene una importancia relevante junto a la transposición en los supuestos específicos de sustitución. La "transposición de instituciones", que se fundamenta en el principio de "equivalencia de instituciones", tiene como fin último transportar o transponer una institución extranjera a otra conocida en el foro, con el fin de garantizar su continuidad y reconocimiento,

476 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 369.
477 *Ibid*., p. 367.
478 Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 60.

resulta necesario que ambas instituciones guarden la suficiente correspondencia. La sustitución, como mecanismo de la calificación funcional, es empleada para obviar los problemas de adaptación entre las normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes que rigen, la cuestión incidental y la principal[479].

Es posible que en aplicación de las normas de conflicto de un sistema, la sucesión se rija por la ley material del foro y la filiación adoptiva de un pretendido heredero se rija por una ley material extranjera. La sucesión es la cuestión principal y el establecimiento de la filiación adoptiva la cuestión previa. En opinión de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, si en el Derecho extranjero la adopción es un acto informal, poco semejante a la institución tal y como la conoce el Derecho del foro que conoce del asunto principal, se desvirtúa la voluntad de aplicación del Derecho sucesorio del foro, la coherencia de su regulación como conjunto normativo que atiende a una institución que, a su vez, afecta a un cúmulo de relaciones jurídicas diversas, estrechamente interconectadas. En este sentido, si la institución adoptiva extranjera no es equivalente a la adopción tal y como la entiende el legislador del foro, no integrará el presupuesto de la norma sucesoria del Derecho material del foro que atribuye a los hijos adoptivos determinados derechos sucesorios, la solución del caso vendrá dada por la negación de tales derechos. Pero si la sustitución es posible, el resultado es el contrario[480].

En consecuencia, se suscita un problema de equivalencia de instituciones, que ha de ser resuelto a través de la denominada técnica de "sustitución" que equivale al término de transposición aplicado al problema de la cuestión incidental.

Si se acepta la sustitución como un supuesto especial de adaptación, los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea deben resolverse teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad y la justicia material en el caso concreto. Ésta es la solución que ofrece el sistema venezolano en las normas contenidas en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales y en el artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado que regula la adaptación. Así el intérprete jurídico tiene a su disposición las herramientas necesarias para darle solución adecuada al problema de la sustitución en la cuestión incidental[481].

[479] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 344-345.
[480] *Ibid*., pp. 345-346.
[481] Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 260.

C. Las cuestiones incidentales y la necesaria armonización de distintos Derechos materiales

A pesar que la doctrina se ha visto atraída por la idea de aplicar las normas de conflicto del foro a la cuestión incidental, por considerarla la más aceptable y la que resulta más conveniente en el sentido de técnica jurídica para el juez que debe conocer de la controversia, simbolizado en el principio de independencia de las normas de conflicto, y aunque resulte evidente esta solución en el orden positivo, en el terreno del *iure condendo,* en el procesamiento de la cuestión incidental no hay lugar a doctrinas dogmáticas y monolíticas, a soluciones mecánicas con pretensión de validez general. Se trata de un problema que presenta múltiples facetas y en el que sólo mediante el examen del caso concreto se puede decidir la solución que sea más conveniente, especialmente en los elementos de conexión relacionados con la situación jurídica debatida.

La cuestión incidental posee un carácter propio que le viene dado por el conjunto de elementos estructurales y funcionales, por los factores individuales que en ella se involucran para determinar un tipo de solución particular a cada caso, que no pueden reducirse a tipos fijos y cerrados, a soluciones dogmáticas o teóricas, sino por el contrario a soluciones de aproximación, soluciones realistas que den cabida a la justicia y a la valoración del carácter humano de las relaciones consideradas.

No se trata de insistir en el principio de la armonía internacional de las soluciones para demostrar que, en ciertas hipótesis, la designación del Derecho aplicable a los supuestos de la vida privada internacional no corresponde a las reglas de conflicto del foro. Hay que tener presente por un lado, la tesis sobre la inaplicabilidad de las normas de conflicto del foro para aquellas situaciones que han sido adquiridas en el extranjero sin conexión alguna con dichas normas. Pero de otro lado, la aparición dentro de la problemática del Derecho internacional privado de los nuevos conceptos acerca de la "toma en consideración de las reglas de conflicto extranjeras", que en el caso específico de la cuestión incidental conduce a la idea de la coordinación entre todos los sistemas implicados en un caso de conflicto, lo que obliga a la ponderación respecto de todas las conexiones relevantes a la situación en presencia.

Se procura saber "si los sistemas de Derecho internacional privado pueden ignorarse completamente los unos a los otros, o si pueden, por el contrario, tomar en consideración ciertas disposiciones de sistemas extranjeros"[482]. Y ratificamos la posición de Aguilar Navarro al decir que se trata de un problema de grado, de "internacionalización de la relación privada", si la cuestión previa incide de tal manera que afecta a una situación jurídica que vive dominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, se otorgará primacía a la solución de la *lex fori*, pero si el contacto con el foro es mínimo con la valoración de los ordenamientos extranjeros

[482] Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (2005), p. 292.

habrá que atender a la solución de la *lex causae*[483].

La aplicación de la teoría de las cuestiones incidentales debe conducir al respeto de aquellas situaciones adquiridas en un sistema extranjero de Derecho, situaciones que por lo general son materia de estado de las personas. Debe tomarse en cuenta la estabilidad del estado de las personas y el carácter accidental de la intervención del tribunal que conoce del litigio cuando la situación de las partes se ha consolidado gracias a la actuación de un sistema de Derecho extranjero competente en un tiempo anterior de la vida de los interesados, y es a lo que Rigaux señala como una dimensión abandonada frecuentemente en materia de conflictos de leyes, que es la del tiempo[484].

Si unos extranjeros han adquirido el estado de cónyuges, o bien de hijo legítimo, o de divorciado según el Derecho material de la *lex fori*, en el caso de que un efecto accesorio de este estado conlleve a la aplicación de una ley extranjera por la norma de conflicto del foro, la pregunta que tendríamos que formularnos es si sería necesario que el juez declarase nulo el estado adquirido en su propio ordenamiento jurídico porque esa sería la solución al aplicar la norma de conflicto del Estado cuya ley regula a la cuestión principal. La respuesta sería que la cohesión del sistema del foro y la armonía jurídica interna de soluciones excluyen la suspensión de la validez de tal estado, aun cuando fuese una cuestión incidental, en la aplicación de la ley extranjera declarada aplicable a la cuestión principal[485].

En el ejemplo empleado por Rigaux, un matrimonio concluido en 1949 por una austríaca con un militar británico, celebrado en Schönbrunn ante un funcionario de las tropas británicas de ocupación, esta unión era válida según la ley inglesa, ley nacional del marido pero nula según el Derecho austríaco. Para decidir sobre la acción alimenticia ejercitada por la esposa abandonada, el Tribunal Supremo de Austria decidió que esta acción regida por la ley inglesa, ley nacional del demandado, encontraba su causa en un matrimonio válido según el Derecho inglés. La teoría de la cuestión previa permite reconocer efectos civiles a tal unión, aun cuando deba considerarse nulo según del Derecho del tribunal que entiende del caso. Se trata de una aplicación excepcional de la norma de conflicto extranjera, fuera de la hipótesis del reenvío y "tanto más atrevida" en cuanto que se interpreta como el reconocimiento de un derecho adquirido en el extranjero[486].

Dos son los rasgos que definen el perfil de la cuestión previa, preliminar o incidental, el constituir por sí misma una cuestión de Derecho internacional privado y el venir conectada, con carácter previo-condicionante, a una cuestión principal. Como situación jurídica considerada

[483] Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.
[484] Ver: Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 324.
[485] *Ibid*., p. 320.
[486] *Ibid*., p. 324.

en sí, se presenta como "una situación jurídicamente ya establecida"; atendiendo a su segundo rasgo, o sea adjetivada como preliminar o previa, su planteamiento surge indirectamente en función de la principal. En este sentido, la idea de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos ha sido reforzada con la necesidad de evitar las llamadas "situaciones jurídicas claudicantes". Es así como la cuestión incidental debe analizarse no sólo a partir de su perfil específico, sino también como problema de Derecho internacional privado, es decir, como problema de conflicto de sistemas[487].

No hay en la doctrina una respuesta definitiva. El ordenamiento jurídico del foro debe sacrificarse en aras de preservar y salvaguardar el Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental, previa o preliminar es fundamental, cuando supone la existencia de relaciones jurídicas con carácter permanente, "en las que las situaciones elaboradas son fuente y no mera condición de la situación jurídica a elaborar"[488]. Pero tal circunstancia no debe darse cuando la cuestión incidental influye de tal manera sobre una situación jurídica que se origina o desarrolla en el sistema del foro, con lo cual la aplicación de la solución aportada por éste es indiscutible y más aún necesaria pues la cooperación y adaptación con el Derecho extranjero no es posible. De allí la estrecha relación de la institución que analizamos en este capítulo con el respeto a las situaciones válidamente creadas.

D. Sistema venezolano

En el sistema venezolano no existía regulación alguna en materia de cuestión incidental, hasta la ratificación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado que la recogió en el artículo 8, de idéntica redacción a la norma contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado, sólo que emplea el término "leyes" y no "derecho". En este instrumento se consagró la institución en el continente americano, pues ni los Tratados de Montevideo ni el Código Bustamante contienen disposiciones que la contemplen[489]:

> Artículo 8: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

Los problemas planteados por las cuestiones incidentales, previas o preliminares, no fueron resueltos por la Convención, el proyecto argentino se inclinaba por las normas de Derecho internacional privado de la *lex fori*[490], pero la Comisión acogió la propuesta venezolana

---

[487] Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar…, ob. cit., p. 46.

[488] Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 123.

[489] B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 37; B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 302; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 260.

[490] La propuesta argentina se concibió en los siguientes términos: "Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplicables según las normas de Derecho internacional privado del juez de

con el solo propósito de consagrar su autonomía de tratamiento, ante la ausencia de consenso a favor de alguna solución de fondo[491]. Werner Goldschmidt al reiterar la propuesta de su delegación (Argentina), hizo el comentario siguiente: "…el precepto propuesto por Venezuela y que se discutió en el grupo de trabajo, no acepta francamente ninguna de las dos teorías, pero se inclina sin duda alguna a favor de la segunda de ella, o sea, la de la jerarquización". Maekelt afirma que la fórmula adoptada no impone al juez ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo con la norma indirecta del foro (*lex fori*) o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal (*lex causae*) y, a pesar de su innovadora fórmula, parte de la doctrina estima que en el futuro debe estudiarse la necesidad de perfeccionar la fórmula empleada para dotarla de claridad y efectividad[492]. La expresión "de acuerdo con la ley que regula" debe entenderse como referencia a la norma de conflicto pertinente, salvo que se trate de una cuestión incidental de carácter material[493].

En atención a las situaciones en las cuales el Derecho extranjero competente ampara un derecho subjetivo a personas investidas de una determinada cualidad jurídica y, a la importancia práctica de la cuestión incidental, se determinó su inclusión en la reforma al Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963/65 en una norma que regulara tal institución[494], reforma que se realizó en las reuniones nacionales de profesores de Derecho internacional privado que se llevaron a cabo entre 1995 y 1996[495].

La Ley de Derecho Internacional Privado regula en su artículo 6, por primera vez en Venezuela, la institución de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado, institución de naturaleza distinta a la cuestión previa del procedimiento interno, en los términos siguientes:

> Artículo 6: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última.

---

la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable". Ver: "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", en: Parra-Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 474.

491 Ver: "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América…*, ob. cit., p. 421.

492 B. de Maekelt, *Normas Generales de Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., pp. 172-173.

493 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 261.

494 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 36.

495 Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 261; Parra-Aranguren, Gonzalo, Los Trabajos Preparatorios de la Ley venezolana 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*…, ob. cit., Vol. I, p. 175 ss.

La redacción de la norma permite afirmar que la fórmula adoptada se inclina hacia la aplicación de la *lex causae*, pero la aplicación de esta solución no es obligatoria[496]. La disposición no obliga al juez a tomar ninguna de las soluciones tradicionales en la materia, es decir resolver la cuestión incidental de acuerdo con la norma de conflicto del foro o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal; le confiere libertad y suficiente discrecionalidad para poder separarse de una u otra de las alternativas, cuando su aplicación conlleve a resultados injustos o contradictorios. La elección de cualquiera de las soluciones atenderá a la consecución de la justicia material y la equidad del caso concreto.

Pocas son las legislaciones nacionales que han consagrado esta institución, la Ley italiana contiene un precepto referente a la cuestión incidental, que ellos denominan cuestión previa, pero no prevé soluciones expresas al respecto, sólo se limita a señalar que "El juez italiano conoce, incidentalmente, de aquellas cuestiones que, aun no estando dentro de la jurisdicción italiana, su solución es necesaria para resolver la demanda principal" (art. 6)[497]. El Código Civil mexicano (1993) contiene una norma semejante a la de la Ley y la Convención[498].

En el procesamiento de la cuestión incidental no hay lugar a la aplicación de soluciones monolíticas, no existe un criterio absoluto, porque acogiéndome a las ideas de Aguilar Navarro, Carrillo Salcedo, Verplaetse, Francescakis, por un lado, se trata de un problema de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional, de la intensidad de la relación que la cuestión previa presente con el ordenamiento del foro; de otro por la referencia a la continuidad de las situaciones jurídicas, al respeto de los derechos adquiridos[499]. La Ley venezolana se adapta a las más modernas tendencias, al no atar al juez con una solución rígida, sino que más bien le permite aplicar la que más favorezca a la solución equitativa del caso concreto, he aquí el carácter valorativo de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado[500].

IV. Adaptación

A. La adaptación

1. Nociones preliminares

El axioma *diversitas fori non debet meritum causae vitiare*, como expresión de un *desiderátum* clásico, el de la armonía internacional de soluciones, durante mucho tiempo se apoyó

[496] B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 37.
[497] Ley Italiana de Derecho internacional privado. Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 421.
[498] Código Civil mexicano, art. 14(V): "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última". Ver en Madrid Martínez, "Artículo 6. Cuestiones Incidentales", en: T. B. de Maekelt / I. Esis Villarroel / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado Comentada*…, ob. cit., Tomo I, p. 262.
[499] Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 74.
[500] Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 124.

en la aplicación de una sola ley a cada supuesto de tráfico externo. Respecto de una relación privada de carácter internacional existen varios derechos que, eventualmente, manifiestan vocación reguladora y hay que seleccionar uno de ellos. El mito de la ley única se arraigó en la tradición básica del conflictualismo. Esta idea nace en la misma base del planteamiento de Savigny, la ley rectora ha de buscarse en función de la relación y no de las normas. Pero las instituciones en las que las relaciones encuentran su asiento sólo dan su auténtica medida de coherencia en el escenario del sistema jurídico en el que se coordinan, por ello, mezclar normas pertenecientes a distintos ordenamientos puede conducir a resultados indeseables. Esta razón sería suficiente para explicar por qué es mejor aplicar uno solo de ellos, pero difícilmente podemos afirmar que un mismo asunto reciba la misma solución en cualesquiera de los foros en los que pudiera suscitarse.

En el Derecho internacional privado los problemas de coordinación entre los diversos ordenamientos jurídicos estatales aparecen en buena medida en el momento de la aplicación de las normas de conflicto y, correlativamente del Derecho material por ellas reclamado. Dicha coordinación es necesaria para satisfacer uno de los objetivos esenciales de esta disciplina, cual es asegurar la armonía y la continuidad de las relaciones jurídicas en las transacciones privadas internacionales, a pesar de la diversidad de los Derechos en presencia.

El método conflictual tal como fuera enunciado por Savigny, que en términos más actuales puede definirse como un procedimiento basado en la localización de las relaciones jurídicas, ha demostrado a lo largo de la historia su imposibilidad para prever todos los supuestos en que las normas jurídicas extranjeras designadas por la norma de conflicto tengan necesidad de adaptarse a la legislación del foro. También ha exteriorizado la variedad de los correctivos funcionales materiales en el proceso de aplicación de dicha norma que han ido apareciendo con la puesta en práctica del denominado procedimiento de atribución y que no pueden ocultar una tendencia manifiesta a la aplicación de la *lex fori*, aunque pretendan cumplir con las exigencias de la justicia material frente a la previsibilidad.

La moderna codificación interna e internacional han ido llenando paulatinamente las imprevisiones del método conflictual clásico, una muestra es la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que pese a contemplar distintos procedimientos de solución de los problemas relativos a la ley aplicable, se decanta por una posición predominantemente conflictual. Ello justifica el amplio tratamiento deparado a los denominados problemas de aplicación de la norma de conflicto, que se regulan esencialmente en los artículos 1 al 10. La Ley se adapta así a las nuevas corrientes del método neoclásico conflictual que el sistema venezolano acoge, y su filosofía responde al convencimiento de que en el método conflictual tiene que prevalecer el logro de la justicia material frente a la justicia formal, es decir, la justicia del caso y no del sistema. La ley ofrece una serie de elementos que facilitan la búsqueda del Derecho que

permitirá una solución equitativa, especialmente las instituciones generales incluidas en la ley. Neuhaus consideraba inevitable su aplicación en la solución de casos concretos. Afirmaba que la parte general del Derecho internacional privado, de acuerdo con los elementos que contiene, se puede sistematizar en tres grupos: en primer lugar, factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones generales que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del derecho extranjero y que son: calificación, cuestión previa, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida. El tercer grupo contiene instituciones "valorativas": derechos adquiridos o situaciones válidamente creadas, equilibrio de intereses y adaptación[501]. Maekelt agrega a este grupo, la calificación y la cuestión incidental[502].

Dentro de esta amplitud resulta muy llamativo el tratamiento dispensado a una de las instituciones más complejas y controvertidas del Derecho internacional privado y, menos reguladas en el panorama comparado, como es la adaptación "un correctivo de los correctivos arbitrados para lograr el eficaz funcionamiento de las normas de conflicto"[503]. Estamos ante un problema de gran complejidad derivado de la aplicabilidad de dos o más ordenamientos jurídicos a lo que se suma la falta de concordancia entre ellos, y ésta es mucho más evidente cuando en una misma relación jurídica subyacen relaciones jurídicas estrechamente ligadas entre sí y, donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual[504].

El ejemplo típico que ofrece la doctrina[505], es el de los derechos del cónyuge supérstite condicionado por el régimen económico del matrimonio que regirá la liquidación del régimen de bienes. Carrillo Salcedo lo pone de relieve con toda nitidez: Don Amadeo contrajo nupcias en España siendo italiano, y falleció tras adquirir la nacionalidad española sin haber otorgado testamento. Según las normas de conflicto vigentes en el momento de su muerte, debería aplicarse la ley italiana a la determinación de su régimen económico matrimonial y la española a la sucesión. La primera consagraba el régimen de separación de bienes y llamaba a suceder a la viuda; la segunda entendía que el régimen normal era el de gananciales y que el cónyuge supérstite carecía de derechos legitimarios. Ambas construcciones eran coherentes. En aquel momento el Derecho italiano entendía que, en ausencia de capitulaciones, el marido y la mujer se casaban en un régimen de separación estricto; era lógico que pudieran heredarse el uno al otro. Por el contrario, el Derecho español, basado en el régimen de gananciales, entendía que lo normal era que la mitad de los bienes pasasen al marido o a la mujer al fallecimiento de uno

501 Paul Heinrich Neuhaus citado por Meakelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 53.
502 *Ibid*., pp. 53-54
503 Fernández Rozas, José Carlos, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, en: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, No. 25, p. 10.
504 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 12.
505 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 196; Pérez Vera, Elisa, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2ª ed., 2000, Vol. I, p. 163; Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., p. 76.

de ellos; por consiguiente, no tenía sentido convertirlos recíprocamente en herederos forzosos. Ahora bien, de aplicarse a la cuestión previa (liquidación de la sociedad económica conyugal) una de estas dos leyes y a la principal (la sucesión) la otra, entonces el resultado podría llegar a ser totalmente injusto. O bien la viuda se quedaba con la mitad más la legítima o bien se quedaba sin nada[506]. Fuera de su propio sistema cada institución perdía la fuerza de su coherencia y el resultado regulador se situaba fuera del contexto de la lógica de ambos y, lo que era más grave, la solución no satisfacía los objetivos de justicia material que cada uno de ellos perseguía.

Estas situaciones son consecuencia de la dualidad de legislaciones aplicables, y requieren una labor de acoplamiento entre las soluciones contenidas en ella. Es así como ciertos autores plantean el problema de la adaptación[507] para resolver las injusticias e incorrecciones que resultan de la metodología conflictual. La mayor parte de ellos se han limitado a señalar, a través de ejemplos, la necesidad de fundir en un sistema de normas de cierta coherencia las de diferentes Estados que resultan aplicables a una misma relación, o a dos o más relaciones con cierta conexión entre sí.

Es necesario introducir ciertas modificaciones en las normas de conflicto o bien, en las normas materiales aplicables para regular las situaciones derivadas del régimen matrimonial y sucesorio, siguiendo el ejemplo expuesto, pues solamente a través de una calificación adecuada de las pretensiones litigiosas no se obtendrán resultados satisfactorios como consecuencia de los efectos desmembradores que se derivan de la intervención de la norma de conflicto.

Sin embargo, a pesar de la lógica de estos argumentos y de las características del método descrito, poco a poco fue poniéndose de relieve cómo en otros ámbitos el fraccionamiento sí que resultaba coherente. Aplicar a un sector de la masa hereditaria la *lex rei sitae*, tratándose de bienes inmuebles, puede constituir una opción capaz de acercar la solución del problema a las exigencias de la práctica, si consideramos que el propio nacimiento del derecho real resultante de la sucesión así como las condiciones de su goce, van a depender de la *lex rei sitae*, parece lógico tomarla en consideración desde el principio. Desglosar un contrato en sus elementos aislables y aplicar una ley distinta a cada uno de ellos podría constituir una solución no

[506] Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp 19 ss.

[507] Así lo plantearon Raape y Lewald, éste último tomó un ejemplo de una sentencia emitida en la ciudad de Venecia el 30 de enero de 1932: una viuda de nacionalidad Suiza domiciliada en Italia, adquiere por su segundo matrimonio la nacionalidad italiana, mientras los hijos de la primera unión conservan la nacionalidad suiza. Hasta el momento del segundo matrimonio, tanto según el Derecho conflictual italiano como conforme al suizo, la patria potestad de la viuda se regía por la ley helvética; casada nuevamente la madre, según el Derecho suizo subsiste la patria potestad, solución que también era admitida por el Código italiano de 1865, pero condicionada a que antes de las segundas nupcias la viuda convoque un Consejo de familia que ha de decidir si puede conservar la administración de los bienes de los hijos, que la viuda perderá de no haber convocado el Consejo. Es claro que antes del segundo matrimonio la madre no tenía por qué cumplir lo que prescribe el Código italiano, y si se le aplica éste, una vez que ha cambiado de nacionalidad, perdería automáticamente la administración de los bienes. Lewald, Hans, Règles générales des conflicts de lois. Contribution a la technique du Droit International privé, en: *Recueil des Cours*, 1939, III, No. 69, p. 136. Ver a Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 425.

solamente práctica, sino más funcional e incluso más justa y más engarzada con las propias previsiones jurídicas de las partes y con la vocación de los ordenamientos en presencia.

Si se analiza la época en que tuvieron lugar las primeras teorías sobre la adaptación, se percibe que éstas coinciden con una manifestación global de la preocupación por superar los excesos en que había caído la disciplina. Ni el optimismo internacionalista que dominó gran parte del siglo XIX, ni los excesos positivistas y dogmáticos que le siguieron, podían dar cabida a un problema cuya solución residía en el análisis de los resultados a que conduce la aplicación de normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos a una misma relación internacional. La doctrina se dirigía casi exclusivamente a la búsqueda de unos principios, más bien dogmas, de solución que con pretensiones de generalidad fueran capaces de resolver el conflicto de leyes, a través de la delimitación formal del respectivo ámbito de aplicación de las competencias legislativas de los Estados. Esta tendencia culminaría en una preocupación exclusiva por lograr un sistema conflictual técnicamente perfecto, cuya función se radicaba en la determinación formal de la ley aplicable a los supuestos jurídicos internacionales, independientemente de los resultados concretos a que pudiera conducir la aplicación de dicha ley[508].

La reflexión sobre la cuestión de la adaptación no supuso el descubrimiento de un fenómeno nuevo, sino que su análisis y estudio respondían a un cambio global de actitud respecto a la función que estaba llamado a cumplir el Derecho internacional privado en la sociedad actual, regular la vida jurídica de los particulares cuando sus relaciones excedan del marco jurídico de un solo ordenamiento, de forma armoniosa y coordinada.

Este enfoque o preocupación por los resultados concretos a que conduce la aplicación de la técnica conflictual se ubica originalmente en los trabajos de autores alemanes de mediados del siglo XX, Lewald, Melchior, Nussbaum, Raape, Rabel, Wolff. Tuvo lugar principalmente como reacción al conceptualismo al que se había llegado en la formulación de la cuestión de las calificaciones, caracterizándose por una postura ecléctica frente al nacionalismo de Bartin o al internacionalismo de Pillet; y en los memorables enfrentamientos, aunque por motivos diferentes, entre la Escuela de Yale y la Escuela de Harvard, así como ocurrió con la teoría de los derechos adquiridos, cuando se evidenció la pugna entre los principios de seguridad jurídica y la justicia del caso, al tiempo que se despertó un creciente interés por el Derecho comparado. Sin embargo, es pacífica la aceptación de que el primero que apuntó las cuestiones que ahora nos ocupan fue el jurista alemán E. Zitelmann en el volumen I de su manual publicado en 1897, donde afirmaba que la aplicación concurrente de diferentes sistemas jurídicos declarados aplicables podía conducir, en ciertos casos, a la existencia de "normas discrepantes", indicando que, en tal caso, el juez debería proceder a una labor de *Angleichung* (adecuación o adaptación)

[508] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 19.

de tales normas[509].

Dentro de los desarrollos posteriores de esta materia, la doctrina alemana fue la que más claramente abordó y planteó estos problemas, a los que dio los nombres de "adaptación" o "adecuación" *(Angleichung* o *Anpassung).* Cabe citar a M. Wolff, L. Raape y H. Lewald. Continuado en Italia por Cansacchi, Ziccardi y Emilio Betti, que utilizaron el término de "adaptación" *(adattamento)*. En Francia, P. Mayer y V. Heuzé, En los Países Bajos Offerhaus y van Hecke[510].

Fue precisamente en relación a una situación encuadrada en el ejemplo característico para describir el problema de adaptación, que Bartin formuló su teoría de la calificación *lex fori*. En el famoso caso de los "esposos malteses" se preocupó exclusivamente por demostrar que a pesar que tanto el Código Civil francés (vigente en Argelia) como el Código de Rohán (vigente en Malta) adoptasen idénticas normas de conflicto para regular el régimen matrimonial y sucesorio, bastaba con que a la institución de la "cuarta del cónyuge pobre" o usufructo de una cuarta parte de la propiedad del marido, pretensión litigiosa en este caso, se le atribuyera naturaleza distinta en ambas legislaciones para que la ley aplicable dejara de coincidir. Así Bartin hacía derivar de la calificación conceptual de la *lex fori* (carácter sucesorio de la cuarta marital) la solución a un problema cuyo verdadero fundamento no se basaba tanto en un conflicto de calificaciones distintas sino en la necesidad de adaptar, de lograr la aplicación conjunta y armoniosa de pretensiones contradictorias legítimamente fundadas en ordenamientos jurídicos diversos. No se trataba de averiguar la calificación que la *lex fori* otorgaba a una determinada institución desconocida a fin de determinar cuál sería la ley aplicable, sino de investigar las relaciones existentes entre la "cuarta del cónyuge pobre" y el régimen matrimonial en el Derecho maltés, así como las relaciones entre la cuota usufructuaria (única que se concede a la viuda) y el régimen legal en el Derecho francés[511].

Contrariamente a la problemática elaborada por Bartin, no hay que elegir entre las dos leyes, sino solamente determinar, respecto a cada una de ellas, su ámbito material y este problema no depende de la calificación abstracta dada a tal institución jurídica sino de la forma en que son susceptibles de ser armonizados los contenidos respectivos de las dos leyes[512].

Autores como Raape, Wolff o Wengler emplearon la adaptación como posible solución al conflicto de calificación. Principalmente en aquellos supuestos en que la toma en

---

[509] *Ibid*., p. 20; Ochoa Muñoz, Javier L., La adaptación en el Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Temas de Derecho internacional privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje, No. 12, p. 437; Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 11.

[510] Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 12; Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 439; Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 355.

[511] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 67.

[512] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 361-362.

consideración de la *lex causae* daba lugar a la aparición de lagunas, se referían a un proceso distinto al de la calificación teleológica y coordinada, pues admitían la posibilidad de tener que modificar la norma de conflicto del foro reguladora de la sucesión a fin de lograr el sometimiento de la situación litigiosa a una ley única[513]. Pero en opinión de Bouza Vidal

> la equivalencia en abstracto entre las normas concurrentes no es suficiente para afirmar que es indiferente aplicar una u otra ley (la del régimen matrimonial o la del sucesorio). La equivalencia sirve a lo máximo como punto de partida orientativo para el juez (en ambos ordenamientos se protege al cónyuge supérstite, ya sea bajo un concepto matrimonial o sucesorio), pero no puede por sí solo proporcionar una solución adecuada al caso concreto[514].

Leo Raape en su Curso de La Haya, sostenía que cada sistema jurídico es un conjunto indisoluble, y afortunadamente en la mayoría de los casos se aplica un solo sistema a la situación que se plantea. Pero en otros casos las situaciones no resultan reguladas por un solo ordenamiento jurídico, sino por varios, debido al principio del Derecho conflictual que Kahn denominó de especialización, que permite que una situación jurídica se regule por leyes diferentes. Esa aplicación de diversas legislaciones a la misma situación podía conducir a lagunas y acumulaciones legales, y consideraba que esta problemática conduce a *adaptar* los distintos sistemas jurídicos, procediendo a su engranaje, de manera que se coordinasen como si se tratare de uno solo[515].

A Lewald se le atribuyen los primeros esfuerzos por la sistematización de los problemas de adaptación, quien en su Curso de La Haya de 1939 intentó diferenciar estos problemas de otros muy relacionados, como los de transposición y sustitución. Lewald emplea el término *Angleichung* (adecuación) para todos aquellos problemas que resulten de la aplicación simultánea de varias legislaciones en virtud de la descomposición de los elementos de la relación jurídica litigiosa. Sin embargo, admite no haber logrado tal sistematización, por lo cual advierte que en su exposición se procede de una manera empírica, tomando ejemplos que en su mayoría provienen de la jurisprudencia internacional[516]. A partir de este autor se plantea la dificultad de sistematizar las diferentes situaciones que dan lugar al problema de adaptación[517].

En Italia, Cansacchi en su Curso de La Haya de 1953, observa que las normas de conflicto pueden obligar al juez a aplicar en una misma situación litigiosa reglas materiales de diversos ordenamientos jurídicos, y explica que las decisiones sobre estos particulares se plantean fundamentalmente en el dominio judicial, y jamás podrán fundarse en directrices exactas establecidas en la ley, sino apoyadas en principios de interpretación muy generales y orientadas

513 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 164-165.
514 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 68.
515 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., pp. 437-438.
516 Lewald, Règles générales des conflits de lois…, ob. cit., p. 126 ss.
517 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 438.

más bien por sentimientos de equidad y por el sentido de la lógica[518]. Entiende que es perceptible una diferencia entre los supuestos de necesidad de una adaptación, según que se presenten en el momento de la calificación, en el de la conexión de diferentes leyes extranjeras, o en el de intervención de la excepción de orden público. Pero, didácticamente, resulta más conveniente otro criterio de distinción que tenga en cuenta los efectos que la adaptación hecha por el juez produzca en cada caso: unas veces el juez se limitará a modificar la ley extranjera aplicable en lo que afecta a alguna de sus modalidades, como su extensión espacial o el número de destinatarios, mientras que en otras ocasiones tendrá que hacer modificaciones más profundas[519].

Niederer enfoca de manera distinta el problema, habla del fraccionamiento (*Spaltung*) de la relación. Para él, algunas veces este fraccionamiento es consecuencia de someter un aspecto parcial de la relación enjuiciada a un Derecho diferente del que la rige, por ejemplo, cuando se someten los efectos de un contrato a la ley distinta que la que rige la conclusión de éste. Lo denomina fraccionamiento exógeno, o buscado, querido por el juez. En otras ocasiones, el fraccionamiento se da como consecuencia de que un mismo punto de conexión, por ejemplo la nacionalidad para el estado y capacidad, conduzca a la aplicación de una ley diferente para cada una de las partes. Lo denomina fraccionamiento endógeno o automático[520].

Sostiene que la solución no puede ser la misma para el fraccionamiento endógeno que para el exógeno. Para el primero, se encuentra la exclusión de los puntos de conexión conducentes al fraccionamiento endógeno, tales como los del domicilio y el lugar de cumplimiento en materia contractual; la interpretación autónoma de estos conceptos, por ejemplo, no entender el lugar de cumplimiento de la misma forma que uno de los Derechos materiales en presencia, y conceder una prelación a las obligaciones de una u otra de las partes para extender la regulación que reciben de una determinada ley a toda la relación en presencia. Da preferencia a este último procedimiento sobre los otros. En cuanto al fraccionamiento exógeno, señala que no reviste mayor dificultad pues el juez debe conectar los aspectos accesorios de la relación a la misma ley que aplicó a la relación o conexión principal[521].

La adaptación se concibe en sus inicios como un mecanismo para la solución judicial de casos de incompatibilidad entre leyes simultáneamente aplicables a una misma situación, que se sitúa en el plano de la coordinación material de las leyes. Era un problema causado por la norma de conflicto pero cuya solución se situaba más en el campo de la correcta interpretación y adecuación de las normas materiales, que en la metodología propia del Derecho internacional privado. Posteriormente la doctrina daría con otra vía de solución a estos problemas, la

---

518 Cansacchi citado por Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 439.
519 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 426.
520 Niederer citado en Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 424 ss.
521 *Idem*.

aplicación de una sola de las normas de conflicto en juego a toda la situación jurídica, de manera que resulte gobernada por una sola ley. Es la solución propuesta por Neuner, Wengler y Kegel[522].

Suele hablarse de "método" o "mecanismo" de la adaptación, para indicar la técnica de solución empleada para resolver los "problemas" de la adaptación, que son las situaciones específicas de incompatibilidad entre las legislaciones simultáneamente aplicables a un mismo caso. Otra variante en el planteamiento del problema lo encontramos en Alfonsín, quien se refiere a "la inadaptación entre los Derechos privados aplicables a la relación", considerando a esta figura en sentido negativo como "problemas de inadaptación". En efecto, cuando nos referimos a los problemas de adaptación, en realidad se trata de problemas de inadaptación[523].

2. Presupuestos o elementos de procedencia de la adaptación

Las causas que avalan el recurso a este mecanismo se centran en la aplicación de forma conjunta o sucesiva de ordenamientos jurídicos diferentes designados por las normas de conflicto del sistema del Derecho internacional privado del foro y una contradicción normativa entre los Derechos aplicables, que afecta a los derechos subjetivos o facultades de las partes. Hay un problema de adaptación cuando a distintas partes de un caso se aplican Derechos diferentes con soluciones contradictorias, como consecuencia de la superposición de normas.

Esta técnica aparece indefectiblemente en la última fase de aplicación de la norma de conflicto, al insertar en el foro las normas materiales contenidas en ordenamientos jurídicos diferentes. En este sentido, la adaptación se instituye como un recurso que actúa no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable, sino en un momento posterior de armonización de los distintos Derechos materiales, que han resultado designados por el sistema conflictual, a partir de la aplicación de leyes materiales equivalentes. Sólo en la fase de aplicación del Derecho material interno, y una vez conocido su contenido, puede afirmarse si la intervención de la norma de conflicto ha sido satisfactoria o no. Esta valoración del resultado corresponde en primer lugar y de forma inmediata al juez, quien es el único que puede determinar hasta qué punto el perjuicio que causa a los particulares el fraccionamiento de sus relaciones entre varios ordenamientos jurídicos distintos es lo suficientemente grave para que pueda justificarse el abandono de la norma de conflicto[524].

Teniendo presente las consideraciones anteriores podemos ofrecer una caracterización general de los problemas de adaptación englobando dentro de este término aquellos supuestos en

---

[522] Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., pp. 439-440.
[523] *Ibid*., p. 441; Alfonsín, Quintín, *Curso de Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Actuna, 1955, pp. 613 ss.
[524] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 14

los cuales la aplicación concurrente de dos o más sistemas materiales conduce a una contradicción normativa, por carencia o acumulación de normas respecto de una misma cuestión. Así concebida, la adaptación registra dos elementos de procedencia esenciales, en el sentido restringido que debe otorgársele[525]: 1) el fraccionamiento de la situación jurídica que conduce a la aplicación de leyes materiales diversas y, 2) la incompatibilidad entre dichas leyes. Fernández Rozas agrega un tercer elemento, la necesidad del juez de restablecer la coherencia del sistema de Derecho internacional privado solucionando tal contradicción normativa[526]. Werner Goldschmidt señala, que la adaptación "se logra a través de un método sintético-judicial, que persigue resolver el caso concreto de manera directa e inmediata, conforme a su 'entelequia particular' y según la 'idea de justicia'"[527]. Este tercer supuesto no debe considerarse como elemento esencial y característico de la adaptación, por cuanto es una función inherente al intérprete judicial restablecer la armonía y la coherencia del Derecho internacional privado. Esta institución junto con las demás instituciones generales, han sido elementos coadyuvantes para que el juez pueda encontrar la solución más justa y equitativa al caso planteado, por eso el calificativo de "instituciones valorativas", todas ellas involucran de manera amplia al juez.

a. El fraccionamiento de la situación jurídica

La norma de conflicto acostumbra a contemplar una situación unitaria, reguladora de un concreto supuesto de hecho, que nos conduce a una única ley material aplicable; en otros términos, parte de un supuesto de hecho unitario, que queda sometido, en virtud de la remisión operada por la norma de conflicto del foro, a un solo ordenamiento jurídico. Así a manera de ejemplo, si tomamos como supuesto de hecho el regulado en el artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, "las sucesiones" éste queda regulado "por el Derecho del domicilio del causante", conforme a este supuesto, para determinar la validez de las disposiciones testamentarias o la determinación de la vocación sucesoral será la ley del domicilio del causante la que dé la respuesta.

Sin embargo, en muchas ocasiones la regulación del problema presenta una mayor complejidad. Cualquier relación privada internacional, aún cuando constituya una unidad jurídica, puede ser fraccionada por el legislador, a los fines de su regulación por el Derecho internacional privado. Esta técnica de regulación, que los autores franceses denominan *dépeçage*, consiste en la escisión o separación de los distintos aspectos o elementos constitutivos de una situación o relación jurídica, cada uno de los cuales queda regido por una norma de Derecho

525 Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 7. Adaptación, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo I, pp. 272 ss.
526 Fernández Rozas, Coordinación reordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 38.
527 Werner Goldschmidt citado en "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 475.

internacional privado diferente[528]. Así, respecto de un contrato internacional, cabe que un sistema de Derecho internacional privado establezca una norma de conflicto distinta para determinar la capacidad de las partes (ley nacional), para la forma del acto (ley de lugar de celebración), para el contenido del negocio jurídico (autonomía de las partes), para sus efectos (ley del lugar del cumplimiento de la obligación), etc. Este método analítico de regulación, al fraccionar el supuesto y someter cada uno de sus aspectos a distintas normas de conflicto[529], puede acarrear la consecuencia de que el juez deba aplicar dos o más ordenamientos extranjeros de forma simultánea, para obtener una solución global del supuesto de hecho considerado.

Asimismo, hay que tener presente que las distintas instituciones jurídicas pueden poseer una conexión sustancial, de manera que la solución de un problema conlleva el examen de otros con los cuales se encuentra relacionado. "La relación sustancial entre dos o más instituciones, en orden al resultado final de la respuesta que el Derecho ofrece"[530]. En un supuesto de tráfico interno, homogéneo, la conexión entre instituciones, en orden al resultado, aparece asegurada; pero cuando intervienen dos o más sistemas jurídicos, la justicia en el caso puede verse alterada. En el ejemplo que emplea la doctrina para explicar la adaptación, la "sucesión por causa de muerte" y las "relaciones patrimoniales entre cónyuges", ambas relaciones aparecen regidas en muchos sistemas de Derecho internacional privado por normas distintas que toman en cuenta la misma conexión, nacionalidad, en distintos momentos: "en el fallecimiento" para las sucesiones, "al tiempo de la celebración del matrimonio" para el régimen económico del matrimonio. Por ello será preciso aplicar una ley material distinta, para cada problema; y los distintos ordenamientos aplicables pueden diferir en cuanto al resultado, en la regulación de las dos cuestiones: en el Estado A, el régimen legal es el de separación de bienes y la viuda adquiere, a título sucesorio, una cuota importante del acervo hereditario; en el Estado B existe comunidad de bienes y como la viuda adquiere a este título, es muy reducida la cuota que le corresponde a título sucesorio.

Para concluir, el fraccionamiento de las situaciones jurídicas es una realidad que se desprende de la estructuración del sistema conflictual, que asigna soluciones específicas para cada categoría jurídica, como si estas se presentaren en cada caso de modo individual y sin estar conectadas con otras categorías. Este método no es más que una consecuencia del avance del

---

528 Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 36. En términos generales de técnica jurídica puede ser verificado el fenómeno de la aplicación de normas distintas, ya por su origen o por su naturaleza, a una misma situación o relación jurídica. En Derecho internacional privado el concepto de *dépeçage* posee sin embargo un ámbito mucho más restringido; realmente viene referido exclusivamente a ciertos casos de "ruptura de la unidad de régimen jurídico" que se producen en el derecho de los contratos. Por ello, hay que descartar ciertas manifestaciones de "partición" del régimen jurídico que no constituyen, *stricto sensu*, casos de *dépeçage*. Ver a Carrascosa González, Javier, *El contrato internacional (Fraccionamiento vs Unidad)*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, p. 34.

529 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 424; Goldschmidt, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1977), p. 11.

530 Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 36.

Derecho internacional privado, podemos atribuírsela a la modernización del mismo, que ha dejado atrás su estructura estatutaria y genérica, para regular supuestos más específicos, procurando una mayor justicia formal a través del principio de proximidad de la relación jurídica con la legislación que habrá de regularla[531].

b. La incompatibilidad de las leyes aplicables

El segundo elemento necesario para la procedencia de la adaptación es la incoherencia o incompatibilidad entre las normas materiales de una y otra legislación, de modo que exista el peligro de que su aplicación simultánea pueda producir resultados contrarios a la justicia, y además separados del propósito que tales legislaciones persiguen en su contexto integral[532].

En atención al primer elemento esencial, existe una pluralidad de ordenamientos aplicables, ya sea para regir los diferentes aspectos de una misma institución, o dos instituciones entre las cuales el Derecho establece una conexión sustancial, en orden al resultado. Dentro de cada sistema jurídico las soluciones han sido dictadas para supuestos homogéneos con una conexión sustancial, derivada del carácter local de las leyes materiales que se complementan e integran entre sí formando sistemas armónicos. La toma en consideración de aspectos separados, de uno y otro sistema, o aplicar conjuntamente dos de ellos de forma sucesiva es susceptible de producir una contradicción normativa en cuanto a sus soluciones.

Esta contradicción en orden a las respuestas que los diferentes sistemas ofrecen puede presentar dos dimensiones distintas, en primer lugar, la carencia o vacío de regulación jurídica. Al ser esencial para la regulación de ciertas situaciones el factor tiempo, se puede dar la posibilidad que cada uno de los sistemas susceptibles de aplicación regule el supuesto en momentos distintos y contradictorios y que la persona al pasar de uno a otro sistema quede sin una respuesta jurídica; o porque uno y otro sistema exijan ciertos requisitos para el ejercicio de un Derecho entre sí contradictorios. La simultánea aplicación de leyes materiales distintas ocasiona la exclusión de algún Derecho o de alguna solución determinada que esas leyes materiales contemplan en su contexto integral[533]. En segundo lugar, la existencia de un cúmulo de regulaciones para el mismo problema en ambos sistemas entre sí contradictorios o que conducen a resultados finales que son sustancialmente injustos[534].

---

531 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 273.
532 *Ibid*., p. 274.
533 *Idem.*
534 Wolff fue el que se percató de estos problemas, "puede suceder que la concurrencia de dos sistemas jurídicos origine la aplicación de ambos, o por el contrario, que ninguno de ellos resulte aplicable. El resultado es, en el primer caso, una acumulación de reglas aplicables" a los que denominó *casos de acumulación;* "en el segundo, un vacío" casos de vacío. "estos parecen ocasionar mayores problemas". Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 157-159.

Wolff ilustra estas situaciones con ejemplos, de los cuales sólo mencionaré brevemente dos para la acumulación o carencia de normas: Si un matrimonio de nacionalidad sueca adquirió la nacionalidad suiza, la sucesión del marido se rige por el Derecho suizo que concede a la viuda a su elección o la propiedad de un cuarto o el usufructo de una mitad de la herencia; mientras que el régimen económico conyugal continúa regido por el Derecho sueco, que concede derecho a la mitad de la propiedad presente y futura de su marido, es consiguientemente copropietaria de todo lo que él deja. La aplicación simultánea de ambos atribuiría a la mujer la mitad del patrimonio conyugal, a título de su parte en la comunidad, y una cuota sucesoria del cuarto de la herencia. En el caso inverso de un matrimonio suizo naturalizado posteriormente en Suecia, la viuda no puede reclamar legítima alguna ya que no se aplica Derecho hereditario suizo, no es aplicable el Derecho que se la concede, sino el sueco; ni tiene derecho a su parte del sistema sueco de propiedad matrimonial, cuyo sistema no se aplica al matrimonio, puesto que el matrimonio se celebró en Suiza, bajo un régimen distinto; así, evidentemente, no recibiría nada[535].

En ambos supuestos si consideramos que la función global del Derecho internacional privado es ofrecer una respuesta única y justa a una relación privada internacional, esta función queda seriamente comprometida. Por lo tanto, si hemos de dar aplicación a distintas leyes extranjeras en el foro, simultáneamente llamadas a regular un supuesto de la vida privada internacional, el juez debe buscar la coherencia normativa y eliminar la contradicción por carencia de regulación o por cúmulo de soluciones contradictorias. El Derecho comparado cumple un rol determinante en la adaptación, el juez debe examinar y cotejar las instituciones jurídicas materiales de las legislaciones en conflicto y determinar si existe compatibilidad entre las mismas, o si éstas se excluyen o yuxtaponen, para ello es necesario que comprenda la naturaleza, contenido y el alcance de las normas materiales en conflicto en el contexto original del cual forman parte[536].

Un caso representativo lo ofrece una sentencia belga del 17 de junio de 1974. La madre natural de nacionalidad belga, y el padre adulterino de nacionalidad italiana, solicitaron la adopción plena de su hijo. De conformidad con el Derecho italiano aplicable al caso, la legitimación por adopción era imposible por existir un vínculo biológico entre las partes, aunque admitía la legitimación por matrimonio. De conformidad con la norma de conflicto belga esta última legitimación era imposible por el hecho de existir una relación adulterina, aunque este ordenamiento admite la adopción plena. El Tribunal de Menores de Lieja teniendo en cuenta los objetivos de los dos Derechos en presencia, esto es, la admisión de la legitimación en contextos institucionales distintos, admitió la solicitud de los padres; y lo hizo adaptando el Derecho

[535] *Ibid*., pp. 158-159.
[536] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 274-275.

material italiano al Derecho belga conforme a la equidad y la sana justicia del caso[537].

3. La adaptación y otras figuras del Derecho internacional privado

Si bien existe acuerdo entre los autores al momento de señalar las causas generales que ocasionan la necesidad de adaptación, el carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos internos y desmembramiento y quiebra de la citada sistemática a consecuencia de la intervención de la norma de conflicto, las dificultades se plantean en el momento de intentar delimitar su campo de actuación en relación con otros problemas que surgen a lo largo del funcionamiento de la norma de conflicto[538].

Esta teoría, en sus comienzos, dio lugar a confusiones que repercutirían inevitablemente en un trato autónomo. La doctrina encontró, a través de la adaptación, la explicación y justificación a las respuestas que los tribunales daban a los problemas que planteaba la norma de conflicto, en cuanto implicaba una modificación, tanto de sus condiciones y ámbito de aplicación como de sus efectos. Por ello se habla de necesidad de adaptación en las calificaciones, en el reenvío, en el orden público, en las cuestiones previas, etc.[539]. Esta confusión se debe a una noción amplia del problema de la adaptación que ha expuesto parte de la doctrina.

Por otro lado, se ha planteado una noción restringida que considera la adaptación como una figura autónoma que responde a problemas particulares y distintos de todos los que informan a las demás instituciones del Derecho internacional privado. En consecuencia, se hace necesario distinguirla de esas instituciones.

La adaptación es una figura que responde, estrictamente, a los problemas de incompatibilidad de las legislaciones simultáneamente aplicables a una misma situación jurídica, y cuyo funcionamiento traslada al juez poderes especiales para desatender y modificar las normas en juego, en atención a la justicia material. Desde esta óptica, se trata de una figura autónoma, es decir, distinta en mayor o menor medida de las demás instituciones de Derecho internacional privado[540].

a. La adaptación y la calificación

Es curioso resaltar que fue a través de una decisión de la jurisprudencia, caso de los "esposos malteses", que sirvió de fundamento a Bartin para formular su teoría de la calificación, como se evidenció la imposibilidad de dar solución a la misma en base a una correcta interpretación y aplicación de la norma de conflicto. Podría pensarse que una calificación preocupada

537 Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 37.
538 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 25.
539 *Ibid*., pp. 23-24.
540 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 442.

por la armonía y coordinación entre sistemas distintos, es capaz de proporcionar una actuación, conjunta y armoniosa, de las normas destinadas a proteger los intereses de la viuda y de los herederos. Sin embargo, es la forma compleja con que los ordenamientos internos regulan esta materia y los efectos desmembradores a que da lugar la intervención de la norma de conflicto, al utilizar conexiones distintas para regular el régimen matrimonial y sucesorio, lo que dificulta alcanzar a través de una calificación adecuada de las pretensiones litigiosas un resultado correcto si no se incorporan ciertas modificaciones en las normas de conflicto o en las normas materiales aplicables, para poder lograr así el equilibrio y la armonía necesarias en esta materia[541].

Raape, Wolff y Wengler al enfrentarse con supuestos de este tipo utilizan una técnica de solución distinta a la examinada, hablan ya de adaptación como posible solución al conflicto de calificación, principalmente en aquellos supuestos en que la toma en consideración de la *lex causae* da lugar a la aparición de lagunas. Se refieren así a un proceso distinto de la calificación, porque ya admiten la posibilidad de tener que modificar la norma de conflicto del foro reguladora de la sucesión a fin de lograr el sometimiento del conjunto de la situación litigiosa a una ley única[542].

Fue precisamente en el análisis de la calificación, donde Wolff advirtió otro problema, al señalar que la calificación conforme a la *lex causae* conducía "a veces a un resultado inconsistente con los principios fundamentales del foro…la calificación encontrada por el juez en el derecho extranjero lleva a resultados absurdos si se adoptó mecánicamente". La dificultad en que se encuentra el tribunal, a veces, no consiste en la búsqueda de una calificación apropiada en el Derecho extranjero, sino en el hecho de que hay lagunas en sus propias reglas de conflicto. Las opiniones desarrolladas muestran que una serie de hechos tienen que ser considerados a menudo desde el punto de vista de más de un sistema jurídico. "Nada hay sorprendente en esto". Completamente al margen de cualquier razonamiento sobre la calificación, el Derecho internacional privado exige, con frecuencia, prontitud en consultar varios sistemas jurídicos. A este respecto la necesidad de la calificación lleva a dos clases de problemas. Puede suceder que la concurrencia de dos sistemas jurídicos origine la aplicación de ambos, o por el contrario, que ninguno de ellos resulte aplicable. El resultado es, en el primer caso, una acumulación de reglas

[541] Mientras la doctrina alemana y la italiana, así como la francesa y la española, estudiaron problemas como los de la incompatibilidad del régimen matrimonial y el estatuto sucesorio, concibiendo para su solución a la figura de la adaptación; por otro lado, la doctrina angloamericana en general, Robertson, Falconbridge y Harold Marsh, resolvía estos problemas por la vía de la calificación, con base en el análisis de la jurisprudencia inglesa y norteamericana. Un ejemplo de esta circunstancia la encontramos en el caso *De Nicols vs Curlier*, decidido en la Casa de los Lores en 1898, y que fue utilizado como el ejemplo emblemático utilizado por la doctrina angloamericana para explicar cómo los problemas en torno a los derechos del cónyuge supérstite pueden resolverse a través de las calificaciones. *Ibid*., pp. 447-448; Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 153.

[542] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 68.

aplicables; en el segundo, un vacío[543].

Para Wolff los problemas a los que conducen las diferencias de calificación no son "tan insolubles como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la *lex fori*". Las verdaderas dificultades consisten en el "ajuste" de varios sistemas jurídicos internos que actúan conjuntamente en la solución de una misma serie de hechos[544]. La teoría de la calificación *lex causae*, propuesta por él, parece tener subyacente la necesidad de alcanzar la justicia material, a través de lo que, en algunos casos, no es más que una modificación del resultado que arroja la norma de conflicto, apartándose a la postre de una verdadera determinación de significados[545].

Rabel, precursor de la calificación autónoma, sugirió que la mejor solución práctica a los problemas derivados de la incompatibilidad entre el régimen matrimonial y el estatuto sucesorio, era dictar normas nuevas que contemplaran provisiones para "ajustar" la distribución hereditaria con el régimen matrimonial. Admitió que estos problemas fueron objeto de ingeniosos remedios que hasta entonces no habían tenido éxito[546].

Kegel, al tratar la adaptación como figura autónoma, admite que el nombre de "adaptación" viene de una de las soluciones del problema de calificaciones, que consiste en adecuar los derechos materiales competentes a la "situación insólita". Por su estructura se trata de interpretar conceptos sistemáticos empleados por normas de colisión, pero con la diferencia de que aquí no se está en presencia de normas de colisión de Derecho internacional privado sino de normas de colisión de contenidos normativos[547], de normas y principios que dentro de cada ordenamiento jurídico determinan el ámbito material de competencia de las normas substantivas[548]. La cantidad de problemas de adaptación depende de la cantidad de normas de colisión, y esto concuerda con las circunstancias en que surge el problema de las calificaciones, pues en éste se trata de deslindar los campos de vigencia de las diferentes normas de colisión, mientras más normas existan tantos más linderos se requieren[549].

La doctrina resuelve problemas similares bien hablando de la calificación, o bien hablando de adaptación[550], incluso incluyendo el mecanismo de la adaptación dentro del problema de las calificaciones como mecanismo para resolver los inconvenientes derivados de la misma[551]. Es insuficiente afirmar que la calificación consiste única o fundamentalmente en la

---

543 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 155 ss.
544 *Ibid*., p. 160.
545 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 449.
546 *Ibid*., p. 450.
547 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
548 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 449.
549 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
550 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 449.
551 Betti, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado…, ob. cit., pp. 681 ss.

determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones, en cuanto operación previa a la aplicación de la ley aplicable. Se requiere de un análisis más profundo que permita separar y distinguir la cuestión de la calificación, en esta materia debe tomarse en cuenta la calificación en cuanto problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto y el conflicto entre las distintas calificaciones de que puede ser objeto la norma material aplicable. Cuando el conflicto entre calificaciones distintas no puede ser resuelto en base a una adecuada interpretación y análisis de las instituciones controvertidas y la actuación conjunta y coordinada no puede tener lugar por una dificultad inherente a la propia estructura y naturaleza del objeto de la calificación, será preciso acudir a la adaptación.

La adaptación no es tanto la solución a un conflicto especial de calificación como la solución a un conflicto que la calificación es incapaz de resolver. No resulta exclusivamente del carácter defectuoso de los métodos de calificación, sino que su origen inmediato se debe a las diferencias de contenido sustancial de las leyes simultáneamente aplicables a las relaciones internacionales, y este resultado puede aparecer tanto en la fase final de los procesos de calificación como en los utilizados para resolver cuestiones distintas como los conflictos móviles y las cuestiones previas[552].

b. La adaptación y la cuestión incidental

Hablamos de cuestión incidental en Derecho internacional privado, cuando, para regular una relación privada internacional, llamada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente, que funciona como presupuesto de la anterior. La cuestión incidental da nacimiento a un conflicto de leyes que puede resolverse aplicando el mismo principio que vincula la cuestión principal, o bien referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador. Se deriva del hecho característico de la conexión de ambos asuntos a legislaciones diferentes, y que las mismas, cuestión incidental y cuestión principal, aparecen directa y necesariamente vinculadas, de manera que ésta última queda subordinada a la primera[553].

Prejudicial es en sentido estricto, aquel asunto que debe resolverse antes que la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia y, entendida así, podríamos encuadrar en tal definición a la cuestión incidental en el Derecho internacional privado[554].

Para Quintín Alfonsín,

> La llamada "cuestión incidental" no es un problema auténtico del funcionamiento del derecho privado internacional. Tanto por su planteamiento correcto como por la solución

[552] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 71.
[553] Véase *Infra* punto III.
[554] Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales…, ob. cit., p. 248.

> que merece, este problema se identifica con la calificación cuando la cuestión se presenta antes de la determinación del derecho privado aplicable a la relación llamada incidental, y se identifica con la adaptación cuando se presenta después que el derecho privado internacional mencionado fue de algún modo determinado[555].

Carrillo Salcedo y Aguilar Navarro, al fijar posición en las soluciones a esta figura, señalan la necesaria adaptación entre ambos ordenamientos. El ordenamiento jurídico del foro debería sacrificarse en beneficio del Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental es lo fundamental, pero no puede aplicarse esta afirmación en aquellas situaciones en las cuales la cuestión incidental incide en una situación jurídica que vive dominantemente en el sistema del foro, la primacía de éste resulta indiscutible pues la adaptación con el Derecho extranjero no puede darse[556].

Para Ochoa Muñoz, el dispositivo de solución de la cuestión incidental a través de la solución *lex formalis causae* puede asimilarse a la adaptación conflictual, o solución de naturaleza conflictual al problema de adaptación. Sin embargo, agrega, se trataría de un tipo de adaptación conflictual limitada a la posible inobservancia de la norma de conflicto que regula la cuestión incidental, y que no permite desatender la norma de conflicto de la cuestión principal. Bajo esta concepción, la posibilidad de regular la cuestión incidental conforme a la *lex formalis causae* responde a un problema relacionado con la adaptación, pero cuya procedencia obedece a la particular relación de incidental y principal que tenga una cuestión con otra, y además, la solución de este problema se reduce a un mecanismo estrictamente conflictual que a su vez está condicionado a la preponderancia de la cuestión principal sobre la incidental. En la adaptación los presupuestos de procedencia no toman en cuenta la relación de principal o accesoria que puedan presentar entre sí los diversos aspectos del caso, y sus vías de solución no están reducidas a un particular mecanismo conflictual[557].

Se trata de dos instituciones autónomas, la adaptación responde a problemas de incompatibilidad, a diferencias de contenido sustancial de las legislaciones simultáneamente aplicables a una misma relación jurídica internacional, y este resultado puede aparecer en los procesos utilizados para resolver las cuestiones incidentales.

c. La adaptación y el reenvío

De entre los fenómenos ajenos a lo que se entiende por adaptación, Cansacchi examina los supuestos de orden público y reenvío, debido a una amplia consideración del problema. Según el autor, la razón por la que se considera el reenvío como un supuesto más de adaptación

---

555 Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional*…, ob. cit., p. 636.

556 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 244; Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 62 ss.

557 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 446.

reside, en que en los supuestos de no admisión del reenvío, la ley extranjera recibe un ámbito de aplicación distinto del que tenía asignado originariamente, según que la norma de conflicto del foro utilice una conexión basada en la nacionalidad o en el domicilio. La falta de rigor en estos planteamientos se debe a que, la modificación de la ley extranjera no depende de un análisis del contenido de las normas materiales en conflicto, sino únicamente de un principio de no admisión del reenvío formulado *a priori*, esta no admisión se ha realizado por el legislador y no por el juez[558].

El reenvío surge cuando la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero; este ordenamiento contiene, a su vez, una norma de conflicto que remite la regulación de la relación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del Estado que está conociendo o el de un tercer Estado[559].

El reenvío no es consecuencia de la incompatibilidad de las leyes materiales aplicables, sino de las diferencias de las normas conflictuales y es un problema que surge en la fase de determinación de la ley aplicable, mientras para que la necesidad de adaptación se plantee debe conocerse previamente el contenido de las normas simultáneamente o sucesivamente aplicables a un mismo supuesto internacional, lo cual lleva a afirmar que sólo en la fase de aplicación de las normas surge la citada dificultad[560]. La preocupación por alcanzar la coordinación o actuación armoniosa entre sistemas jurídicos distintos, que tiene lugar en la fase de determinación de la ley aplicable, nada tiene que ver con la adaptación.

Es el contenido material contradictorio de las normas materiales en presencia lo que hace necesaria la intervención de la adaptación y por consiguiente toda modificación formal realizada en una fase anterior puede caer dentro de los correctivos "normales" del funcionamiento de las normas de conflicto, pero nunca dentro de la adaptación.

d. La adaptación y el orden público internacional

Cansacchi incluye al orden público dentro de la teoría general sobre la adaptación, porque toma en cuenta únicamente los efectos que su intervención produce sobre las normas en presencia: modificación de la disposición extranjera a fin de hacerla compatible con el ordenamiento jurídico del foro o ampliación del ámbito de aplicación de la *lex fori*. No toma en consideración la distinción entre las causas que originan la intervención del orden público y aquellas que justifican el recurso a la adaptación: salvaguarda de la coherencia interna en el primer

558 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 25-26.
559 Madrid Martínez, Claudia, Artículo 4. Reenvío, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo I, pp. 213-214.
560 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 28-29.

caso, y protección de la sistemática de las relaciones jurídicas privadas en el segundo[561].

Carrillo Salcedo también incluye al orden público dentro de los problemas de adaptación: La función que el orden público debe llevar a cabo en el método de atribución y en el proceso de aplicación de la regla de conflicto es la de servir de instrumento de defensa de la homogeneidad del ordenamiento del foro, contribuir al ajuste y adaptación entre la "*lex fori*" y el Derecho extranjero[562].

Como ejemplo a este planteamiento cita el caso *Chemouni*, decidido por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 19 de febrero de 1963. El señor *Chemouni,* tunecino de confesión hebraica, que en Túnez había contraído sucesivamente dos matrimonios de conformidad con su ley personal, se instala tiempo después en Francia, donde se le reclama pensión alimenticia por parte de su segunda esposa. El Tribunal de apelación rechazó la demanda en nombre del orden público francés que se opone a la poligamia, pero su decisión fue casada por la *Cour de Cassation* bajo el argumento de que si bien el orden público se opone a la celebración de un matrimonio poligámico en Francia, no se opone a que una unión poligámica regularmente contraída en el extranjero, de conformidad con la ley competente, produzca efectos en Francia y en especial la obligación de alimentos.

Se planteó de nuevo el asunto en el Tribunal de Versalles, ante el cual el Señor *Chemouni* alegó un hecho nuevo que, entretanto, él había adquirido la nacionalidad francesa. Sin embargo el Tribunal de Versalles decidió que aún cuando fuese ciudadano francés debía prestar alimentos a dos mujeres legítimas, y la *Cour de Cassation* mantuvo la misma decisión. El orden público francés no ha intervenido pues puede equipararse la situación a la del divorciado que paga pensión alimenticia a la primera esposa, y en esta controversia la demandante no era divorciada sino se trata de una mujer unida en legítimo matrimonio al obligado a pagar alimentos, conforme con el Derecho extranjero competente[563].

Concluye el autor, que se ha hecho una adaptación del Derecho del foro para acoplarlo a las exigencias de una situación con elementos extranjeros jurídicamente relevantes, sin afectar la homogeneidad del mismo. Debido a esta adaptación y a la interpretación flexible del Derecho del foro, ha sido posible tomar en consideración el Derecho extranjero y llegar a una reglamentación específica de un supuesto de tráfico externo, mediante la cooperación y coordinación de dos o más ordenamientos jurídicos[564].

El orden público se diferencia de la adaptación desde sus propias causas de procedencia. El orden público pretende garantizar y proteger los principios fundamentales del ordenamiento

561 *Ibid*., p. 25.
562 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 327.
563 Batiffol, Henri, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, en: *Recueil des Cours*, 1967, Tomo 120, pp. 183 ss.
564 Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 328.

jurídico del foro en casos en que la aplicación del Derecho extranjero produzca resultados manifiestamente incompatibles con esos principios, busca garantizar la coherencia interna de la legislación en protección de un interés general; mientras que la adaptación persigue garantizar la justicia de los casos en protección de intereses privados, sólo pretende armonizar normas que no necesariamente son contradictorias sino discordantes, sin tomar en cuenta si alguna de ellas pertenece a la *lex fori*[565].

Por otra parte, el efecto principal de la actuación del orden público es el desplazamiento del Derecho extranjero competente, es la desaplicación de la norma extranjera manifiestamente incompatible con los principios de la *lex fori*[566]; mientras que las soluciones tradicionales de los problemas de adaptación implican la adecuación de los ordenamientos incompatibles o la desaplicación de cualesquiera de ellos, sin que la *lex fori* tenga necesaria preferencia.

En aquellos casos que se rechace sólo el fragmento del Derecho extranjero que violenta los principios esenciales del orden público y se permita la aplicación del resto de la normativa extranjera que no contradice esos principios, es posible la aplicación de la técnica de la adaptación pues en estas situaciones resultarían aplicables a un mismo supuesto leyes distintas que no necesariamente resulten coherentes entre sí[567].

e. La adaptación, la sustitución y la transposición

Bajo la rúbrica de la "adaptación" se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos. Se admite generalmente que la sustitución y transposición son casos particulares de adaptación de normas materiales procedentes de sistemas jurídicos diversos, una vez resuelto el problema de la ley aplicable a la cuestión previa en el caso de la sustitución, y del conflicto móvil en el caso de la transposición. Sin embargo, la distinción no difumina su elemento común: las tres figuras conciernen a la aplicación distributiva o acumulativa de varias leyes nacionales a la misma situación, y los tres supuestos se suscitan a la hora de aplicar las normas materiales, una vez localizadas a través de la norma o normas de conflicto del foro.

Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la "sustitución" o "transposición" de instituciones, asentados estos últimos en la "teoría de la equivalencia". La sustitución y la transposición se refieren a la búsqueda de una equivalencia entre la institución comprendida en la ley extranjera y la institución comprendida en la ley del foro. La adaptación en sentido estricto se plantea

565 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 443.
566 Madrid Martínez, Claudia, Artículo 8. Orden público, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo I, p. 302.
567 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 444.

en aquellas situaciones que por resultar aplicables varias legislaciones diferentes a un mismo supuesto, se produce una incongruencia o un desajuste en la solución final[568], incide directamente en la regulación material y sobre los efectos previstos por los ordenamientos que resulten aplicables. No se trata del empleo de la noción de equivalencia, sino en la reinterpretación de las normas (conflictuales y materiales) en previsión de desajustes y discordancias.

Fue Lewald quien primero propuso la diferenciación de los problemas de transposición, sustitución y adaptación, en un esfuerzo por sistematizar la teoría de la adaptación[569]. El autor introdujo en su Curso de La Haya de 1939 una clasificación entre adaptación en sentido estricto, transposición y sustitución[570], atribuyendo a cada uno de estos supuestos características propias y un ámbito de aplicación distintos según la causas origen del conflicto[571]:

- Adaptación, en sentido estricto: Tiene lugar cuando normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos son aplicables simultáneamente a aspectos diversos de una misma relación internacional o a relaciones íntimamente vinculadas entre sí por existir entre ellas una "coherencia sistemática". El autor recurre al ejemplo del cónyuge supérstite, difundido ampliamente por la doctrina. Le atribuye a la calificación parcial que se realiza a las instituciones relacionadas con el régimen matrimonial y la sucesión, la causa de resultados anómalos a que están expuestas en el ámbito internacional, por no tomar en cuenta la interdependencia que existe entre ambas dentro del sistema del que forman parte.

- La sustitución: Surge una vez resuelta la determinación de ley aplicable a la cuestión previa y principal; es necesario averiguar si entre la norma material aplicable a la cuestión previa y la aplicable a la cuestión principal existe una equivalencia suficiente que permita sustituir la relación que es considerada como prejudicial para que tenga lugar un determinado efecto jurídico en el Derecho interno por una relación análoga de Derecho extranjero.

El ejemplo que esboza para explicarlo, es el de una decisión de la jurisprudencia francesa de 1872, sobre la sucesión de bienes inmuebles de un causante español, regulada por la ley francesa como ley de la situación de los inmuebles. El punto discutido era si uno de los presuntos herederos tenía la condición de hijo natural legalmente reconocido del causante, habiendo tenido lugar el reconocimiento según la legislación española. La solución dada por el Tribunal de Pau fue considerar suficiente este reconocimiento, con lo que se verificó una sustitución del requisito exigido por el Derecho francés por la institución correspondiente del ordenamiento español[572].

---

568 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 376 ss.
569 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 451.
570 Lewald, Règles générales des conflicts de lois…, ob. cit., pp. 126 ss.
571 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 84.
572 Lewald, Règles générales des conflicts de lois…, ob. cit., pp. 130 ss.

- La transposición: Tiene su origen en las consecuencias desmembradoras del conflicto móvil cuando las condiciones de nacimiento y validez de las relaciones jurídicas continuadas se ven sometidas a una legislación distinta de la que regula todo o parte de sus efectos. El ejemplo que nos proporciona es el del juez francés que debe valorar las disposiciones testamentarias formuladas por *el de cujus* según el Derecho inglés, respecto de un inmueble situado en Francia, teniendo que aplicar la ley francesa por ser el lugar de situación de los inmuebles. Se plantea el problema de que se contemplen instituciones testamentarias que no existen como tales en el Derecho francés, por lo que el juez debe traducir las disposiciones del testador conforme a las concepciones de la ley que rige la sucesión. En este supuesto si se procede a interpretarlas de forma rígida de acuerdo con el significado que las normas poseen en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pueden mostrarse poco aptas o mostrar dificultades para ser aplicadas conjuntamente. El juez debe acudir al Derecho comparado, y no aplicar la ley competente sin transponer el acto jurídico en el marco del Derecho francés[573].

El citado ejemplo, sin embargo, no se corresponde con lo que se entiende como conflicto móvil. Es preciso mencionar muy someramente el término de conflicto móvil[574], denominación introducida por Bartin, "fenómeno mediante el cual dos normas resultan aplicables 'sucesivamente' a una misma relación jurídica de carácter continuado, debido a un cambio voluntario del punto de conexión, de tal modo que las condiciones de su nacimiento y alguno de sus efectos pueden verse sometidas a ordenamientos distintos"[575]. Este tipo de conflicto ocurre cuando las normas utilizan conexiones variables, como el domicilio, situación de bienes muebles, nacionalidad, etc.

Miaja explica que la labor de acoplamiento entre dos leyes distintas requiere en ocasiones lo que Lewald denomina transposición, en los supuestos de que ambas legislaciones tengan una aplicación sucesiva, por ejemplo, en el caso de los derechos reales sobre bienes muebles cuando éstos son trasladados de país y se regulan conforme a la norma de conflicto por el lugar de ubicación, en estos casos los derechos reales sobre los bienes muebles subsisten pero adaptados a la legislación que ahora los rige. La transposición de Lewald tiene cierta equivalencia con alguno de los conflictos que la doctrina francesa califica de "móviles", es decir, los que se producen por el cambio de punto de conexión, cuando éste es decisivo para la fijación de la ley aplicable. Y existen casos de sustitución de la norma material por la equivalente del Derecho del foro de otro país. Estos problemas de acoplamiento se hacen más evidentes cuando se trata

573 *Ibid*., p. 127.

574 Savigny planteó el problema como conflicto transitorio y señaló como preciso para que se de el conflicto transitorio, que el cambio afecte a las propias normas jurídicas y no a los elementos fácticos de la relación jurídica, pero fue Bartin quien aportó la terminología ingeniosa de conflicto móvil en el primer volumen de sus *Principes*, publicado en 1930. Ver Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 412 ss.

575 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 74.

de aplicar instituciones que son producto de una mentalidad jurídica muy diferente y lograr que ésta funcione en un país determinado[576].

Van Hecke opina que el problema de la transposición puede asimilarse al de la sustitución, ya que en ambos se trata de una cuestión relativa al significado de los elementos que constituyen el concepto prejudicial o la condición de aplicación de la norma aplicable, ambos se refieren a la equivalencia en la significación de elementos entre las instituciones de un ordenamiento a otro. La sustitución-transposición es un problema de interpretación de la norma aplicable en cuanto a las condiciones de aplicación mientras que la adaptación es un problema de coordinación de dos o más normas aplicables en cuanto a los resultados[577]. Separa la adaptación de los problemas de transposición y sustitución.

Para Rigaux[578], quien también asimila la transposición a la sustitución, el problema de sustitución contiene un elemento concreto que lo diferencia de la adaptación, que viene a ser el carácter previo o prejudicial de la aplicación de una ley en relación con otra. A diferencia del problema de Derecho internacional privado llamado cuestión previa, que afecta a la elección de la norma de conflicto de leyes, la determinación del concepto prejudicial o problema de sustitución conduce a la equivalencia de los conceptos de Derecho material. Es la naturaleza del lazo establecido por el sistema conflictual entre las dos normas de Derecho material lo que suscita un problema específico: la verificación de la equivalencia de dos conceptos jurídicos de los que uno pertenece a la hipótesis de la disposición legislativa aplicable a la cuestión principal, mientras que el concepto prejudicial se configura por un sistema jurídico diferente[579]. Emplea los términos de cuestión previa y prejudicial para indicar situaciones diferentes dentro de lo que conocemos como cuestión incidental en Derecho internacional privado. Para Rigaux la cuestión previa sólo tiene que ver con la determinación del Derecho material aplicable a la cuestión incidental, afecta a la elección de la norma de conflicto aplicable (problema de conexión), y equipara "la determinación del concepto prejudicial" con la sustitución teniendo lugar después de que la aplicación de las normas de leyes han permitido identificar en uno de los dos ordenamientos jurídicos las normas de Derecho material pertinentes.

El ejemplo empleado con mayor frecuencia por la doctrina para explicar la figura de la sustitución, es el de la determinación de la vocación sucesoral del adoptado cuando la adopción se ha llevado a cabo conforme a una legislación distinta de la que rige la sucesión. Es necesario averiguar si a pesar de que según la ley de la adopción el hijo no tiene ningún derecho en la sucesión del padre adoptante, dicha pretensión puede serle reconocida al reunir la adopción

576 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 430 ss.
577 Van Hecke citado por Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 87.
578 Ver Rigaux en *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 365 ss.
579 *Ibid*., pp. 367 ss.

extranjera los requisitos necesarios exigidos por la ley sucesoria para que tengan lugar los citados efectos. Por ejemplo, si de acuerdo a la ley que regula la cuestión previa la adopción simple atribuye derechos sucesorios al adoptado en concurrencia con hijos legítimos, mientras que según la ley del foro reguladora de la cuestión principal sólo la adopción plena sin hijos legítimos es susceptible de otorgar derechos sucesorios al adoptado, la solución consiste en rechazar efectos sucesorios a la adopción simple de la legislación extranjera, pues no reúne los requisitos mínimos de equivalencia exigidos por la *lex fori*[580].

Rigaux expone como ejemplo la solución utilizada por el tribunal civil de Neuchateau, del 17 de enero de 1979, relativo a un hijo de nacionalidad polaca llamado a heredar un inmueble situado en Bélgica. Mientras la ley belga, como ley sucesoria, le atribuye una cuota menor al hijo natural, la ley personal del demandante suprimió toda discriminación entre las categorías de hijos, calificarlo como "natural" respecto de la ley sucesoria, por el motivo de que nació fuera del matrimonio, conduciría a invadir el ámbito propio de la ley personal[581]. En estos casos, el problema radica en la identificación de las equivalencias entre la forma de adopción que consagra la ley que rige la adopción (cuestión previa) y la forma de adopción que contempla la ley que rige la sucesión (cuestión principal), a fin de determinar si la primera puede sustituirse en la segunda y desplegar los mismos efectos respecto de la sucesión.

A su vez, Fernández Rozas al hablar de transposición la define como "la adaptación de una situación jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal situación ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto en el marco de las categorías jurídicas de éste; en otras palabras, la introducción en el foro de un derecho adquirido en el extranjero, que muchas veces puede constituir de una "institución desconocida", esto es, sin equivalencia alguna, en el Derecho del foro"[582]. Tales supuestos se exteriorizan esencialmente en los casos de conflicto móvil. La sustitución es una "conversión sustitutiva" que, una vez confrontadas dos o más instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, asiente en encontrar un equivalente funcional de la situación jurídica, que constituye el presupuesto de su eficacia, para valorar una situación o un concepto prejudicial[583]. Y esta última es utilizada para obviar los problemas de adaptación entre las normas pertenecientes a ordenamientos distintos que rigen la cuestión preliminar y la principal[584].

Aun cuando resulta difícil precisar estas instituciones, la diferencia entre la sustitución y la transposición reside en que en la primera la necesidad de buscar la equivalencia de

---

580 Lewald, Règles générales des conflits de lois…, ob. cit., p. 133; Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 85-86; Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 366.
581 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 368.
582 Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 17.
583 *Ibid*., p. 30.
584 Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 344-345.

contenido tiene lugar entre dos instituciones designadas a través de dos normas de conflicto distintas, mientras que en la transposición se trata de buscar la equivalencia entre aspectos de una misma relación jurídica designados a través de una conexión única, pero que se concreta en dos momentos temporalmente distintos[585].

Para van Hecke, al igual que para Rigaux[586] en los problemas de sustitución y transposición lo que se trata es de buscar la posibilidad de aplicar a la condición y efectos de una relación jurídica, o bien de varias vinculadas entre sí, normas pertenecientes a distintos ordenamientos, mientras que en la adaptación se trata de ver cómo se coordinan, articulan los efectos de su mutuo funcionamiento. Para Nuria Bouza, de lo que se trata es de distintas etapas en el proceso de la actividad judicial por la búsqueda de soluciones armoniosas de las relaciones internacionales que de diferenciación entre distintos tipos de adaptación en sentido amplio[587].

La diferencia sustancial estriba en los distintos instrumentos que utilizan cada una de estas técnicas y en su distinto alcance. La sustitución y la transposición son soluciones propuestas para resolver las dificultades que plantea la concurrencia de normas materiales de sistemas jurídicos diferentes, una vez que se determina la ley aplicable al conflicto móvil y a la cuestión previa. Ambas consisten en averiguar el grado de equivalencia entre las instituciones jurídicas con prescindencia de las diferencias que puedan existir en la forma como cada ordenamiento interno las configura y regula. Se trata de proceder a una interpretación "generosa" de las normas que concurren, a fin de alcanzar la coordinación entre los sistemas jurídicos, pero sin necesidad de abandonar la norma de conflicto ni de modificar sus elementos estructurales, ni de alterar el Derecho material designado[588]. Exteriorizan una evidente identidad funcional en el sentido de que ambas utilizan el parámetro de la equivalencia de instituciones para coordinar los sistemas en presencia. No suponen necesariamente la incompatibilidad o contradicción entre los distintos ordenamientos aplicables. La adaptación en sentido estricto denota la necesidad de proceder a una modificación de la norma de conflicto o de las normas materiales sucesiva o simultáneamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional. Cuando no hay un mínimo de equivalencias, y las divergencias entre las normas aplicables hacen imposible su actuación u ocasionan soluciones injustas o separadas de los objetivos de las normas materiales en juego, se impone la necesidad de corregir las diferencias mediante la técnica de la adaptación[589].

---

585 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 86 ss.
586 Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 416 ss.
587 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 89.
588 *Ibid*., pp. 29-30.
589 Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 455.

4. Soluciones al problema

Se ha intentado superar el problema mediante distintas técnicas: a) frente a dos normas inconciliables entre sí, el juez puede prescindir de la aplicación de ambas y aplicar la solución contenida en la *lex fori* (técnica de la *lex fori*); b) aplicar una de las leyes materiales extranjeras reclamadas, excluyendo la otra u otras; se aplicaría la norma de conflicto que presente vínculos más estrechos con el caso (técnica de la eliminación); c) aplicar parcialmente cada una de las leyes sólo a determinados aspectos de la relación, modificando el alcance de las normas de conflicto (técnica de la aplicación parcial de las leyes en presencia); d) en los casos en los que el legislador no ha previsto una regulación especial, ya que las normas de conflicto en presencia deben aplicarse, la solución consiste en ajustar el contenido material de los Derechos en presencia[590].

La aplicación de la solución *lex fori*, encuentra justificación en los sistemas conflictuales en un principio vinculado con la aplicación del Derecho extranjero en el foro que no es otro que, en caso de "imposible aplicación" de un sistema extranjero, el juez debe dar aplicación a la *lex fori* a título de la denominada "competencia residual"; cuando la norma extranjera quebranta principios de orden público, el juez del foro no dispone de una norma expresa que le indique cuál es la sustitutiva que debe aplicar[591].

Esta solución también encuentra justificación en sistemas *legeforistas*, y los argumentos que apoyan la posición negativa parten de una interpretación estricta de la función judicial en el Derecho internacional privado, sosteniendo así que el juez no posee facultades para proceder a una eventual adaptación entre los sistemas materiales extranjeros declarados aplicables por las normas de conflicto del foro, ni desde otra perspectiva, para dejar de aplicar una norma de conflicto del foro, en beneficio de otra, sometiendo al Derecho designado por esta última la totalidad de los problemas objeto de la decisión. La función judicial consiste en la aplicación del Derecho y no en su creación, el problema desborda el mandato del legislador contenido en las normas de su propio sistema de Derecho internacional privado, a menos que una norma expresa de dicho sistema atribuya al juez expresa facultad o mandato para realizar la operación de adaptación[592]. El empleo de esta técnica de solución puede conducir a resultados poco satisfactorios, el juez antes de recurrir a la *lex fori* podría buscar una norma del ordenamiento extranjero que se adapte al caso y sustituya aquella incompatible con el propio derecho, esta sustitución de normas puede operar como procedimiento inverso, cuando la aplicación de la *lex fori* resulta más favorable a la validez del negocio jurídico[593].

---

[590] Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 288.
[591] B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 295-296.
[592] Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., pp. 41-42.
[593] B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 296.

Kegel a su vez expone otra solución, cuando se presentan situaciones en que no conviene modificar ni las normas de colisión ni las materiales, entonces no hay más remedio que integrar normas materiales propias dentro del Derecho internacional privado del foro[594].

El examen de la doctrina nos muestra que existen dos fórmulas aptas para restablecer el equilibrio y la sistemática de las relaciones jurídicas cuando ésta ha sido rota por la intervención de la norma de conflicto. Una consiste en someter el conjunto de aspectos de las relaciones jurídicas desmembradas a una ley única, de naturaleza conflictual, puede denominarse indirecta[595], o de Derecho internacional privado[596]. La otra fórmula es de naturaleza sustantiva o de Derecho material, puede denominarse indirecta o de Derecho material privado.

Ninguna de estas soluciones comprende directrices precisas para el juez, sino que más bien suponen un grado mayor de libertad en la valoración judicial, trasladando al juez potestades cuasi legislativas y en las que, el Derecho comparado juega un papel importante, como una de las vías que ha de proyectar luz sobre el trabajo del juez. Cuál sea el camino acertado, lo enseña la ponderación de intereses en cada caso. En principio hay que obrar por la "ley de la menor resistencia", es decir sacrificar los intereses menos sólidos para proteger los más fuertes. Los intereses en juego son, en primer lugar, aquellos a que sirven las normas de colisión ordinarias y que han conducido a la contradicción de norma materiales; el interés de orden en la armonía internacional de las decisiones; y finalmente, el interés de orden en que se produzca una decisión "real"[597].

En este sentido Cansacchi sostuvo, que las decisiones sobre adaptación nunca podrán fundarse en pautas exactas establecidas en la ley, sino en directrices apoyadas en principios de interpretación muy generales y orientadas más bien por sentimientos de equidad y por el sentido de la lógica[598].

---

[594] A través de un ejemplo ilustrativo explica esta solución: un padre francés y su hija inglesa se accidentan de muerte en un avión. El padre instituyó a su hija heredera directa y a un amigo heredero sustituto. La hija ha instituido a su padre heredero directo y a una amiga heredera sustituta. Ambos, amiga y amigo, reclaman las dos herencias. La sucesión del padre se rige por el Derecho francés y la de la madre por el inglés, y según ambos regímenes sólo puede heredar el que sobreviva al causante. Sobre las presunciones de muerte decide el Derecho nacional de cada quien, según el francés se presume que sobrevive la hija y conforme al segundo el padre. "En tal situación de equilibrio no hay interés alguno que pida desplazar las normas de colisión sobre sucesión y sobre presunciones de vida y muerte. Por otra parte, sería del todo irreal buscar normas de *remedio* en los derechos materiales. Pero tampoco se puede dejar en pie la contradicción normativa. No queda más que cortar el nudo y completar el Derecho internacional privado del foro con una norma de derecho material que supere la presunción de conmuriente contradictorias: la de que se presume el fallecimiento simultáneo". Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 204.

[595] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 34.

[596] Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 197.

[597] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p, 275; Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 197-198.

[598] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 282.

a. Solución de naturaleza conflictual

La solución de naturaleza conflictual supone modificar la aplicación de las normas de conflicto del foro, prescindiendo de uno de los sistemas extranjeros de manera que el juez someta el asunto en su conjunto a uno de ellos con exclusión del otro. El juez retiene una norma de conflicto y descarta la otra, optando por someter ambas cuestiones a un mismo ordenamiento, dando prevalencia a una de las normas de conflicto y asegurando de esta forma, la coherencia de la regulación final. Supone la inobservancia de alguna de las normas de conflicto aplicables, para subsumir la situación en su conjunto en el supuesto de una sola norma de conflicto, lo que en definitiva implica construir una nueva norma de conflicto extraordinaria que envuelva toda la situación[599].

Bouza Vidal señala que consiste en someter el conjunto de aspectos de las relaciones jurídicas desmembradas a una ley única, creando para ello una nueva norma de conflicto o bien sustituyendo la conexión de una de las normas de conflicto por la conexión utilizada por la otra norma de conflicto concurrente. Se trata de una adaptación respetuosa con la técnica conflictual y que puede denominarse "indirecta"[600]. Kegel llama a esta solución de "Derecho internacional privado" y a través de ella, es posible desplazar los límites entre dos normas de colisión o construir una nueva extraordinaria, con lo cual se impide la aplicación de dos ordenamientos materiales diferentes cuyas normas son incompatibles. Se trata, por llamarlo de alguna forma, de una calificación especial para un fin especial, el de evitar la contradicción de normas. Es una solución preventiva[601].

El empleo de esta solución evita el fraccionamiento de la situación jurídica, pues ésta quedará regulada en su globalidad por una única legislación, y no habiendo fraccionamiento no podrá haber inadaptación o desarmonía. Es la concurrencia de una norma de conflicto con otra de su misma naturaleza y el resultado inadecuado que arroja su funcionamiento simultáneo, lo que conduce a la necesidad de desaplicar una de ellas o elaborar una norma nueva[602].

Pero en este punto la doctrina no es pacífica en orden a justificar la elección. Cierto sector da preferencia a la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo o elegir exclusivamente a la norma de conflicto que remita al Derecho últimamente aplicable, pues es el problema actual que está ventilando el juez, siguiendo construcciones inherentes al conflicto móvil. Así en los problemas como los del cruce entre el estatuto sucesorio y el régimen patrimonial del matrimonio, la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo es la relativa al régimen económico del matrimonio. La doctrina española emplea el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de junio de 1960, recaída en el asunto

599 *Ibid*., pp. 278-279.
600 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 34.
601 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 197.
602 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 279.

Tarabusi vs Tarabusi, en todo el razonamiento del Tribunal estaba la pretensión de incluir el conjunto de los problemas (régimen económico matrimonial y sucesiones) dentro de la norma de conflicto sobre sucesiones a título de último ordenamiento aplicable[603].

Esta solución puede resultar demasiado rígida y no desciende a los pormenores del caso concreto, además deben tomarse en cuenta los intereses en juego debiéndose proteger los de mayor importancia y el respeto a las situaciones válidamente creadas, de esta forma el juez no podrá desatender una norma de conflicto cuando ello conduzca a conculcarlas. El principio o grado de mayor proximidad o vinculación de la situación planteada con alguna de las legislaciones en conflicto puede ser otro elemento importante para guiar la solución[604].

Este tipo de solución es el preferido por la doctrina internacional y el que con frecuencia ha utilizado la jurisprudencia extranjera. Se han inclinado en someter el conjunto de derechos patrimoniales y sucesorios del cónyuge viudo a una ley única, la matrimonial o la sucesoria, según las características propias del derecho interno e internacional de cada ordenamiento[605].

b. Solución de naturaleza sustantiva o de Derecho material

La adaptación sustantiva consiste en respetar el ámbito de aplicación de las normas de conflicto concurrentes y proceder a continuación a los reajustes necesarios entre las normas materiales sucesiva y simultáneamente aplicables[606]. Este mecanismo supone una modificación del alcance de tales leyes para darles un contenido armónico, y para ello es necesario alterar el dispositivo de las normas en juego, acoplándolas hasta que resulten intrínsecamente coherentes entre sí[607].

Kegel la denomina solución curativa, "en la cual se dejan intactas las normas de colisión de Derecho internacional privado que han conducido a la contradicción y, en cambio, se busca remedio en los derechos materiales privados, encorvando sus normas hasta superar la contradicción"[608].

---

603 El Sr. Tarabusi de nacionalidad italiana, contrajo matrimonio en España en 1940 con una española sin establecer capitulaciones matrimoniales falleciendo catorce años después. Conforme a la norma de conflicto española vigente en aquellos momentos, el régimen de bienes en el matrimonio se regía por la ley nacional del marido por lo que era de aplicación la ley italiana que estipulaba como régimen matrimonial el de separación de bienes, pero concediendo a la viuda derechos en la sucesión del cónyuge fallecido. La sucesión se regía en España por la ley nacional del *de cujus* al tiempo del fallecimiento partiendo del postulado del régimen legal de gananciales en el matrimonio, concediendo derechos limitados a la sucesión del cónyuge supérstite. El Tribunal solucionó el problema recurriendo a la estratagema de que no se había probado el Derecho extranjero reclamado en materia sucesoria para aplicar las normas españolas sobre régimen económico matrimonial. Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., p. 40.

604 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 279.

605 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 34-35.

606 *Ibid*., p. 35.

607 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 275-276.

608 Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 197.

Para Aguilar Navarro la adaptación plantea el significado que la justicia tiene para el Derecho internacional privado, por ello no puede excluirse la solución material en la cual el juez cumple un rol fundamental. Afirma que es un "correctivo de carácter material" que lleva de nuevo al funcionalismo, y con él a la defensa del carácter judicial, de la acción constitutiva que el juez tiene en el Derecho internacional privado[609].

El mecanismo consiste en la creación de una norma *ad hoc* derivada de la modificación de las normas materiales concurrentes o de la aplicación parcial por el juez de cada uno de los sistemas en contradicción hasta hacerlos compatibles, concediendo determinados efectos atribuidos por cada uno de ellos. Por ejemplo, ante la contradicción en los casos de régimen patrimonial del matrimonio/sucesión, atribuyendo los derechos propios del régimen económico del matrimonio por un sistema extranjero y los derechos sucesorios de acuerdo al otro sistema, de manera que el resultado final sea el adecuado, compensado las deficiencias de cada uno. En consecuencia, conforme a este método el juez puede, para evitar los desajustes, buscar una solución *ad hoc*, compaginando los respectivos Derechos materiales en juego, a través por ejemplo, de la compensación de los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos[610].

Wolff llegó a afirmar que la adaptación, o "ajuste" como la denominó, de varios sistemas jurídicos internos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos constituyen "las verdaderas dificultades… Las cuestiones que surgen en este dominio, no están sin embargo relacionadas con el Derecho internacional privado, sino con la interpretación correcta de las reglas legales internas"[611]. Percepción que coincide con la de Raape, de situar los problemas de adaptación al margen de esta disciplina, cuya función se agotaba con la designación de la ley aplicable. Sin embargo, Lewald había abordado el problema en el marco de la aplicación de la ley competente[612], mientras Cansacchi lo situaba en la última fase del funcionamiento de las reglas de conflicto, denominada fase de aplicación de la ley extranjera, y por tanto, en el ámbito del Derecho internacional privado[613]. Y se redujo a un problema de interpretación de las correspondientes normas materiales aplicables, en este sentido se manifiestan Betti[614], Raape, Lewald y Batiffol. La adaptación no es un mecanismo meramente interpretativo, si entendemos por interpretación la determinación del sentido y del alcance de una norma que debe ser aplicada. La adaptación es un procedimiento que implica siempre una modificación de preceptos normativos, pero supone un proceso interpretativo profundo, para determinar su propia procedencia y precisar los contornos de su solución[615].

---

609 Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 253 ss.
610 Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales…, ob. cit., pp. 42-43.
611 Wolff, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 160.
612 Lewald, Règles générales des conflicts de lois…, ob. cit., pp. 126 ss.
613 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 276.
614 Betti, Interpretación de los conceptos calificadores…, ob. cit., p. 685.
615 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 277-278.

Es manifiesta la importancia de la labor judicial en esta solución, supone una gran tarea para el juez pues le traslada parte de la potestad legislativa, en tanto que le faculta para modificar y crear normas materiales, de allí que en ocasiones se prefiera la aplicación de la técnica de la *lex fori*, porque se le confiere facultades que desbordan la función judicial limitada a la aplicación del Derecho. La adaptación le otorga al juez un manejo más amplio de libertad en la valoración al juez, que no debe extenderse más allá del alcance y contenido de cada una de las legislaciones en conflicto, manteniendo la coherencia y el equilibrio entre una y otra legislación, con el fin de cumplir con los objetivos planteados en los contextos legislativos y conforme a la justicia material del caso. Cansacchi sugería que ante la imposibilidad del legislador de coordinar sus normas materiales con las normas materiales extranjeras, correspondía entonces al juez culminar la armonización de esas normas en el momento de su aplicación práctica[616].

B. Nueva delimitación del concepto de adaptación

La reflexión sobre la adaptación no supuso el descubrimiento de un fenómeno nuevo sino que su estudio respondía a un interés generalizado de regular las relaciones jurídicas de los particulares cuando sus relaciones exceden del marco jurídico de un solo ordenamiento, de manera armoniosa y coordinada. En sus inicios el surgimiento de esta teoría dio lugar a confusiones que repercutieron en darle validez y oportunidad de un trato autónomo. La adaptación vino a ser la explicación para todos aquellos supuestos en que el juez se apartaba de lo establecido en su sistema de Derecho internacional privado en busca de solución por otras vías y bajo argumentos de justicia, como menciona Bouza Vidal, el "cajón de sastre" a través del cual la doctrina encontró justificación a las respuestas que los tribunales daban a los problemas que planteaba la norma de conflicto, en cuanto implicaba una modificación, tanto de sus condiciones y ámbito de aplicación como de sus efectos. Es así como "se oye hablar continuamente" de necesidad de adaptación en las calificaciones, en el reenvío, en el orden público, en las cuestiones previas[617].

Esta concepción amplia y a su vez imprecisa, ha llevado a considerar a la adaptación y la necesidad de alcanzar una regulación conjunta, armoniosa y coordinada entre los ordenamientos jurídicos como una misma cosa. Se confunde así la adaptación con el objetivo mismo al que debe tender el Derecho internacional privado, que no es otro que lograr la armonía conjunta y coordinada entre los sistemas jurídicos y, a su vez a convertir esta figura en un instrumento de arbitrariedad en manos del juez, favoreciendo la tendencia a la aplicación de la ley del foro ante cualquier dificultad que plantee la actuación de la norma de conflicto.

616 *Ibid*., p. 276.
617 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., pp. 19 ss.

Los medios para alcanzar la coordinación son múltiples y se encuentran al alcance del legislador y del juez, desde la búsqueda de una adecuada localización, pasando por una adecuada interpretación de las normas, la modificación de alguno de los elementos de la norma de conflicto o del contenido preceptivo de las normas materiales, hasta la necesidad de buscar la equivalencia entre las instituciones jurídicas con el fin de convertir el derecho interno en instrumento válido para regular la vida jurídica internacional, cualquiera de ellos es válido para resolver los problemas conflictuales, siendo necesario precisar qué es lo que distingue a la adaptación de todos los demás.

El nombre "adaptación" consiste en adecuar los derechos materiales competentes a la situación insólita[618]. Deberá acudirse a ella sólo en aquellos supuestos en que la coordinación entre las normas aplicables a una misma relación internacional no pueda tener lugar sin graves peligros para su unidad y lógica sistemática[619]. Se trata de una de las instituciones valorativas del Derecho internacional privado, que permite combatir el excesivo formalismo y procurar un resultado funcional acorde con la justicia material, en este sentido, por tratarse de situaciones muy especiales, la adaptación debe considerarse una vía de excepción en aras de la seguridad jurídica[620].

La adaptación no es más que un supuesto donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual a la vez que sirve para demostrar hasta qué punto la coexistencia de técnicas de solución distintas y la flexibilidad que de las mismas se deriva es útil para mejorar la regulación de las relaciones privadas internacionales. Implica una modificación de la norma de conflicto o de las normas materiales simultánea o sucesivamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional[621].

La aplicación conjunta de las normas materiales no debe tener lugar, cuando el resultado contradictorio es manifiestamente injusto en relación con las partes interesadas, terceros o el propio sistema del foro, ni tampoco puede tener lugar cuando la solución a la que nos conducen las normas materiales declaradas aplicables se excluyen mutuamente o se yuxtaponen, de manera que el juez se ve obligado a buscar una nueva solución y a modificar las normas concurrentes de tal modo que mediante una serie de "reajustes" haga posible su actuación conjunta y coordinada[622].

La necesidad de adaptación surge ante "la quiebra de la lógica, coherencia y sistemática con que cada derecho interno regula las relaciones jurídico-privadas"[623]. La protección de estas

[618] Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
[619] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 32.
[620] B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 297.
[621] Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 133.
[622] Kegel, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 197 ss.
[623] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 30.

relaciones jurídico-privadas internacionales frente a regulaciones injustas e incoherentes requiere de libertad de valoración judicial, que no debe conducir a desafueros o arbitrariedades. El juez debe realizar una valoración del supuesto que le ha sido sometido, teniendo en cuenta los intereses en presencia, lo cual puede conducir a la modificación de la norma de conflicto o de la norma material aplicable. El juez debe obrar en atención a los intereses de la situación particular que debe resolver, buscando la justicia material, el resultado justo y equitativo, pero circunscribiéndose al contenido de cada una de las legislaciones en conflicto, quedando limitada esa libertad de valoración por el alcance de estas legislaciones, y buscando realizar los objetivos planteados en los sistemas a los cuales pertenecen esas normas[624].

Frente a sus elementos esenciales, el desarrollo del Derecho internacional privado ha impuesto nuevas características a las normas atributivas, una de las cuales tiene que ver directamente con el supuesto de hecho, y no es otro que el de la llamada *especialización* de la norma. Hoy día la doctrina apuesta por la elaboración de normas indirectas con supuestos más concretos, porque los supuestos demasiado abstractos en su enunciado ofrecen, una respuesta abstracta, por lo que se plantea la necesidad de diseñar normas más específicas que se adapten a las nuevas realidades del tráfico internacional y resuelvan adecuadamente las situaciones que reclamen una situación particular, procurando una mayor justicia formal a través del principio de proximidad de la relación jurídica con la legislación que habrá de regularla. Esta especialización de la norma de conflicto trae consigo nuevos problemas de adaptación[625].

En cuanto a la incompatibilidad o incoherencia de las normas materiales a ser aplicadas, es imprescindible la interpretación y examen teleológico y concordado de las mismas; el juez debe examinar y cotejar las instituciones jurídicas materiales de las legislaciones en conflicto y determinar si existe compatibilidad entre las mismas, o si se excluyen o yuxtaponen[626]. Para Benito Sansó, es necesario "un trabajo de interpretación entre los diversos preceptos, tratando de compararlos en base a la función desarrollada por ellos en sus respectivos sistemas (comparación funcional)"[627], en el entendido de que la adaptación no es sólo un procedimiento interpretativo, aun cuando supone una interpretación profunda tanto para determinar su propia procedencia como para precisar los contornos de su solución. La adaptación es más bien un procedimiento de creación jurídica por cuanto implica una modificación de preceptos normativos[628]. A esta conclusión puede llegarse si se entiende en esencia la naturaleza, el contenido y el alcance de las normas materiales en conflicto en el contexto interno del que forman parte,

[624] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 277.
[625] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 69-70; Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 273.
[626] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 274.
[627] Sansó, La función de la interpretación…, ob. cit., p. 744.
[628] Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 277-278.

por ello la importancia del Derecho comparado en la adaptación donde juega un papel determinante, "es la única vía que, cuando menos, ha de proyectar luz sobre los trabajos de jueces y juristas teóricos…"[629].

Para concluir, la adaptación en sentido amplio es "todo esfuerzo jurisprudencial que tiende a regular las relaciones privadas internacionales en aquellos supuestos en que no pueden o no deben respetarse los resultados a que conduce la actuación 'normal' de la norma de conflicto"[630]. Es una institución imprescindible para el idóneo funcionamiento de la norma de conflicto y una de las figuras centrales en el Derecho internacional privado actual[631].

C. Sistema venezolano

La doctrina venezolana inicialmente no estaba a favor del fraccionamiento, prefiriendo la aplicación del mismo Derecho a una determinada relación jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia venezolana aceptaba la posibilidad de fraccionamiento de los contratos[632]. En la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda con fecha 12 de marzo de 1970, cuyo Juez titular era el profesor Dr. Gonzalo Parra-Aranguren, con ocasión del juicio de quiebra de la Compañía Anónima Canal Once de Televisión, se aceptaba la posibilidad de que un contrato se sometiera a leyes distintas. La Compañía Anónima Canal Once de Televisión, adquirió en Nueva York unos equipos para su empresa el 25 de agosto de 1965, y parte del precio de esos equipos no iban a ser pagados por la Compradora a la Vendedora al contado sino en los plazos establecidos en el contrato. De acuerdo con la cláusula primera del contrato de compraventa celebrado al efecto, el contrato se regiría en todo por las leyes del Estado de Nueva York, sin embargo la garantía por el saldo del precio de venta pendiente de pago para que sea válida en Venezuela, constituida en "la reserva de dominio a favor de la Vendedora", se sometería a la ley venezolana sobre ventas con reservas de dominio. El Tribunal resolvió deslindar la cuestión desde el punto de vista del Derecho internacional privado venezolano por cuanto dicha cuestión se encontraba conectada con dos ordenamientos jurídicos, a saber, el norteamericano y el venezolano, expresando: "Es posible por autonomía de la voluntad de las partes, escoger un derecho aplicable a las obligaciones convencionales de carácter civil y/o mercantil, y otro distinto para la garantía de dichas obligaciones…"[633].

---

629 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 432; Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 274-275.

630 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 189.

631 B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 294.

632 *Ibid*., p. 297

633 Ver: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia No. 56-1, 12 de marzo de 1970, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, Tomo XVIII, p. 96, confirmada en casación:

Sin embargo la doctrina, representada por los profesores Benito Sansó[634], Gonzalo Parra-Aranguren[635] y Tatiana B. de Maekelt[636], introduce algunas reflexiones sobre los problemas de adaptación.

La primera consagración legislativa y la regulación más notoria de la adaptación se recoge en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979), que dispone[637]:

> Artículo 9: Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.
>
> Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

El precepto reprodujo la fórmula del entonces Proyecto de Ley de Normas venezolano. La norma pretende la necesaria adaptación de los distintos sistemas jurídicos aplicables a las varias facetas de un mismo asunto, como consecuencia de la utilización del método analítico en Derecho internacional privado. Según explicara su proponente, el Dr. Gonzalo Parra-Aranguren,

> de esta manera se trata de obtener el imprescindible equilibrio entre la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material que debe realizarse en la específica solución del caso concreto. El artículo representa una clara apertura hacia nuevos conceptos de la doctrina contemporánea de los Estados Unidos de América, y constituye adecuada respuesta a ciertas críticas contra la predominante utilización de las reglas indirectas en el Derecho internacional privado[638].

El representante brasileño, profesor Haroldo Valladão, sostuvo que "se trata de una regla general de interpretación, similar a la presentada en el proyecto brasileño, que hablaba de "equidad y justicia social". Así mismo, el profesor Werner Goldschmidt destaca "como la adaptación se resuelve según el método sintético-judicial, una norma general no puede proceder de otro modo que del elegido por el artículo 9, o sea, dando pautas muy amplias"[639].

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, Tomo XXX, p. 395.

634 Se refiere a los problemas de adaptación en dos trabajos: "La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable", ya citado y, "Las sucesiones en el Derecho internacional privado" citado por Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 280.

635 Comentarios sobre adaptación contenidos en "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 421-422 y 476.

636 B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., pp. 140-141.

637 "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 475.

638 "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP II)", *Ibid*., pp. 421-422.

639 "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", *Ibid*., p. 476.

De la proposición original de la delegación venezolana, la expresión "diferentes aspectos de un mismo supuesto de hecho" fue sustituida por la de "diferentes aspectos de una misma relación jurídica". No hay registros de las razones de este cambio, por lo que se presume que se trata de una modificación de estilo[640]. En el acta de la Sesión Décima de la CIDIP II, se dejó asentado, a nuestro modo de ver, directrices que coadyuvan a la aplicación de esta institución y, la intención de abarcar los supuestos complejos integrados por diversas relaciones jurídicas vinculadas:

> Se llegó a un concepto novedoso respecto de diversas leyes que puedan ser competentes simultáneamente y aplicarse al mismo tiempo a varios aspectos **de un mismo caso, debiendo entonces establecerse un criterio armónico, no formalista, tratando de buscar la finalidad perseguida por cada una de ellas**… **si surgieran dificultades formales, ellas deben ser resueltas con un criterio de equidad para el caso concreto**[641] (Resaltado nuestro).

Se perciben en la norma, al señalar la necesidad "de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones", las influencias de Currie, quien hace hincapié en el hecho de que cada Estado tiene interés en que las políticas que subyacen a sus normas se hagan efectivas; e igualmente, la influencia de Cavers, al indicarle al juez que deberá tratar "de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto", quien criticaba la aplicación mecánica y ciega del sistema de conflicto, propugnando la necesidad de evaluar los resultados a que conduciría esa aplicación[642].

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (1994)[643], admitió legislativamente el fraccionamiento o *dépeçage* en los contratos. El artículo 7[644] contempla la posibilidad de que un contrato esté regulado por varios ordenamientos jurídicos:

> Artículo 7: 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**.
>
> La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable (Resaltado nuestro).

---

640 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., p. 287.
641 *Idem.*
642 Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Sistemas de Derecho aplicable de los Estados mercosureños", en: D. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*…, ob. cit., p. 324.
643 Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995. Depósito del instrumento de ratificación, 26 de octubre de 1995.
644 Ver "Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales. México D.F, 1994", en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo II, p. 48.

Durante el periodo de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado fue ampliada la extensión del Capítulo I del Proyecto original, en tal sentido se incorporó, entre otras, la norma en materia de adaptación. De esta manera se descargó la función del artículo 2 de la ley, pues el mismo en su concepción original servía para regular de manera abstracta y general todos los casos de aplicación de Derecho extranjero, sirviendo así para hacerle frente a los casos de adaptación y de instituciones desconocidas[645]. El artículo 7 de la Ley consagra la adaptación y al efecto establece:

> Artículo 7: Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos.
>
> Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Esta norma, similar a la contenida en el artículo 9 de la Convención, contempla los presupuestos para la procedencia de la adaptación. En primer lugar, el supuesto general del fraccionamiento de la situación jurídica planteada, los diversos aspectos de una misma relación jurídica pueden ser regulados por diversos Derechos y; en segundo lugar, la incompatibilidad de las leyes aplicables, la aplicación simultánea de distintos ordenamientos materiales a un mismo supuesto, los cuales son incoherentes o incompatibles entre sí.

Ochoa Muñoz hace un análisis minucioso de este artículo[646], afirmando que la redacción de la norma resulta algo ambigua, pues pareciera contemplar dos supuestos diferentes. En primer lugar, la primera parte de la norma prevé el supuesto general de fraccionamiento de la relación jurídica y la aplicación simultánea de distintos ordenamientos materiales, pero en esta parte del articulado, parece referirse a aquellos casos en los cuales los diversos Derechos que resulten competentes no sean incoherentes y puedan aplicarse de manera armónica, supuesto que pudiera contemplar también los casos de sustitución y transposición[647]. Para este supuesto, sólo se establece como pauta orientadora al juez que procurará realizar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

En segundo lugar, la segunda parte de la norma prevé también el supuesto del fraccionamiento y la aplicación simultánea de diversos Derechos a una misma situación, pero éstos resultan incompatibles entre sí cuando indica: "las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea". Elementos esenciales ambos, para la procedencia de la adaptación. De allí la

---

645 Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto…, ob. cit., p. 175.

646 Ver en Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación…, ob. cit., pp. 282 ss.

647 Javier Ochoa señala que la redacción de esta parte de la norma genera dudas sobre su ámbito de regulación, pudiera contemplar también los casos de sustitución y transposición, recogidos indirectamente en los artículos 9 y 28 de la Ley. Fundamenta esta afirmación en el hecho de que el artículo 7 fue tomado de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP, y aun cuando en forma expresa no se indique nada al respecto, debe tenerse en cuenta que por la época en que se celebró la Convención la tendencia doctrinal apuntaba a incluir los casos de sustitución y transposición entre los problemas de adaptación. *Ibid*., pp. 283-284.

posición de Ochoa Muñoz de considerar que es en esta segunda parte de la norma donde se contempla el supuesto de adaptación propiamente dicha. Para este supuesto la solución es amplia, "la equidad en el caso concreto".

De la exposición de motivos de la Ley en relación al artículo 7, no se infieren grandes cosas. Expresa que

> la Ley ha preferido formular simples normas generales de orientación, a través de la adaptación (art. 7), que alertan al intérprete sobre el sentido general de los problemas. A esto se debe la ausencia de la regulación expresa de la calificación, probablemente, la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho internacional privado[648].

Esta afirmación puede llevar a interpretar que a través de la formulación de simples normas de orientación que alertan al juez sobre el sentido general de los problemas y el contenido de la segunda parte de la declaración referente a la calificación, se quiso englobar también los supuestos de sustitución, transposición y calificación, en el entendido para las dos primeras, de que cuando no exista un grado de equivalencias entre instituciones de legislaciones distintas se impone la necesidad de adaptar y, cuando el conflicto entre calificaciones distintas no puede ser resuelto en base a una adecuada interpretación y análisis de las instituciones controvertidas y la actuación conjunta y coordinada no puede tener lugar por una dificultad inherente a la propia estructura y naturaleza del objeto de la calificación, será preciso acudir a la adaptación.

El origen inmediato de la adaptación se debe a las diferencias de contenido sustancial de las leyes simultáneamente aplicables a las relaciones internacionales, y este resultado puede aparecer tanto en la fase final de los procesos de calificación como en los utilizados para resolver cuestiones distintas como los conflictos móviles y las cuestiones previas[649].

Debe limitarse el problema de la adaptación a los casos de fraccionamiento de la situación jurídica para ser regulada por diferentes legislaciones aplicables simultáneamente y la incompatibilidad entre estas legislaciones y en este sentido, diferenciar entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de sustitución o transposición de las instituciones asentados en la teoría de la equivalencia[650], y de los supuestos de calificación.

Esta observación fija la pauta de que la norma no pretende resolver los problemas de adaptación mediante una fórmula rígida sino que la pretensión del legislador fue la de consagrar una norma orientadora que sirva para alertar al intérprete del sentido general de los problemas que al respecto puedan plantearse. No formula una regla de solución para un problema tan

---

[648] Ley de Derecho internacional privado. Exposición de Motivos y Proyecto (1996), en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*…, ob. cit., Vol. I, p. 211.
[649] Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 71.
[650] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 376-377; Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., pp. 134-135.

complejo que en definitiva será resuelto atendiendo las circunstancias particulares de cada caso, en función de la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto y la justicia material, que debe alcanzarse en la específica solución del caso concreto. Al decir de Goldschmidt "a través de pautas muy amplias, que otorguen mayor libertad al juez para lograr los fines perseguidos por los ordenamientos jurídicos involucrados"[651] .

Como consecuencia de la libertad de valoración concedida al juez en este artículo, creemos que para decidir conforme a las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto, podrá emplear la solución conflictual o material propuestas por la doctrina, con las limitaciones que cada una comporta. La solución de naturaleza conflictual debe realizarse respetando las situaciones válidamente creadas y ponderando la generalidad de los intereses en juego. La solución de naturaleza material debe buscar el equilibrio y ponderando las legislaciones en conflicto[652]. En todo caso, los diversos Derechos llamados a regular la situación jurídica deberán aplicarse de manera armónica, procurando realizar las finalidades y objetivos perseguidos por cada uno de dichos Derechos.

V. Excepciones a la normal aplicación de la norma de conflicto

A. Situaciones jurídicas válidamente creadas

Partamos del ejemplo de un extranjero que contrajo nupcias en el exterior, traslada su domicilio a Venezuela y quiere hacer valer algún derecho derivado de esa relación matrimonial en el país, antes tendríamos que determinar si ese matrimonio puede ser reconocido en Venezuela. No estamos frente a un problema de conflicto de leyes propiamente dicho, porque no se trata de averiguar bajo qué ley se creará o extinguirá ese derecho determinado. Lo que estamos buscando es cuál es el efecto que este derecho producirá en un país diferente de aquél donde fue creado, en qué condiciones puede ser reconocido cuando ha sido originado en el exterior. Es a este problema lo que Niboyet ha denominado reconocimiento de los derechos adquiridos[653].

El problema de los derechos adquiridos se plantea después de nacido el derecho. Para Niboyet el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos es absolutamente necesario para que las leyes produzcan en el espacio todo su efecto útil; ningún comercio internacional sería posible, ni ninguna relación de Derecho privado podría existir si los derechos adquiridos en un país no son reconocidos y respetados en otro[654].

---

651 "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 475.
652 Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo I, pp. 284-285.
653 Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 256.
654 *Ibid*., p. 259.

La importancia de este principio lo esboza el autor francés con gran claridad, cuando expone la situación de un extranjero que hubiese intentado en Francia una acción de investigación de paternidad, antes de 1912, habría fracasado en su propósito por estar prohibida por las leyes francesas, pero le hubiese sido posible si lo intentara en Alemania. En consecuencia, los derechos resultantes de su nuevo estatuto ¿hubiese podido hacerlos valer en Francia? Para resolver la cuestión no habría bastado con preguntarse cuál era la ley que regía la investigación de la paternidad, pues hubiésemos tenido que aplicar la ley francesa y, la filiación no habría sido reconocida en Francia por haber sido obtenida contra el orden público francés. Niboyet afirma que este resultado no puede aceptarse. Para el autor francés, la calidad o cualidad de hijo reconocido obtenida en un país, debe ser mantenida y respetada en los demás países, y en estos casos los principios de solución de los conflictos de leyes no nos dan soluciones adecuadas, es preciso recurrir a una nueva noción: la de los derechos adquiridos[655]. El principio lo plantea así: "El derecho, tal como exista en el país de origen, producirá sus efectos fuera del mismo"[656].

A juicio del autor, el reconocimiento de la soberanía de los Estados, al cual considera como la base del Derecho internacional privado, es el que conduce directamente al reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el imperio de su soberanía[657].

Considerada en un principio, como fundamento de nuestra disciplina, la figura de los derechos adquiridos hoy es entendida como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto[658].

1. Nociones preliminares

La doctrina de los derechos adquiridos ha producido gran confusión a lo largo de la historia porque se ha utilizado con diferentes finalidades, en particular para explicar el fundamento del Derecho internacional privado, como lo hizo la Escuela Holandesa del siglo XVII[659].

Entre los representantes más destacados de la Escuela estatutaria holandesa se cita a Ulricus Huber, quien resume la doctrina de esta Escuela en tres axiomas o principios generales:

> (1) Las leyes de cada Estado tienen vigencia y obligan a todos los habitantes dentro de su territorio, pero no más allá de sus fronteras. (2) Todas las personas dentro de los límites de un Estado, habiten en forma permanente o transitoria, se consideran súbditos del mismo. (3) Los Soberanos, por razones de cortesía (*comitas*), actuarán para que los derechos adquiridos dentro de los límites de un Estado sean reconocidos en todas partes, mientras no causen perjuicio a su soberanía o a los derechos de ese Estado o a sus súbditos[660].

---

655 *Ibid*., p. 260.
656 *Ibid*., p. 284.
657 *Ibid*., p. 259.
658 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., p. 128.
659 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 193.
660 Ulricus Huber citado en: Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 86.

La construcción de Huber se considera la más lógica de la Escuela Holandesa y, como nota relevante se observa la utilización de la noción de derechos adquiridos para fundamentar la aplicación del Derecho extranjero[661]. Las principales características de esta Escuela, como se evidencia de estos postulados, son el territorialismo estricto en materia de aplicación del derecho, el concepto preciso de soberanía, y la elaboración de la teoría de la Comitas Gentium, es decir, de la cortesía internacional, que conlleva la aplicación de la ley extranjera por vía excepcional.

De igual manera, la doctrina de los derechos adquiridos como fundamento de aplicación del Derecho extranjero se vincula con la teoría de los *vested rights* en los sistemas del *common law*[662]. Algunos escritores americanos e ingleses han reiterado las enseñanzas de la Escuela Holandesa.

En Norteamérica se destaca en este sentido a Joseph Story, su pensamiento parte de la idea inicial asomada por Huber, según la cual cada Estado tiene la competencia y soberanía absoluta y exclusiva sobre todas las personas, actos y cosas que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, pero acepta el principio de la cortesía internacional para permitir en determinados casos la aplicación de un derecho distinto al del foro, pero con ciertas modificaciones sustanciales. Story sostenía que para proteger derechos legítimamente adquiridos y para poder cumplir con los fines fundamentales del Derecho, entre los cuales tenía por principal la Justicia, era necesario acudir a fórmulas de solución indicadas por el propio ordenamiento jurídico, pero referidas a sistemas jurídicos extranjeros.

Store, a diferencia de Huber, no fundamentó la *Comitas Gentium* en la simple cortesía del juez para con un sistema extranjero, sino que afirmó que de haber cortesía ésta debe entenderse cortesía de los Estados y no de los jueces y, la auténtica fundamentación de la *Comity* (denominación angloamericana de la *Comitas Gentium*) la hace residir en la necesidad moral que tiene cada Estado de hacer justicia, para que también en los otros se haga; es decir, estriba en la función de reciprocidad de la necesidad de hacer justicia[663].

La revisión y crítica a la *Comity* determinó la aparición de una teoría formulada en 1896 por el jurista inglés Albert van Dicey, expuesta en la obra "*A Digest of the law of England with referente to the Conflicts of Laws*" y, conocida con el nombre de *Vested Rights Theory* o Teoría de los Derechos Adquiridos, en la cual sostenía que los derechos extranjeros no se reconocerían en virtud de una supuesta cortesía internacional, sino que serían aceptados por cuanto esos derechos son precisamente eso, derechos adquiridos "bajo la luz de las disposiciones jurídicas de

661 Romero, El método analítico autárquico…, ob. cit., p. 408.
662 B. de Maekelt, *Teoría general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 303.
663 De Santis, Gabriel, Sistema angloamericano de Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Material para el de estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, pp. 439-440.

un país civilizado, el cual, si bien extraño, se presumía tan soberano y digno como el inglés". Sostuvo, en primer lugar, la validez ante los tribunales ingleses de un derecho adquirido válidamente de acuerdo con leyes de cualquier país civilizado; y viceversa, no reconocerían los tribunales ingleses ningún derecho que no fuera adquirido válidamente. A este principio le opuso un límite consistente en el rechazo de cualquier derecho adquirido válidamente que sin embargo sea contrario al orden público inglés[664].

Joseph Beale, jurista estadounidense, rechaza el concepto de los derechos adquiridos válidamente como fundamento para aplicar Derecho extranjero. Afirmó que el origen de los derechos reside en los hechos, cuando una ley crea un derecho, está tomando en cuenta hechos. Cuando el derecho es creado por una ley extranjera se convierte en un hecho que debe ser reconocido y aceptado por todos los Estados del mundo, pues los derechos no son fenómenos naturales sino que son producto de un ente artificioso llamado ley, el cual considera y valora ciertas circunstancias y hechos de la realidad para establecer facultades, conceder atribuciones o imponer obligaciones. En este sentido, el juez tomará en cuenta no una ley extranjera, ni siquiera reconocerá un derecho extranjero, simplemente aceptará un hecho real creado por una ley extranjera ignorada por el juez[665].

Si observamos la distinta concepción que sostienen los autores pertenecientes al sistema de *Common Law* en relación con el concepto empleado por los ordenamientos de origen civilistas, la diferencia es sutil pero importante. Los primeros, de alcance mucho más amplio, tradicionalmente han tratado de justificar con la noción de los derechos adquiridos la esencia misma de nuestra disciplina. La doctrina civilista, por el contrario, le confiere menor alcance al significado, utilizan el concepto para elegir aquel ordenamiento jurídico que garantiza el reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos bajo su vigencia. Se argumenta en este sentido, en primer lugar, que el calificativo que se les da nada puede agregar al concepto de derecho. Y, además, preocupa la determinación del concepto mismo, es difícil establecer una clara diferenciación entre el derecho subjetivo adquirido y la simple pretensión al derecho, así como lograr un equilibrio entre varios derechos que se dicen adquiridos, como "los del individuo frente a la colectividad o del deudor frente al acreedor"[666].

Para los juristas angloamericanos, cada Estado sólo puede aplicar su propio Derecho y, afirmaron como principio fundamental que la aplicación de leyes extranjeras es aparente y constituye un "espejismo jurídico", porque en verdad no se produce tal aplicación sino el reconocimiento de derechos subjetivos debidamente adquiridos en el extranjero. Esta sugerencia constituye un simple sofisma, porque el reconocimiento de un derecho subjetivo

664 *Ibid*., p. 446.
665 *Ibid*., pp. 448 ss.
666 B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 303.

necesariamente implica el reconocimiento y aplicación de la ley extranjera bajo cuyo imperio fue creado[667].

Goldschmidt escribe en este sentido que

> esta doctrina posee una dimensión triple: 1) Expresa el principio del Derecho natural de que los derechos bien adquiridos deben ser protegidos…; 2) Contiene la doctrina de los derechos adquiridos la exigencia metodológica de separar dentro del Derecho internacional privado los problemas de la adquisición del problema de la protección de los derechos subjetivos…; 3) la tercera dimensión de la doctrina de los derechos adquiridos (es) su explicación del objeto de referencia de la norma de importación[668].

En este último aspecto, Miaja de La Muela señala lo poco satisfactoria que resulta la explicación de la teoría de los *vested rights,* sin embargo es indudable que la protección a las situaciones legítimamente constituidas en otro país posee un claro valor en cuanto principio de Derecho natural y como orientación metodológica[669].

2. Doctrinas dogmáticas

La doctrina de los derechos adquiridos también fue empleada como solución a los problemas de irretroactividad de la ley, incorporado al derecho transitorio, como criterio de solución a los conflictos móviles y de las cuestiones previas o incidentales, por ello la afirmación de Verplaetse de que

> …el concepto de Derechos adquiridos es amplio, abigarrado, incierto. En el Derecho internacional privado existe el problema: a) en su aspecto bicípite con referencia a la norma formal y a la norma material; b) en la figura de los conflictos móviles; y c) en el caso de anexión, mezclado con consideraciones del Derecho internacional público[670].

Para solventar los problemas del derecho transitorio, Antoine Pillet ha propuesto una teoría general, partiendo de la teoría de los derechos adquiridos en Derecho interno y construyendo sobre la irretroactividad de las leyes, ha tanteado una prolongación de estos conceptos y su sistematización en el Derecho internacional privado[671]. Expuso sus ideas desde 1894 a 1896 en una serie de estudios publicados en *Clunet*, con el título de *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*[672].

En opinión de Pillet, el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos es necesario para que las leyes produzcan en el espacio todo el efecto útil: Cada vez que nos encontramos en presencia de un problema nacido de la diversidad legislativa debemos

---

667 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 193-194.
668 Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 369-370.
669 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 384.
670 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 341.
671 *Idem.*
672 Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 5ª ed., 1999, p. 202.

plantearnos, según los momentos y las hipótesis, estas dos cuestiones: Primera, si se trata del nacimiento o de la extinción de un derecho que aún no existe, buscar la ley competente según el sistema de las normas conflictuales de la *lex fori*. Segunda, si se trata de un derecho que ya ha nacido, que se quiere ejercer o que se quiere dar por extinguido, aplicación del principio de los derechos adquiridos. Frente al Derecho de colisión, Pillet coloca una segunda parte del Derecho internacional privado: la eficacia internacional y la protección de los derechos adquiridos[673].

Afirma el autor francés que, desde el punto de vista internacional, la continuidad de la ley envuelve necesariamente su extraterritorialidad y, la generalidad subjetiva, su territorialidad. Para que una ley sea verdaderamente continua es necesario que se aplique siempre a la persona a que se refieran sus disposiciones, que la siga al extranjero cuando salga de su país y que regule sus intereses en la patria y fuera de ella. De ahí que la cualidad, denominada en Derecho interno continuidad de la ley, se denomine por Pillet en Derecho internacional su extraterritorialidad[674]. Después de incluir acertadamente los conflictos móviles dentro de la problemática general del Derecho internacional privado y prescindiendo de sus posibles analogías con los conflictos de leyes en el tiempo, proclama el sometimiento de los efectos de las relaciones jurídicas en curso, con independencia de su carácter legal o contractual, a la legislación bajo la cual fueron creadas[675].

Niboyet, al igual que Pillet, parte de la distinción entre creación de un derecho y su eficacia. Afirma que "entre nuestra cuestión de los derechos adquiridos y la de los conflictos en el tiempo, existe indudablemente una cierta analogía, puesto que la cuestión se ha planteado en dos momentos diferentes: primero, al nacer el derecho y después, al hacer valer el mismo"[676]. Sin embargo, respecto de las situaciones jurídicas en curso, llega a soluciones distintas a las de su antecesor, al defender sólo la eficacia internacional de los derechos definitivamente constituidos, diferencia que hace que pueda admitirse el efecto inmediato de la nueva ley sobre los efectos no actualizados bajo la ley anterior al cambio de conexión, en los conflictos móviles[677].

Niboyet, explica que el principio del respeto de los derechos adquiridos plantea dos cuestiones: 1) cuándo se está en presencia de un derecho adquirido; y 2) cuáles son los efectos producidos por un derecho adquirido[678].

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, el autor francés indica dos condiciones fundamentales para que a un derecho se le pueda considerar como adquirido, a saber: 1) para hablar de un derecho adquirido en un país determinado es preciso que haya sido adquirido

673 Pillet citado por Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 341.
674 Verplaetse, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 341ss.
675 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 76.
676 Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 256.
677 Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*…, ob. cit., p. 76.
678 Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 269.

en virtud de la ley declarada competente en dicho país (cuestión de orden internacional); 2) el derecho debe efectivamente existir según esta ley competente; es preciso, haber cumplido todas las condiciones prescritas por la ley que fue competente para adquirir un derecho (cuestión de orden interno)[679].

En cuanto a los efectos de los derechos adquiridos, Niboyet, señala tres condiciones para que procedan esos efectos: 1) el derecho ya adquirido, debe producir en los demás países los mismos efectos que en el país de origen; 2) si es preciso reconocer el derecho adquirido, no se le hará producir más efectos de los que en sí mismo tenga y; 3) no se puede reconocer, bajo la forma de derecho adquirido, un derecho diferente de aquel que ha sido adquirido[680].

Tanto para Pillet como para su discípulo Niboyet, la distinción entre la creación de derechos subjetivos y su eficacia en el orden internacional es muy clara, quizás lo que se le critique a Pillet es el empleo del término derechos adquiridos, pues no ha tenido dentro de los ordenamientos internos la suficiente precisión para resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad de la ley, y todo derecho subjetivo, desde el mismo momento que existe, tiene que ser adquirido, incorporado a la persona o al patrimonio de su titular[681]. Niboyet emplea la expresión reconocimiento de los derechos adquiridos o problema de la importación de los derechos[682], en la última fase de su pensamiento hablaba de eficacia internacional de los derechos definitivamente constituidos[683].

Sin embargo, para cada uno, este principio tiene distinta significación. Pillet lo concibe como un principio de Derecho de Gentes, consecuente con su doctrina de que el Derecho internacional privado era una parte de aquél. Para Niboyet, por su parte, se trata de una cuestión técnica que cada Estado ha de resolver soberanamente por medio de sus órganos legislativos o jurisdiccionales. Pero sin embargo esta diferencia en el significado, tiene la virtud suficiente para diferenciar el problema de la creación de los derechos subjetivos y el de su eficacia en el orden internacional[684].

La doctrina de Antoine Pillet atribuyó al Derecho internacional privado un doble objetivo, dependiendo de si la cuestión a resolver era la creación de un derecho subjetivo en el *forum* o la determinación de los efectos que deben reconocerse a un derecho legítimamente adquirido en el extranjero. El primero es un problema de escogencia de la ley aplicable; el segundo se relaciona con el reconocimiento internacional de los derechos adquiridos[685].

---

679 *Ibid*., pp. 269 ss.
680 *Ibid*., pp. 284 ss.
681 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), pp. 383 ss.
682 Niboyet, *Principios del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 256.
683 Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 384.
684 *Ibid*., p. 385.
685 Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.

El juez tendrá en algunos casos, la necesidad de apreciar la validez ante su ordenamiento jurídico de las situaciones creadas al amparo de una ley extranjera y debe constatar que determinada situación jurídica ha sido creada válidamente tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho[686].

Savigny había ya señalado que "se debe siempre aplicar el derecho local que mantiene los derechos justamente adquiridos. Esta no es más que una petición de principio; pues para reconocer si tales derechos están bien adquiridos, es preciso ántes saber según qué derecho local debemos juzgar de su adquisición"[687], es decir, de acuerdo con cuál legislación esta adquisición debe ser decidida. Para superar esta objeción, varios autores propusieron diversas teorías.

Así lo hizo Pillet, para quien un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del foro[688]. Esta solución fue contemplada por el Código Civil peruano (1984), que considera un derecho como regularmente adquirido si ha sido constituido al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado[689]. E igualmente fue consagrada por el Código Bustamante, de acuerdo con la formulación de este último, un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando ha sido creado en conformidad con las normas de conflicto consagradas por el Código y, en consecuencia, los derechos legítimamente adquiridos carecen de eficacia *ex proprio vigore*[690].

La doctrina del respeto de los derechos adquiridos entendida de esa manera, nada agrega al método clásico para resolver problemas de Derecho internacional privado, porque el derecho que será protegido es aquél creado como consecuencia del normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro. Por tanto es superfluo hablar de reconocimiento de derechos legítimamente adquiridos en el extranjero[691].

Para Edouard Meijers, quien estableció en 1938 una teoría distinta para dar solución al problema de la cuestión incidental: las normas de conflicto del foro no deben aplicarse cuando todas las leyes conectadas con la relación jurídica, al tiempo de su creación o de su extinción, coinciden en reconocer a una sola de ellas como competente, porque este acuerdo debería ser

---

686 Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, p. 295.
687 Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*…, ob. cit., p. 201.
688 Pillet citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
689 Art. 2050 del Código Civil peruano (1984): "Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres". B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 203.
690 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
691 *Ibid*., p. 196.

reconocido en todas partes[692]. Esta solución fomenta la armonía internacional de soluciones y fue recogida en la Convención de Benelux[693] en 1951 (art. 25, par. 2) y en 1969 (art. 20, par. 2) y por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado.

En 1944, Alexander N. Makarov, entendiendo la dificultad de esta última postura, propuso que debía tomarse en cuenta la legislación designada no por la "totalidad" sino por la "mayoría preponderante" de las leyes conectadas con el supuesto de hecho. Algunos años más tarde, en 1955, el autor completó sus ideas con la recomendación de investigar si las partes, al momento de realizar el acto en cuestión, pudieron haber previsto el tribunal que podría decidir cualquier eventual controversia entre ellas[694]. Este "criterio democrático", como ha sido denominado, presenta la ventaja de garantizar mayor armonía sustancial de decisiones; y fue propuesto, sin éxito, por la Delegación argentina durante la discusión del artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, en Montevideo (1979)[695].

Todo el planteamiento doctrinal del que ha sido objeto el concepto de derechos adquiridos, cuando se está ante una situación jurídica internacional, no es sino el reflejo de colocar en un primer plano los intereses en presencia, entre los que ocupa un lugar preponderante el de los particulares por la validez universal de la situaciones inicialmente bien constituidas. Escribió Rabel en este sentido, que

> …el descrédito en que cayó la teoría de los derechos adquiridos ha dejado un vacío que la doctrina actual trata de llenar a través de la búsqueda de soluciones más inspiradas en su resultado que en los medios para llegar a él. La técnica de los conflictos móviles permite también en este sentido reconocer la validez de las situaciones jurídicas nacidas sin complicación internacional, y aun de algunas con conexiones extranjeras en su origen, mediante las soluciones ideadas por Meijers, Makarov y Niederer, ya estudiadas[696].

Para Aguilar Navarro

> …el principio de los derechos adquiridos se conserva no ya como adecuada respuesta técnica al problema temporal y de justificación al criterio de la no retroactividad, sino

[692] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 319; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 199.
[693] Art. 25, segundo párrafo del Convenio de Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de los Estados del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo): "Cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de los Países Bajos, de Bélgica y de Luxemburgo conforme a la ley aplicable según el Derecho internacional privado de los países a los que dicha relación jurídica concernía esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción, este nacimiento o esta extinción son igualmente reconocidos en los Países Bajos, en Bélgica y en Luxemburgo, aún cuando constituya una derogación de la disposición aplicable en virtud de la presente Ley", en: Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 319
[694] Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., (2005) p. 296; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 203.
[695] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 203.
[696] Rabel citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 465.

más bien como consideración política, ética que aporta nuevos elementos para justificar la aplicación de la ley extranjera y las obligadas restricciones a la acción del ordenamiento del foro"[697]

3. Los derechos adquiridos y las normas de conflicto unilaterales

El principio de igualdad entre el Derecho propio y el extranjero propuesto por Savigny, conduce a la necesaria utilización de las normas de conflicto bilaterales. A esta posibilidad se refiere Vallindas cuando expuso el principio de la bilateralidad de las normas de conflicto, al sostener que el legislador formula sus disposiciones conflictuales según los datos que en su opinión son ciertos, generalmente justos y se decide por el Derecho, propio o extranjero, que entienda más apropiado para regular cada relación jurídica[698].

De conformidad con el método tradicional para resolver los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos, la norma de Derecho internacional privado debe ser bilateral porque tiene que determinar la ley aplicable, bien sea la *lex fori* o un sistema jurídico extranjero; y, por tanto, en estricto rigor, una vez que se efectúa la escogencia no hay posibilidad de tomar en cuenta ningún otro sistema jurídico[699]. Pero existen casos en los cuales la aplicación de la norma de conflicto puede producir resultados contrarios a requerimientos elementales de la justicia, y para evitar estos inconvenientes la doctrina moderna ha sugerido una excepción a su funcionamiento, que puede ser explicada a través de la teoría de los "derechos adquiridos".

Sin embargo, esta doctrina no puede desempeñar un papel importante cuando los problemas son resueltos exclusivamente a través de normas bilaterales de Derecho internacional privado, porque si este método es seguido en forma estricta, un derecho subjetivo sólo puede considerarse debidamente adquirido cuando ha sido creado por la legislación competente por mandato de la norma de conflicto. Carece de sentido hablar de derechos adquiridos en estos casos, pues el derecho no tiene existencia por sí y sólo nace como consecuencia del funcionamiento de la regla de conflicto del *forum*.

Este señalamiento es válido en relación a la doctrina de Pillet, quien advirtió que un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del *forum*. De acuerdo a este planteamiento el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro. La doctrina entendida de esta manera nada

---

697 Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 156.
698 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 90; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob., cit., (1976), p. 345.
699 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 193.

agrega al método clásico para resolver problemas de Derecho internacional privado, por tanto, es superfluo hablar de reconocimiento de derechos legítimamente adquiridos en el extranjero[700].

La doctrina de los derechos adquiridos tiene relevancia para nuestra disciplina, cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable; o bien, cuando la *lex fori* ha consagrado una norma de conflicto especial con el único propósito de facilitar el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero. Así entendida, podría ser utilizada esta teoría como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro[701].

Esta posibilidad resulta adecuada para los supuestos de hecho que fueron nacionales para el momento de su nacimiento, por encontrarse vinculados con una sola legislación, pero que con posterioridad se internacionalizan y deben ser resueltos en otro Estado; y, para aquellas situaciones completamente ajenas al foro al tiempo de su nacimiento, pero conectadas con varias legislaciones extranjeras[702].

Para los supuestos de hecho nacionales al momento de su nacimiento y que luego se internacionalizan, a pesar de que la norma de conflicto del foro atribuya competencia a otra legislación, la justicia exige que el problema sea resuelto de acuerdo con la única ley vinculada al momento de su nacimiento. Por ejemplo, dos ingleses contraen matrimonio en Inglaterra, cumpliendo con las leyes de ese país, este matrimonio válido conforme a la única legislación con la cual se encontraba conectado al tiempo de su celebración, sería inaceptable que pueda considerarse inválido años más tarde porque así lo disponga el ordenamiento jurídico declarado aplicable por la norma de conflicto del Estado donde la pareja se ha trasladado y se plantea la controversia.

En cuanto a las situaciones sin conexión con el foro cuando se crearon, debe admitirse una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro, porque no existe una justificación razonable para que intervengan con la finalidad de determinar la ley aplicable, habida cuenta de que los contactos con el foro sólo ocurrieron después que la situación ya se encontraba constituida en el extranjero.

Estas situaciones han conducido a una parte de la doctrina a considerar la admisión de esta excepción como una consecuencia de utilizar el método unilateral para resolver los

---

700 *Ibid*., p. 195 ss.

701 *Ibid*., p. 195.

702 En este sentido, Francescakis señala que la situación que origina el problema se ha constituido en el extranjero con apoyo en una ley reputada como competente y sin ningún contacto con el orden jurídico foral, éste es el elemento sobre el cual descansa la inaplicabilidad de las reglas de conflicto del sentenciador. Francescakis citado por Bonnemaison, La cuestión incidental…, ob. cit., (1975), p. 38. De la misma opinión participan Aguilar Navarro y Carrillo Salcedo. Ver: Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 64-65; Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 244.

problemas de Derecho internacional privado. Por tanto, dentro de esta perspectiva la doctrina de los derechos adquiridos puede responder la pregunta acerca de si un derecho ha sido o no legítimamente adquirido. En este sentido, se menciona a Pierre Gothot partidario de esta posición, quien advierte que cualquier pretensión sólo puede ser calificada como jurídica si una determinada legislación le atribuye ese carácter y, por tanto, un derecho adquirido sólo existe cuando ha sido creado por una legislación concreta. En consecuencia, si la norma de conflicto no debe intervenir porque el supuesto de hecho presenta vínculos muy débiles con el foro, parece adecuado en ciertos casos, acudir al método unilateral para determinar la ley competente y seleccionar el ordenamiento jurídico extranjero que quiere ser aplicado y que ha creado el "derecho adquirido"[703].

Para Alfonsín, las normas bilaterales o también denominadas multilaterales, prescinden de las realidades internacionales, al pretender que todo el mundo se ajuste a lo que ellas disponen. Entiende que ni las normas bilaterales ni las unilaterales son enteramente satisfactorias. Las unilaterales no abarcan todas las relaciones jurídicas que requieran regulación dentro de fronteras, si bien reconocen como válidas las relaciones que se constituyen en el exterior con arreglo a cualquier ley; y las bilaterales prevén la regulación de todas las relaciones jurídicas que necesitan ser reguladas dentro de las fronteras, pero no reconocen como válidas las relaciones que se constituyeron en el exterior con arreglo a otras normas de Derecho privado internacional[704].

Aguilar Navarro denomina a esta corriente como el unilateralismo actual, representado por Quadri, Francescakis, Gothot, la cual adopta unas actitudes características en cuanto a la coordinación de los sistemas jurídicos. El unilateralismo introverso de Quadri, reposa en los principios de la expectativa, adaptación y respeto de los derechos adquiridos. El unilateralismo parcial de Francescakis, en parte de Meijers, y de Gothot, intenta fundamentalmente conseguir esa coexistencia de los sistemas comenzando por actuar en la revisión de la teoría clásica, de las conexiones y del exclusivismo del sistema de normas de colisión del foro; régimen de las leyes de policía, tanto las del foro como las extranjeras, y respeto a los derechos adquiridos[705].

En el primer aspecto, y en la línea que trazara Meijers en 1938, se llega a la conclusión de que el foro tiene que estar interesado en el tratamiento de un supuesto de tráfico jurídico externo por la existencia de una conexión adecuada. El desinterés del foro implica la no aplicación de sus normas de colisión y el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas al amparo de un sistema que reclama su competencia. El problema de los "derechos adquiridos" se desplaza del concepto de la misma constitución del derecho, para centrarse en el terreno del

[703] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 198.
[704] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 352.
[705] Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 113.

reconocimiento internacional, que es el modo de dar entrada a esa transformación del sistema jurídico del foro y de concebir la comunicación con los sistemas jurídicos extranjeros[706].

El empleo del método unilateral para conocer la legislación extranjera que desea ser aplicada, no presenta dificultades en las situaciones nacionales al tiempo de su nacimiento que con posterioridad se convierten en internacionales. En estos casos el sistema jurídico originario generalmente desea ser aplicado, a menos que la *lex fori* pretenda regular la controversia en forma incondicional. Pero la solución no es tan simple para los supuestos de hecho conectados al tiempo de su nacimiento con varios ordenamientos jurídicos extranjeros, aun cuando no tengan vínculos con el foro[707].

Aun cuando el ideal sea la estructura bilateral de las normas de conflicto estatales, cuando una de ellas aparece redactada de manera unilateral plantea el problema de cómo determinar la ley aplicable a los casos en que no lo es el derecho material del foro.

Ante estas situaciones, Alfonsín cree posible dos criterios: 1) la teoría del silencio del legislador, el autor entiende que el legislador al limitarse a determinar la competencia de sus propias leyes materiales, encomienda la determinación de la competencia de las leyes extranjeras a las restantes fuentes jurídicas nacionales. En estos casos, el medio de convertir la norma unilateral en bilateral es el propio para llenar las lagunas de la ley, el procedimiento analógico; y, 2) la teoría de la abstención del legislador, cuando éste abandona a los Estados extranjeros la tarea de fijar la competencia respectiva de sus propias leyes cuando las del foro no son aplicables. Para Niboyet con arreglo a esta teoría las llamadas normas de conflicto unilaterales lo son realmente[708].

Esta última tesis resolvería fácilmente los conflictos de leyes si en cada caso en que la ley del foro no es competente según la correspondiente norma de conflicto, existiese un Derecho extranjero, y sólo uno, al que declarase aplicable su respectivo sistema conflictual. Pero en la práctica pueden declararse competentes dos o más (conflicto positivo), o ninguno (conflicto negativo) y el problema debe recibir una solución.

El conflicto negativo deja sin respuesta la pregunta acerca de cómo debe ser resuelto el asunto; y no es posible obtener una contestación satisfactoria a través del método unilateral. La solución propuesta por Niboyet de aplicar la ley del foro en caso de conflicto negativo resulta forzada y en el fondo supone una renovación de la vieja tesis de la cortesía internacional y se abstuvo de proponer la aplicación de la ley del foro a casos sin ningún vínculo con éste. La solución sugerida por Quadri tampoco resulta clara, aun cuando sus ideas pueden conducir a la

---

706 *Ibid*., p. 114.

707 Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 198.

708 Estos criterios son esbozados por Alfonsín citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., (1976), p. 350.

creación de una norma de conflicto especial que ordene aplicar el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el supuesto de hecho[709].

En consecuencia, la mejor vía para resolver los conflictos negativos parece ser la aplicación de las normas de conflicto bilaterales del foro, y así permitir al Juez el cumplimiento de su obligación de administrar justicia, pues no existen derechos adquiridos que deban reconocerse[710].

Para los conflictos positivos las soluciones planteadas tampoco resultan satisfactorias, y han sido propuestas varias de ellas. Si se aplica el criterio más análogo al contenido en el Derecho conflictual del foro, se extiende la solución unilateral de éste a hipótesis diferentes, en las que no existen los intereses que aquella solución trataba de salvaguardar. Si por el contrario, se deja en libertad al juez para elegir en cada caso una solución *ad hoc* en relación con las circunstancias particulares, se hace incierta la solución, que quedará en función de cada criterio individual[711].

Podría resolverse mediante el examen del contenido de las diversas leyes a fin de seleccionar la mejor de todas, pero este método sustantivista produce gran incertidumbre jurídica porque faculta al tribunal para hacer la correspondiente determinación. Otra posibilidad de solución, propuesta por Quadri, consiste en dar preferencia a la ley más estrechamente conectada con el supuesto de hecho, tomando en cuenta si su aplicación había sido o no esperada por las partes[712].

Todas estas soluciones ofrecen como característica común el reconocimiento de un punto de partida diferente del empleado por el método tradicional, que pretende resolver, a través de normas de conflicto, bilaterales o unilaterales, los casos conectados con varias legislaciones simultáneamente vigentes[713].

Las soluciones más destacadas, en los supuestos de conflicto positivo, y que se han incorporado a los marcos legislativos han sido, por un lado, la de aplicar la ley declarada competente por todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho, propuesta por Meijers y recogida por el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, entre otras normativas. Según el autor holandés, las normas de conflicto del foro no deben aplicarse cuando todas las leyes conectadas con la relación jurídica, al tiempo de su creación o de su extinción, coinciden en reconocer a una sola de ellas como competente, en esta hipótesis no existe ningún conflicto de leyes sino concurrencia de las

[709] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 198.
[710] *Ibid*., p. 199.
[711] Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 351.
[712] Quadri citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 200.
[713] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 201.

varias legislaciones conectadas con el supuesto de hecho[714].

De otro lado, la solución establecida por Makarov, de aplicar las normas de conflicto del foro si tenían jurisdicción al tiempo de que ocurrieron los hechos objeto de la controversia, o cuando las partes pudieron haber previsto que podría asumirla. De no ser así, sería contrario a los más elementales principios de equidad permitir el funcionamiento de las normas de conflicto del foro para determinar la ley aplicable, y en semejante situación el supuesto de hecho debe ser regido por el ordenamiento jurídico extranjero designado por la mayoría de las legislaciones que estuvieron conectadas con la conducta de las partes al tiempo del nacimiento de la situación jurídica[715].

Francescakis sugirió que la solución del conflicto positivo impone diferenciar dos clases distintas de situaciones contentivas de elementos extranjeros, según que tengan o no vínculos con el foro al tiempo de su perfeccionamiento en el extranjero. En el primer caso, corresponde a la norma de conflicto bilateral del foro determinar la legislación aplicable. En el segundo caso no hay motivo que justifique la intervención de la regla de conflicto bilateral del foro, como lo reconoce el propio legislador cuando limita el ámbito de vigencia territorial de sus propias reglas de Derecho internacional privado; en consecuencia, para estas situaciones lo más aconsejable es emplear el método unilateral para aplicar el ordenamiento jurídico extranjero que quiera regir la controversia y, si dos o más pretenden regularla debe preferirse aquél que haya sido efectivamente aplicado[716].

Todas estas propuestas planteadas por la doctrina para determinar el derecho según el cual se considera adquirido un derecho subjetivo, permiten establecer la aceptación de la teoría de los derechos adquiridos, aun cuando no suelen insistir en la adquisición del derecho sino en la falta de vínculos entre el supuesto de hecho y el foro en el momento de tiempo relevante. Así entendida, esta doctrina representa una excepción al funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención.

Las soluciones en base a las cuales el supuesto de hecho debe ser regulado por el sistema jurídico designado por "todas las leyes" o "la mayoría preponderante de las leyes que estuvieran conectadas", podrían conducir a un resultado opuesto al perseguido, es decir, lograr la validez de las situaciones jurídicas analizadas. Pareciera más correcto señalar, la alternabilidad de las leyes aplicables, tal y como se hace, por ejemplo, en los casos de la ley a favor del negocio. Es decir, que baste con que uno cualquiera de los Derechos vinculados con la situación realizada en el extranjero la considere válida o eficaz para que a su vez en nuestro foro tal situación se

714 *Ibid*., p. 199.
715 La Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de Benelux, de 1951, en el artículo 25 párrafo 2 resuelve el conflicto positivo conforme a la ley aplicable de acuerdo con la norma de Derecho internacional privado del país al cual esa relación jurídica concernía esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción. *Ibid*., p. 203.
716 Francescakis citado en: Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 201.

considere como una "situación jurídica válidamente creada"[717].

La solución adoptada por la Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de Benelux, de reconocer una relación jurídica conforme a la ley aplicable de acuerdo con las normas de conflicto del país con el cual se encuentra vinculada esencialmente, ha sido considerada satisfactoria, cuando no es posible obtener la uniformidad; pero puede conducir a la aplicación de un ordenamiento jurídico que no pretenda regular la controversia. Así por ejemplo, si las normas de conflicto de la ley de la nacionalidad y de la ley del domicilio someten la capacidad de las personas a un tercer sistema jurídico, la *lex loci actus*, esta última legislación debe ser aplicada a pesar de que no quiera regir el supuesto de hecho[718]. La "conexión razonable" es defendida por Werner Goldschmidt cuando establece "la necesidad de exigir un vínculo razonable entre el Estado que creó el derecho y el respectivo supuesto de hecho"[719]. Esta solución es asimismo defendida por Ferrer-Correia[720].

En todos los supuestos la escogencia de la ley debe efectuarse después de un cuidadoso examen de todos los hechos de la controversia y de las finalidades perseguidas por las varias legislaciones conectadas con el supuesto de hecho. La conveniencia de reconocer los derechos adquiridos de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con "criterios internacionalmente admisibles", solución adoptada por nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, parece la más acertada, pues no acepta cualquier clase de criterios utilizados por la legislación extranjera para conferir el derecho en cuestión, por cuanto impone la tarea de establecer si son o no arbitrarios, a fin de aceptar únicamente aquellos internacionalmente admisibles.

4. Moderna interpretación de la doctrina de los derechos adquiridos

El concepto de los derechos adquiridos ha desempeñado en el Derecho internacional privado una triple función: como fundamento para la aplicación del Derecho extranjero; como elemento para encontrar el Derecho competente en el caso concreto; y, finalmente, en el marco de aplicación de la cláusula de orden público de carácter general. En este último supuesto la protección de los derechos adquiridos está asegurada y no requiere regulación especial[721].

---

717 Guerra Hernández, Víctor Hugo, Artículo 5. Derechos Adquiridos, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo I, p. 238.

718 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 204.

719 Werner Goldschmidt citado en: "La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 421.

720 Al formular las críticas al artículo 78 del Proyecto brasilero preparado por Haroldo Valladão, por admitir los derechos adquiridos en el extranjero sin examinar los vínculos entre el supuesto de hecho con la respectiva legislación extranjera; y, por no exigir que debe tener una "conexión suficientemente intensa" con el ordenamiento jurídico extranjero, de acuerdo con los criterios imperantes en la *lex fori*. Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 205.

721 B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 303.

Rigaux al tratar el tema de la justificación de la aplicación del Derecho internacional privado extranjero mediante la teoría de los derechos adquiridos, formuló un ejemplo en el cual no se empleaba el mecanismo tradicional del reenvío ni el de la cuestión previa, sino la excepción de orden público, para explicar esta doctrina. Un austríaco de confesión evangélica se casó en Odesa, ante un pastor luterano, con una judía de nacionalidad rusa, adquieren la nacionalidad italiana al mudarse a Trieste y posteriormente se establecen en Karlsruhe, donde el marido demanda a su mujer en acción de nulidad del matrimonio. Invoca el Código Civil austríaco que prohíbe los matrimonios entre cristianos y no cristianos. El asunto se sometió al *Reichsgericht*, según éste, aunque las condiciones de validez del matrimonio dependen de la ley nacional de cada cónyuge al momento de la celebración, la acción de nulidad del matrimonio se rige por la ley italiana, por ser la ley nacional de los esposos al momento de presentarse la acción. En Derecho internacional privado italiano, la disparidad de cultos contemplada como una causa de nulidad en el derecho austríaco en cuanto ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, es contraria al orden público y un tribunal italiano se negaría a admitirla.

En Alemania la excepción de orden público no constituye un obstáculo para invocarlo como impedimento de naturaleza confesional, el *Reichsgericht* se apoyó en la concepción italiana del orden público, porque "en las causas matrimoniales es preciso aplicar la ley nacional y el juez alemán no está dispuesto a considerar como nulo un matrimonio que es válido en el Estado del que los esposos tienen la nacionalidad"[722].

La solución anterior parece responder a preservar la estabilidad del estado de las personas, y además, el carácter accidental de la intervención del tribunal que entiende del asunto, cuando la situación de las partes se ha consolidado gracias a la actuación de un sistema de Derecho internacional privado extranjero competente en una época anterior de la vida de los interesados.

Para Rigaux es necesario entender la noción de "derechos adquiridos", en el ejemplo, la aplicación de los sistemas de Derecho internacional privado ruso y austríaco, competentes en el momento de la celebración del matrimonio, no hubiesen permitido declarar válida la unión. Es la adquisición posterior de la nacionalidad italiana lo que permitió consolidar un derecho frágil en el momento de su nacimiento.

> Como las partes han entrado en el Estado del tribunal que entiende del caso con la cualidad de cónyuges que les reconoce la ley nacional adquirida después de la celebración del matrimonio, el *Reichsgericht* estimó que debía confirmar la solución deducida del Derecho internacional privado del país de la nacionalidad, más que destruir el estado de las partes por una aplicación mecánica de las normas de conflicto de leyes de la *lex fori*[723].

[722] Rigaux, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 326.
[723] *Idem*.

Concluye Rigaux que el juez al consagrar el derecho que considera como adquirido pone en funcionamiento el sistema de Derecho internacional privado extranjero, bajo cuya aplicación se formó o consolidó una situación jurídica privada. Los derechos que han sido adquiridos en un sistema determinado y posiblemente reconocidos o consolidados en un segundo, lo son en virtud no del derecho material designado por la norma de conflicto del tribunal que está conociendo del caso, sino por la norma de conflicto del sistema nacional del que dependía la situación antes de penetrar en el ordenamiento jurídico de este tribunal. El movimiento impreso a la situación actúa sobre la elección de la misma norma de conflicto[724].

En efecto, para que pueda hablarse del derecho adquirido es necesario que su existencia o adquisición dependa de una norma preexistente; un derecho no adquirido equivale a la nada jurídica[725]. La doctrina se ha manifestado proclive por reemplazar tan controvertido sistema por otro, referido al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas, estableciendo cuatro condiciones para tal reconocimiento: 1) que la situación haya sido constituida de conformidad con una ley internacionalmente competente; 2) que se hayan observado todas las condiciones impuestas por esa ley; 3) que el ejercicio no viole los principios de orden público del país donde surten los efectos de ella derivados, y 4) que la situación no se haya establecido en fraude a la ley del sistema que se invoca para ampararla[726].

Esta doctrina sólo puede representar una nueva contribución al desarrollo del Derecho internacional privado cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable, o cuando el ordenamiento del foro establece una norma de conflicto especial con el único fin de facilitar el reconocimiento de ese derecho[727]. En este sentido, podría utilizarse como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro. El juez debe constatar que determinada situación jurídica ha sido creada válidamente tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico distinto del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho[728].

La terminología de los "derechos adquiridos" ha sido superada por el empleo del término "situaciones jurídicas válidamente creadas", originada por la necesidad de incluir no sólo los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del derecho[729]. El cambio del término empleado para identificarla y las condiciones que se imponen, se deben al justificado temor de que en las futuras interpretaciones pueda convertirse en otra institución negativa para el normal funcionamiento de la norma de conflicto y,

---

724 *Ibid*…, p. 327.
725 Niederer citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 303.
726 B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 304.
727 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 196.
728 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., (2005), p. 295.
729 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 208.

con ello en una inaceptable justificación del rechazo de la aplicación del derecho extranjero[730].

Esta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos o el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, se ha introducido en algunas codificaciones nacionales. En el artículo 31 del Código Civil portugués (1967)[731] se encuentra una aplicación limitada, según la cual se reconoce en Portugal los negocios jurídicos realizados por una persona conforme a las normas de Derecho internacional privado del país de su residencia habitual. El artículo 2050 del Código Civil peruano (1984) se limita a ordenar el reconocimiento de "todo derecho regularmente adquirido" al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado; solución que constituye un truismo innecesario porque sólo prescribe el respeto de las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma de conflicto del foro[732]. El Código Civil mexicano en su artículo 13 (I) reconoce las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero conforme a dicho derecho extranjero[733]. Los artículos 18 y 19 del Código Civil paraguayo (1985)[734] hacen referencia a los derechos adquiridos sobre bienes muebles, éstos no se ven afectados por el cambio de situación de los bienes muebles, pero los somete a los requisitos de fondo y forma de la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación[735].

Ya mencionamos en el punto anterior, que si bien se acepta la doctrina de los derechos adquiridos, no se insiste en la adquisición del derecho sino en la falta de vínculos entre el supuesto de hecho y el *forum* en el momento de tiempo relevante. Esta doctrina representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención. Así lo destacó Francescakis cuando advierte: "Es necesario restringir el sentido de la expresión "derechos adquiridos" para no ver en ella, en el futuro, sino la afirmación negativa de la incompetencia del sistema del

730 Francescakis citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 304.
731 Art. 31 del Código Civil portugués: (2) "Son, sin embargo, reconocidos en Portugal los negocios jurídicos celebrados en el país de la residencia habitual del declarante, en conformidad con la ley de ese país, desde que ésta se considere competente", en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 191.
732 Parra-Aranguren, Gonzalo, La reciente evolución del Derecho internacional privado en el hemisferio americano (1960-1992), en: A. Mangas (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993, p. 240.
733 Art. 13(I) del Código Civil mexicano: "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". Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., (2005), p. 296.
734 Art. 18 del Código Civil paraguayo: "El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos". Artículo 19: "Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente". En: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, pp. 212-213.
735 B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, pp. 191, 203, 212.

tribunal"[736]. En palabras de la profesora Maekelt, "con ello se restringe el concepto de los derechos adquiridos a fines de no convertirlos en otra excepción indeseable en materia de la aplicación del derecho extranjero".

5. Sistema venezolano

En el Derecho internacional privado venezolano, los derechos adquiridos han cobrado especial importancia. Las fuentes internacionales e internas contienen normas que consagran los derechos adquiridos y, de cierta manera, todas nuestras fuentes tienen algo de cada una de las diferentes doctrinas que dieron origen a esta institución[737] y que fueron analizadas *supra.*

Dentro de los escritores venezolanos de la primera mitad del siglo XIX, las enseñanzas de Ulrico Huber sobre el respeto de los derechos adquiridos influyeron en las ideas de Don Andrés Bello para explicar el fundamento del Derecho internacional privado[738], al afirmar:

> …Aunque un Estado sólo atiende a propias leyes para calificar de legales o ilegales los actos que se ejecuten bajo su imperio, los actos ejecutados en otro territorio o bajo el imperio de otras leyes deben calificarse de legales o ilegales con arreglo a éstas. La comunicación entre los pueblos estaría sujeta a gravísimos inconvenientes si así no fuese: una donación, un testamento otorgado en un país no nos daría título alguno a la propiedad situada en otro; dos esposos no serían reconocidos por tales desde que saliesen del país cuyas leyes y ritos han consagrado esa unión; en suma, nuestros más preciosos derechos desaparecerían, o sólo tendrían una existencia precaria, luego que dejasen de hallarse bajo la tutela de las instituciones civiles a cuya sombra han sido creadas…[739].

a. Fuentes internacionales

Dos instrumentos internacionales regulan la institución de las situaciones válidamente creadas y la aplicación de las soluciones contenidas en ellos tendrá preferencia frente a la solución interna por mandato del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana[740]. El primer instrumento o fuente internacional es el Código Bustamante que en el artículo 8 dispone:

> Artículo 8: 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.

---

[736] Francescakis citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 210; B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 304.
[737] Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., (2005), p. 296.
[738] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 194.
[739] Andrés Bello citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 304-305.
[740] Art. 1 de la LDIP: "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados".

Esta norma consagra la solución propuesta por Pillet de que sólo puede considerarse válidamente adquirido un derecho cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del foro. De acuerdo con la redacción de la norma, los derechos legítimamente adquiridos carecen de eficacia *ex propio vigore*, porque un derecho solamente puede considerarse válidamente adquirido cuando ha sido creado de acuerdo con las normas de conflicto consagradas en este Código[741].

Esta solución no agrega nada nuevo al método clásico para resolver tales problemas, pues el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foro, y no el reconocimiento de derechos adquiridos al amparo de soluciones extranjeras, que deberían estar conformadas tanto por normas de conflicto como por normas materiales[742].

Lo resaltante y positivo de la redacción de la norma es que reafirma la existencia de la figura de las situaciones válidamente creadas como institución general del sistema venezolano de Derecho internacional privado, aun cuando el Código utilice la terminología ya superada de los "derechos adquiridos". Y, a pesar de las diferencias en la regulación prevista en el Código y en la Ley, la consagración en ambos instrumentos de la excepción del orden público internacional a esta institución.

El segundo instrumento es la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, que adopta la solución sugerida por Meijers para los casos de conflicto positivo, al referirse a las situaciones jurídicas que se hayan constituido de acuerdo con "todas las leyes" con las cuales la relación haya tenido contacto al momento de su creación. La Convención prevé:

> Artículo 7: 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.

La fórmula inicial sugerida se refería a de "las relaciones jurídicas" y el representante de Colombia, Monroy Cabra, señaló que "sería preferible, tal como lo había propuesto la delegación de Venezuela, hablar de la "situación jurídica". La norma emplea el término "situaciones jurídicas", la cual constituye una noción más amplia, como hemos dicho, que la de "derechos adquiridos" y que la de "relaciones jurídicas", "porque comprende no sólo los actos, sino también los hechos jurídicos que produzcan efecto en un derecho"[743].

---

741 Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 195.
742 Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos…, ob. cit., p. 236; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 196.
743 "La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 471.

Desde la perspectiva de la solución adoptada para evaluar la validez de las situaciones jurídicas, el presidente de la Comisión Segunda, Gonzalo Parra-Aranguren, hizo la siguiente advertencia: "puede pasar que una determinada situación tenga conexión con una ley que la declara válida y con otra que la declara inválida; hipótesis ésta que explica la frase "de acuerdo con todas las leyes" porque de lo contrario queda una interrogante que no se resuelve"[744]. Parra-Aranguren afirma que esta fórmula de compromiso permitiría resolver estos supuestos.

Creemos oportuno destacar la opinión de Víctor Hugo Guerra, opinión que compartimos, cuando hace referencia a que, aun cuando la Convención constituya fuente preferente y vinculante para nuestras autoridades, debemos señalar que la solución "todas las leyes" podría conducir a un resultado opuesto al perseguido, es decir, lograr la validez de las situaciones jurídicas analizadas. Pareciera mucho más correcto señalar la alternabilidad de las leyes aplicables, es decir, baste con que uno cualquiera de los Derechos vinculados con la situación realizada en el extranjero la considere válida o eficaz para que a su vez en nuestro foro tal situación se considere como una "situación jurídica válidamente creada"[745].

La Convención se refiere, igualmente, al problema de la retroactividad e irretroactividad de la ley para estos casos. El análisis de la validez de las situaciones jurídicas debe realizarse "de acuerdo con todas las leyes 'vigentes' con las cuales tengan una conexión al momento de su creación", ello en la práctica podría implicar el estudio de una legislación extranjera ya derogada, pero evitaría la aplicación retroactiva e inconstitucional, desde la perspectiva venezolana, de una nueva legislación o normativa extranjera posterior[746].

Por último, la Convención consagra como excepción a la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas, la institución general del orden público internacional, al igual que el Código Bustamante y la Ley venezolana.

En consecuencia, la doctrina del respeto a los derechos legítimamente adquiridos, según aparece consagrada por la Convención interamericana, constituye tan sólo una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto. La legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación; solución particularmente satisfactoria en las hipótesis de situaciones jurídicas relativamente internacionales, es decir, nacidas de una única legislación, pero que con posterioridad desbordan las fronteras nacionales[747].

---

744 *Ibid*., p. 472.
745 Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos…, ob. cit., p. 238.
746 *Idem*.
747 "La Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado", en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*…, ob. cit., p. 473.

b. La Ley de Derecho Internacional Privado

Antes de abordar el estudio de esta institución consagrada en nuestra Ley es preciso señalar los antecedentes de la norma. Aun cuando no se menciona como antecedente expreso de la norma de la Ley, en el primer proyecto de ley que se redacta en Venezuela, Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho internacional privado (1912), conocido como el Proyecto Arcaya, se consagró la institución en el artículo 6:

> Artículo 6: Salvo disposiciones especiales, no podrá desconocerse en la República los derechos adquiridos en el extranjero por efecto de las leyes del respectivo país, en materias sobre las cuales tengan competencia no discutible según la ley venezolana y siempre que su ejercicio no acarree medidas contrarias a lo dispuesto en el artículo 4 (éste contiene una solución especial sobre lo que hoy conocemos como orden público internacional)

El Proyecto hace referencia a "los derechos adquiridos en el extranjero por efecto de las leyes del respectivo país", de esta redacción puede desprenderse que la validez de "los derechos adquiridos" en el extranjero podría tener que realizarse por un solo derecho; en este sentido consideramos que, en la práctica, pueden surgir casos en los que sean varios los ordenamientos jurídicos aplicables para determinar la validez de una situación jurídica creada en el extranjero y, en la redacción de la norma no parece estar del todo claro[748]. Asimismo, prevé la necesidad de evaluar la aplicación de esta institución a la luz de ciertas excepciones: 1) la competencia del derecho extranjero no discutible según la ley venezolana y, 2) la ausencia de contradicción entre el Derecho extranjero, las buenas costumbres y el derecho público venezolano.

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963 modificado en 1965, regula la institución de la siguiente manera:

> Artículo 5: Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto o que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva.

Al comentar este precepto, Ferrer Correia manifestó dudas acerca de si exige un "criterio internacionalmente admisible" en términos generales o sólo en relación con la materia concreta respecto de la cual se discute la existencia del derecho adquirido. En este segundo sentido, el texto del Proyecto es bastante claro y no parece justificada la crítica de que acepta cualquier clase de criterios utilizados por la legislación extranjera para conferir el derecho en cuestión, por cuanto impone la tarea de establecer si son o no arbitrarios, a fin de aceptar únicamente aquellos internacionalmente admisibles[749].

---

[748] Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos…, ob. cit., p. 234.

[749] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 204-205.

Werner Goldschmidt destacó que la norma somete el reconocimiento del derecho adquirido en el extranjero a su creación por un ordenamiento jurídico aplicable de acuerdo con criterios aceptados internacionalmente (condición positiva), pero sólo cuando la legislación venezolana no pretenda regular exclusivamente la materia (condición negativa)[750]. Asimismo, Fritz von Schwind señaló que la norma consagra una solución muy generosa que favorece el Derecho extranjero, resguardando al mismo tiempo los intereses nacionales del país y, la redacción es muy flexible, ya que no se puede dar una definición estricta de los criterios internacionalmente admisibles respecto de la aplicabilidad del Derecho extranjero[751].

Nuestra Ley de Derecho Internacional Privado establece en el artículo 5:

> Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que 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.

En primer lugar, la disposición hace referencia al término "situaciones jurídicas" y no se limita a los "derechos adquiridos", acoplándose a la tendencia que se corresponde con la doctrina moderna de abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos[752].

En segundo lugar, mejora las disposiciones de las fuentes internacionales, al no ordenar el respeto de los derechos adquiridos conforme a sus propias normas como ocurre con el Código Bustamante. La institución concebida en la norma de la Ley representa una verdadera excepción al normal funcionamiento de sus normas de conflicto y, prescribe el reconocimiento de esas situaciones jurídicas válidamente creadas por una ley distinta de la seleccionada por sus normas de Derecho internacional privado, con las reservas en ella indicadas. Esto se traduce en una importante contribución para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería[753].

La solución adoptada para evaluar la validez de las situaciones jurídicas de acuerdo a un Derecho que se atribuya competencia con "criterios internacionalmente admisibles", convierte la norma en una disposición más flexible que la establecida en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, al no exigir la conformidad con "todas las leyes" con las cuales la situación tenga conexión al momento de su creación. Este requisito "de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles" va a ayudar al juez a

750 Goldschmidt, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 120.
751 Von Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto venezolano…, ob. cit., p. 131.
752 B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 35.
753 Madrid Martínez, Instituciones generales…, ob. cit., (2005), p. 298.

determinar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual, debe apreciarse la debida constitución de la situación jurídica.

La doctrina señala en relación a estos "criterios internacionalmente admisibles", que la Ley se refiere a reglas tales como la *lex rei sitae* o la *locus regit actum* o a la aplicación de la ley nacional o domiciliar al estado y capacidad de las personas físicas[754]. Sería incorrecto afirmar que esos criterios son los contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la Ley adopta algunos de ellos, pues así se estaría aplicando nuestras propias normas de conflicto y desnaturalizando la esencia de esta institución[755]. En todo caso, el juez deberá orientar siempre su decisión al reconocimiento de las situaciones jurídicas, considerando las limitaciones contenidas en la propia norma.

A pesar de la flexibilidad que caracteriza a esta norma, ello no implica el menoscabo de los intereses del foro, los cuales quedan resguardados con la inclusión expresa de tres excepciones: 1) que no se contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, esta mención es similar a la fórmula del artículo 2 de la Ley, referente a la aplicación del derecho extranjero[756]; toda norma en particular persigue objetivos específicos, un resultado determinado desde el punto de vista del derecho material, pero en general, la Ley busca el logro de la justicia y la equidad en cada caso[757]; 2) que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, por ejemplo, el caso de los inmuebles situados en Venezuela los cuales siempre se van a regir por el Derecho venezolano; 3) la inclusión expresa de la excepción del orden público; en este sentido, la redacción de la norma exige la condición de que las situaciones jurídicas no sean "manifiestamente incompatibles" con los principios esenciales del orden público venezolano, con lo cual se restringe la aplicación de esta excepción, consagrándose así el orden público como verdadera excepción, tal y como se establece, en forma general, en el artículo 8 de la Ley[758].

En cuanto a esta última excepción, si bien la Ley consagra de manera general la excepción de orden público internacional en el artículo 8, la referencia particular al orden público internacional evidencia en nuestra normativa la necesaria relación que debe existir entre ambas instituciones, como caras diferentes de una misma moneda. Mientras el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero, la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas constituye una excepción a la aplicación del Derecho venezolano o Derecho del foro y, específicamente, al normal funcionamiento de las normas de conflicto del foro[759].

---

754 *Idem*.
755 *Idem*.
756 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 80.
757 Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto…, ob. cit., pp. 173-177.
758 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 80.
759 Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos…, ob. cit., p. 233.

La Ley regula de manera general la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas y consagra además dos supuestos típicos en el Derecho Comparado en materia de conflictos móviles, relacionados con la capacidad de las personas físicas y con los derechos reales sobre bienes muebles, en los artículos 17 y 28 respectivamente. En ambos supuestos la ley procura la validez de la situación jurídica que podría verse menoscabada por el cambio en el factor de conexión, es decir, la capacidad adquirida aun cuando opere un cambio en el domicilio de la persona física, y la eficacia de los derechos reales sobre bienes muebles válidamente constituidos, los cuales para que surtan efectos frente a terceros deberán cumplir con los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.[760]

De igual modo en el artículo 18 prevé que la persona que es incapaz de acuerdo con el derecho de su domicilio, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto. Se trata de la excepción especial en materia de leyes personales, de la excepción a la ley del domicilio, conocida como la *lex in favore negocii*. Esta figura guarda cierta relación con la institución de las situaciones válidamente creadas pues, procura la validez de dichas situaciones a partir del análisis de la capacidad de la persona física.

En la *lex in favore negotii* se prevé la aplicación alternativa del derecho del domicilio de la persona física, o del derecho que se corresponda con la *lex causae*, cualquiera de las dos que consagre la validez de la capacidad de la persona física deberá brindar una respuesta al caso planteado. En estos supuestos no se trata de una excepción a la aplicación de las normas de conflicto del foro, ni de la determinación de un Derecho extranjero competente de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles[761].

Con la inclusión de esta norma y, de lo dispuesto en el artículo 17 y, en el artículo 28 referente al conflicto móvil en materia de bienes muebles, en el cual se respetan los derechos válidamente constituidos bajo el imperio del derecho anterior, se consagra expresamente la protección de las situaciones jurídicas creadas de acuerdo al derecho extranjero, sin la exclusión expresa de las situaciones creadas según la norma de conflicto foránea[762].

Para concluir con el análisis de esta institución general, voy a referirme a la decisión emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, número 1633 del 14 de diciembre del 2004[763], caso Enrique Emilio Álvarez Centeno contra las sociedades mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A., por cobro de derechos laborales derivados de la relación de trabajo de un empleado extranjero con las mencionadas compañías.

---

760 *Ibid*., p. 241.
761 *Ibid*., p. 242.
762 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado…*, ob. cit., p. 80.
763 Tribual Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia No. 1633, 14 de diciembre de 2004 *(Enrique Emilio Alvarez Centeno v. Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A),* en: https://bit.ly/3VVrOY0; Tribual Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, aclaratoria No. AA60-S-2004-001213, 9 de agosto de 2005, en: https://bit.ly/3BlTSdC

Se trata de un trabajador de nacionalidad argentina, contratado por Abbott Laboratories en Argentina, en julio de 1967, como Agente de Propaganda Médica; en septiembre de 1978 fue trasladado como Director Comercial para Centroamérica y el Caribe, cumpliendo sus labores en la sociedad Abbott Laboratories S.A. en Guatemala; y el 1º de julio de 1980 fue trasladado a Venezuela para desempeñar el cargo de Gerente General de Abbott Laboratories S.A, subsidiaria de Abbott Laboratories, hasta que fue despedido el 23 de noviembre de 1998 en Venezuela, por lo que acude a los tribunales venezolanos para reclamar.

Observa la Sala que Abbott Laboratories y Abbott Laboratories S.A. son parte de un grupo internacional conformado por múltiples empresas en el cual Abbott Laboratories es la casa matriz; además, estima que existió una sola relación laboral que comenzó en Argentina, continuó en Guatemala y luego finaliza en Venezuela.

Asimismo, señala que la relación laboral presenta elementos de extranjería que imponen su consideración bajo las reglas del Derecho internacional privado, y conforme al artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado aplica el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, suscrita y ratificada por Venezuela, Argentina y Guatemala, que consagra la institución de "las situaciones jurídicas válidamente creadas". En conformidad con este artículo, Venezuela puede reconocer los derechos adquiridos del trabajador por los servicios prestados en el exterior, por aplicación de otros ordenamientos jurídicos, siempre que no sean contrarios a los principios de orden público. Aplica la legislación laboral de Argentina y de Guatemala sobre la terminación de la relación laboral, por el tiempo de servicio prestado en esos países.

De esta forma, la Sala aprecia que como las disposiciones legislativas extranjeras no son contrarias al orden público, "los derechos adquiridos por el trabajador por el tiempo de servicio prestado en Argentina y en Guatemala son reconocidos".

Creemos pertinente realizar las siguientes observaciones: en primer lugar, emplea el término de "los derechos adquiridos" ya superado en la doctrina moderna y no el de "situaciones jurídicas válidamente creadas" utilizado por la Convención; en segundo lugar, no analiza la institución en su esencia, es decir, que la situación haya sido constituida de conformidad con una ley internacionalmente competente, cumpliendo con todas las condiciones impuestas por esa ley, que su ejercicio no viole los principios de orden público del país donde surten los efectos de ella derivados, y que esta institución constituye una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto.

Reconoce las situaciones jurídicas válidamente adquiridas porque las legislaciones extranjeras no son contrarias al orden público pero no de acuerdo a la solución adoptada por la Convención para evaluar la validez de esas situaciones jurídicas, de acuerdo a "todas las leyes con las cuales tengan conexión al momento de su creación". La redacción de la norma exige la condición de que "las situaciones jurídicas" no sean manifiestamente incompatibles con los

principios esenciales del orden público venezolano.

El Tribunal reconoce "los derechos adquiridos" solo porque las disposiciones extranjeras no son contrarias al orden público y no si los derechos derivados de la relación laboral fueron válidamente creados conforme a las legislaciones argentina y guatemalteca vigentes para el momento de su creación.

La Corte no contempla esta institución como una excepción, parece superflua la discusión planteada alrededor de las situaciones jurídicas válidamente creadas, porque no se trata en este caso de la aplicación de la institución general analizada. En consecuencia, esta institución, según aparece consagrada por la Convención interamericana, constituye tan sólo una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto: La legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación.

B. La cláusula de escape

En las normas de cualquier sistema de Derecho internacional privado la elección de un criterio de conexión no es una mera cuestión técnica, sino una verdadera decisión de política legislativa que reposa sobre los valores que informan ese sector de derecho y a través de él se transmite un objetivo de política legislativa. Los objetivos de política legislativa explican la técnica de fraccionamiento que el legislador adopta al determinar el derecho aplicable a una relación jurídica internacional, al someterla a ordenamientos eventualmente distintos y de este modo permite una mejor adaptación a las exigencias del supuesto internacional que su sumisión global a un solo ordenamiento.

Una regulación adecuada del derecho resulta de la interacción de la idea de justicia, certeza y estabilidad, como garantías esenciales que todo sujeto reclama y, de la promoción y realización de valores y propósitos aceptados por la comunidad. El Derecho internacional privado en consecuencia, debe lograr un resultado adecuado, bien en términos de localización o de justicia material, logrando al mismo tiempo un alto grado de seguridad jurídica.

La rigidez de las conexiones en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto internacional, estos inconvenientes pueden resolverse dentro del propio método de localización, a través de la formulación de normas de conflicto con supuestos de hecho más específicos. Junto a la flexibilización permitida en la interpretación de la norma de conflicto, debe establecerse la posibilidad de que dicha flexibilidad se introduzca en la propia formulación de la norma, a través del principio de proximidad, determinando genéricamente la aplicación a una determinada institución o relación jurídica de la ley más estrechamente vinculada.

La construcción de Lagarde se inscribe dentro de estas corrientes, su principio de proximidad no rechaza el análisis de la naturaleza de la relación de derecho pero, no lo considera suficiente. Su propuesta puede expresarse mediante una regla de conflicto muy concreta: "cada relación de derecho se rige por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos". Al juez se le pueden dar pautas para que determine cuál es ese sistema, pero no se le puede dar una conexión preconfigurada de modo rígido y absoluto si se busca una solución justa y adecuada[764]. Para evitar la excesiva discrecionalidad otorgada en estos casos al juez, al identificar cuáles son los índices de localización concretos, el legislador habrá de establecer directrices claras y específicas.

La localización debe establecerse mediante el examen directo de las propias conductas y hechos reales que hayan de regularse. Las conexiones deben seleccionarse y formularse pensando en el resultado sustancial que pretende lograrse. Para ello, el empleo de una metodología flexible, mediante la disposición de las conexiones en agrupaciones rigurosamente acumulativas, sucesivas, alternativas o mediante el uso de factores de conexión meramente orientadores.

Así los objetivos del Derecho internacional privado deben quedar garantizados, al punto de que si no se logra su satisfacción a través del empleo de las nuevas técnicas, éstas deben ceder en aras de un resultado adecuado. Si al analizar el contenido material de las leyes que resulten aplicables por estas normas, no se encuentra en ninguna de ellas el efecto que *ab initio* intentaba lograr el legislador, el juez deberá considerar una u otras leyes distintas, para así cumplir con el objetivo sustancial de la norma de conflicto. Para que esto resulte posible, las disposiciones de esta naturaleza deben prever una cláusula de escape que permita adaptar, sustituir o enervar el juego de sus conexiones hasta que pueda obtenerse el resultado deseado[765].

La corrección de la norma general no puede fundamentarse en obtener un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material. Estas cláusulas no son un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma. Si bien el principio de proximidad justifica las cláusulas de escape o de excepción, no significa que ésta no tenga un significado sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución más justa. Cuando se habla de conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una apreciación sólo cuantitativa de los elementos de conexión, debe conducirnos a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, a la más eficiente. La conexión es la primera expresión de justicia, pero no es más que una regla general. De ahí que, "sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puedan privar de justificación a la

[764] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., pp. 83-84.
[765] *Ibid*., p. 88.

conexión. Decimos que dicha conexión pierde proximidad, pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión"[766].

La complejidad de las situaciones de tráfico jurídico externo exige someter las soluciones generales a diversos expedientes de especialización, para ello es aconsejable facilitar el desarrollo judicial del Derecho internacional privado flexibilizando sus soluciones. La excesiva generalidad, rigidez o neutralidad de la norma de conflicto hace necesario un esfuerzo interpretativo que permita acercarlas a las particularidades del caso concreto. Las cláusulas abiertas que imponen soluciones correctivas y sustitutivas, ponen de manifiesto la necesidad de razonamientos argumentativos que permitan orientar las soluciones concretas hacia los valores del ordenamiento jurídico. Las soluciones especiales, ya sean de carácter conflictual o material, reducen la flexibilidad del razonamiento, pero aún en estos casos cabe la excepción y la corrección como resultado de ese proceso argumentativo orientado a valores.

La flexibilidad de las soluciones no es contraria a la previsibilidad de las mismas. Si esta rama del derecho se caracteriza por la escasez de normas y su carácter principal o abierto, busca limitar las consecuencias negativas del pluralismo jurídico, intentando la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, la previsibilidad y efectividad constituyen dos valores importantes. La cláusula de escape permite someter un caso determinado a la ley más próxima, a la más razonablemente previsible por las partes. Uno de los elementos o valores claves de la justicia conflictual es buscar una conexión que tenga en cuenta las expectativas de las partes, la previsibilidad del derecho. De ahí la función que cumple la cláusula de escape como elemento que no solo impide, sino facilita esa previsibilidad. Sólo debe someterse estas cláusulas a supuestos claros y manifiestamente limitados, como garantía de no arbitrariedad[767].

1. Antecedentes

Los más serios ataques dirigidos contra el método clásico comenzaron en el seno de la doctrina angloamericana. Surgen así diversas corrientes que buscan atemperar la rigidez dominante en el sistema conflictual, en un periodo que es calificado como de transición.

En 1951, Morris, basado en la solución dada en Inglaterra al problema del Derecho aplicable a los contratos, propone la aplicación de la *proper law* a los casos de responsabilidad extracontractual, en lugar de la regla *lex loci delicti commissi*. De esta forma, propone que se aplique la ley con la cual el caso presente la conexión más significativa, la cual no sólo será la del lugar del daño, sino que también podría tratarse del Derecho del lugar donde ocurrió la conducta dañosa o el de la residencia de las partes, entre otros. También significativo es el caso resuelto por la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en 1954, *Auten c. Auten*, en el cual se aplicó el "*most significant test*", en el cual se abandonó la solución tradicional en materia

[766] Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 305.
[767] *Ibid*., p. 328.

contractual, para buscar el "centro de gravedad" de la relación[768].

En ese mismo año, 1951, comienza a elaborarse el *Restatement II*, sobre conflicto de leyes, impulsado por las numerosas críticas formuladas al *Restatement I*. La base de la determinación del Derecho aplicable en este texto es el concepto de "*the most significant relationship*" o la más íntima vinculación. La filosofía básica del *Restatement II*, fue recogida por su Sección 6, de acuerdo con la cual, cuando no exista una directriz en el foro que indique inequívocamente el Derecho aplicable, el juez deberá determinar el ordenamiento jurídico que presente la "*most significant relationship*" con el caso en cuestión[769].

Incontables fallos judiciales reflejan la preferencia de la jurisprudencia por el mejor derecho. Los autores estadounidenses han documentado que durante la era del *Restatement I* los tribunales con frecuencia recurrían a mecanismos de escape que les permitieran evitar el uso de normas inferiores. Algunos jueces subrayaban abiertamente la necesidad de alcanzar resultados sensatos en los casos internacionales.

La formulación del principio del vínculo más estrecho se ha atribuido a Westlake, quien en la primera edición de su obra "*Private International Law*", publicada en 1958, se ha referido al "*system of law with the transaction has its closet and most real connection*". Este principio continúa y desarrolla la concepción savignyana de la localización de las relaciones jurídicas y aprovecha la experiencia de la jurisprudencia angloamericana y, especialmente, de la suiza[770]: es lo que se ha llamado "principio de proximidad", el cual ha surgido "como respuesta al reproche de abstracción adjudicado a la escuela savignyana, especialmente, pero no exclusivamente por los americanos"[771].

Tampoco la selectividad de resultados es exclusiva de los Estados Unidos. Algunas sentencias francesas atestiguan la habilidad de los tribunales europeos para alcanzar el resultado correcto a través de hábiles manipulaciones. En el famoso caso *Soulié,* del 01 de marzo de 1910, la *Cour de Cassation* recurrió al reenvío para evitar la aplicación de una ley racialmente discriminatoria de Luisiana, que hubiera impedido derechos sucesorios. En el caso *Caraslanis*, del 22 de junio de 1955, el tribunal calificó el antiguo requisito griego del matrimonio religioso como "formal" y no como "sustantivo", para validar el matrimonio civil francés de ciudadanos griegos[772].

---

768 Madrid Martínez, Nuevas perspectivas para el Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho*…, ob. cit., Tomo I, pp. 466-467.
769 *Ibid*., pp. 467-468.
770 El principio del vínculo más estrecho se manifiesta en la jurisprudencia suiza, por primera vez en el caso "*Chevaley*", en 1934, pero manteniendo la idea de la voluntad hipotética. Ver a Romero, Fabiola, Artículo 30. Solución subsidiaria, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada*…, ob. cit., Tomo II, p. 785.
771 Broggini citado por Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria…, ob. cit., p. 785.
772 Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 192.

Queda claro que los ejemplos norteamericanos y franceses de manipulación orientada al resultado no son los únicos. Ernest Rabel señaló una extendida tendencia a recurrir a una panoplia de estratagemas con el propósito de evadir las consecuencias que se derivan ostensiblemente de las normas de conflicto ciegas a los valores[773].

La respuesta europea no se hizo esperar, aunque la base siguió siendo el método savignyano, Alemania, Austria y Suiza, encabezaron un movimiento tendiente a dar una respuesta a la "crisis" por la cual estaba atravesando esta disciplina.

De esta forma, para llegar a la solución equitativa del caso concreto, los sistemas europeos, sin abandonar la clásica raíz savignyana, han adoptado ciertos correctivos entre los cuales debemos resaltar las transformaciones que ha sufrido la propia norma de conflicto en su estructura. A pesar de que se acepta que la norma indirecta es necesaria para dar solución a los supuestos de hecho con elementos de extranjería, sin embargo, la misma debe revestir ciertas características que pondrán en manos del juez, no sólo la determinación del Derecho aplicable, sino también la idónea aplicación del ordenamiento jurídico que resulte seleccionado, de manera de dar una solución justa al caso concreto[774].

A pesar de la influencia de la revolución metodológica norteamericana en la codificación europea, ambos sistemas se dirigen a la búsqueda de valores diversos. Mientras el foro norteamericano se dirige hacia la búsqueda de la equidad, en Europa tiene más importancia la certeza legal. A la vez que los ordenamientos jurídicos del *Common Law* se han ido acercando a la formulación de ciertas directrices o *approaches* para dotar sus sistemas de un grado de certeza o previsibilidad, por su parte, los sistemas europeos han cedido ante la necesidad de flexibilizar sus normas sobre Derecho aplicable sin dejar de lado la codificación[775].

En Europa, los tribunales se han valido de la interpretación, la calificación y otras figuras, de la llamada por Juenger "parte general" de esta disciplina[776], para dotar sus sistemas de flexibilidad. De otro lado, la justicia material, también denominada "justicia del caso concreto", es un objetivo de las normas de conflicto que se hace evidente en las que son consideradas como materialmente orientadas. Asimismo, debemos hacer referencia a la similitud entre el concepto de los "vínculos más estrechos", propio de los sistemas continentales y "*the most significant relationship*", conexión nacida de los sistemas del *Common Law*, la diferencia entre

---

773 "Bien sabemos que los tribunales intentarán muchas formas directas o intrincadas para satisfacer su sentido de justicia. Rechazarán una norma extranjera en base al orden público del foro. Clasificarán una norma extranjera no deseada como procedimiento extranjero inaplicable. Afirmarán o negarán, con un objetivo deseado en mente, el domicilio de una persona. Y podemos confiar que los tribunales siempre seleccionarán, de dos vías posibles, aquella que los conduzca al resultado que les parezca preferible. Estas formas de sabiduría judicial no pueden cerrarse completamente, y no deberían serlo, mientras las normas de conflicto sigan siendo crudas y vagas". Ernest Rabel citado por Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 192.

774 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 209.

775 *Ibid.,* p. 219.

776 Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 191.

ambas conexiones estriba en el método utilizado para la determinación del Derecho aplicable y, el mismo dependerá, en todo caso, del principio que orienta unos y otros sistemas: la previsibilidad o flexibilidad[777].

La norma indirecta debe adaptarse a las nuevas realidades, flexibilización, especialización y materialización son los caracteres que debe poseer una norma de conflicto. Generalmente los legisladores modernos sancionan reglas bilaterales de conflicto para resolver problemas contentivos de elementos extranjeros y la manera de redactarlas depende de las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. Reglas rígidas son consagradas cuando se persigue la seguridad jurídica y la predictibilidad. Por el contrario, normas flexibles permiten a los jueces encontrar soluciones más adecuadas y efectuar las adaptaciones necesarias para atender las circunstancias particulares del caso concreto. Además, también pueden encontrarse soluciones intermedias, que pretenden garantizar la seguridad y la predictibilidad, pero al mismo tiempo, permiten un cierto grado de flexibilidad a fin de realizar la justicia sustantiva en la controversia.

Las normas de conflicto flexibles afectan en cierto modo la seguridad y la predictibilidad porque el tribunal debe determinar la "conexión más estrecha" en el caso particular, pero los resultados obtenidos pueden satisfacer los intereses involucrados. Las fórmulas de este tipo han sido llamadas *no rules* porque no determinan la ley aplicable y se limitan a presentar el problema de manera diferente, abandonan su determinación al tribunal, después de una adecuada consideración de todas las políticas perseguidas, tomando en cuenta el contenido de los diferentes sistemas jurídicos conectados con la controversia y cualesquiera otra circunstancias que puedan considerar apropiada[778]. Responden a la influencia de la revolución metodológica americana y por la doctrina de los grupos de contactos, consagrada por el *Restatement II*.

Es preciso incluir y mencionar como correctivos al método clásico, el principio de proximidad y la cláusula de escape, por su influencia en la consecución del objetivo del Derecho internacional privado, que es dar solución a los supuestos de tráfico jurídico externo.

2. El Principio de proximidad y la cláusula de escape

a. Principio de proximidad

El principio de proximidad desarrollado por Paul Lagarde[779], como solución que va más allá de la simple búsqueda de la sede de la relación jurídica propuesta por Savigny, podría definirse como la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado con la relación

[777] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 220-221.
[778] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 268.
[779] Llamado así por Paul Lagarde en *Cours Général de Droit International*, dictado en La Haya en 1986. B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto…, ob. cit., p. 74.

jurídica[780]. Entre las justificaciones que se han levantado a favor de este principio, se cuentan la uniformidad de resultados y la eliminación de relaciones jurídicas claudicantes, el respeto de las expectativas de las partes, el equilibrio entre los intereses de los Estados cuyos ordenamientos jurídicos están involucrados con la relación y la justicia en la solución del caso.

El autor francés no rechaza *a priori* el análisis de la naturaleza de la relación de derecho", considera importante la determinación de la sede de la relación jurídica, en esto no se aparta del método clásico de Savigny, pero no lo considera suficiente[781]. La selección de la sede de un supuesto de acuerdo con la propuesta de Savigny, implica operar sobre bases abstractas que pueden perder su coherencia al enfrentarse con las necesidades del caso concreto. La localización debe depender de las circunstancias del asunto que se esté considerando y no de los caracteres esenciales del género al que pertenece. La finalidad de este correctivo al método clásico responde a la necesidad de suministrar los elementos de orientación precisos para una correcta aplicación del sistema. Por lo tanto, el principio de proximidad no se plantea con carácter excluyente, convive con el de soberanía, el de la autonomía de la voluntad y el de la incorporación de una finalidad material a las normas de conflicto, su misión estriba en atemperar el juego de las normas que encuentran su fundamento en ellos[782]. La norma de conflicto ideal que lo contiene constituye un correctivo funcional que puede y debe tomarse en cuenta al aplicar los demás preceptos conflictuales[783]. En las nuevas codificaciones pueden apreciarse ya indicios de su utilización.

Escribe Lagarde

> ciertamente el principio de proximidad no se halla más cerca de la verdad de lo que se encuentra el principio de soberanía, por ejemplo. Simplemente está más cerca de la vida y ése es su título de grandeza. Al enseñarnos que ninguna voluntad política ni juez alguno, por puras que sean sus intenciones, pueden conseguir regular a través de sus leyes, durante mucho tiempo, relaciones de la vida que se encuentran fuera de su alcance, nos da una lección de modestia[784].

Su ámbito de actuación se limitó, en un inicio, a las relaciones patrimoniales matrimoniales y a las obligaciones de tipo contractual y, aun cuando hoy día la mayoría de las codificaciones, tanto convencionales como estatales, se limitan a esta última materia, se ha aceptado que también las relaciones extracontractuales pueden ser objeto de la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado[785].

---

[780] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 210.
[781] Lagarde, Paul, Cours générale de Droit International privé, en: *Recueil des Cours*, 1986, Tomo 196, p. 29.
[782] *Ibid*., pp. 9 ss.
[783] Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general*…, ob. cit., p. 84.
[784] Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain, en: *Recueil des Cours*, 1986, I, p. 194.
[785] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 211.

Juenger señala en este sentido, que los legisladores no están directamente confrontados con las consecuencias de las normas para la selección del derecho que aprueban, ellos no sienten las mismas presiones que un juez que debe decidir el caso planteado. Además, quienes en la realidad redactan normas de conflicto son con frecuencia académicos apegados a una u otra doctrina ortodoxa. Sin embargo, abundan ejemplos de normas orientadas por el resultado. En la legislación así como en los pronunciamientos judiciales, la teleología puede adoptar distintas formas. Las técnicas disponibles son, los puntos de conexión flexibles, las disposiciones unilateralistas que favorecen la amplia aplicación de la *lex fori* progresista y las normas de referencia alternativas[786].

El principio de proximidad ha sido consagrado, especialmente en materia contractual, a través de una especie de conexión subsidiaria, pues en estos casos sólo entra en juego a falta de elección expresa del Derecho aplicable por las partes[787]. Para ello se emplean fórmulas intermedias, de acuerdo con las cuales se procede a establecer una solución principal, consagrada como una regla rígida para garantizar seguridad y predictibilidad, pero al mismo tiempo es admitida la posibilidad de soluciones distintas en algunos casos concretos a fin de atender las exigencias de la justicia en la controversia particular. Tales excepciones no son sancionadas en forma rígida sino en términos vagos y generales, así el tribunal está facultado para desviarse de la solución establecida en todos los casos en los cuales una legislación diferente aparezca como la más apropiada, en vista de sus vínculos con el supuesto de hecho[788].

El principio de la "conexión más estrecha" se encuentra sancionado por el artículo 4(1) del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, que establece, "En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiere sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos…", y para evitar la incertidumbre derivada de su funcionamiento, los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo establecen varias reglas para determinar el país con el cual algunos contratos específicos deben presumirse más íntimamente conectados: el contrato presenta los vínculos más estrechos con el Estado donde tenga su residencia la parte que deba realizar la prestación característica, factor que ha sido severamente criticado por constituir una vuelta al clásico método savignyano y por favorecer a la parte más fuerte[789]. Sin embargo, estas presunciones no permiten una completa predicción del resultado porque, conforme al párrafo quinto, pueden ser desatendidas "si aparece de las circunstancias, consideradas

[786] Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 198.
[787] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 211.
[788] Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 269.
[789] Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 211-212.

como una totalidad, que el contrato se encuentra más íntimamente conectado con otro país"[790].

El método utilizado suministra presunciones en lugar de reglas para determinar la conexión más estrecha, en un esfuerzo para llegar a un compromiso entre dos puntos de vista diferentes. El profesor Aubrey L. Diamond, agrega en este sentido:

> Existen países que prefieren reglas rígidas, a ser aplicadas por el juez con el mínimum de discreción y la menor dificultad. Otros Estados prefieren la flexibilidad a una regla rígida que puede conducir a una respuesta equivocada en algunos casos; y se inclinan a reconocer al Juez suficiente libertad para seleccionar la solución correcta o, por lo menos, una respuesta más satisfactoria para la controversia particular. La Convención de Roma es un intento de complacer a los dos, pero como todo compromiso corre el riesgo de no satisfacer a ninguno[791].

La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales consagra este principio en el artículo 9, al señalar "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…"[792].

La Ley de Derecho internacional privado venezolana acoge el principio de proximidad en el artículo 30, conforme al cual el juez deberá determinar con cuál derecho se encuentra más vinculada la obligación. En estos casos la determinación del Derecho más estrechamente

---

[790] Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma 19 de junio de 1980, art. 4: Ley aplicable a falta de elección: "1) En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los *vínculos más estrechos*. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. 2) Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento. 3) No obstante lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble. 4) El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos en este país. Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contrato de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías. 5) No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país".

[791] Diamond citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 270-271.

[792] Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 9: "Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato de regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato".

vinculado debe estar orientada por los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato[793]. Por elementos subjetivos debe entenderse aquellos que se refieran a las partes, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas físicas, el establecimiento o sede principal o lugar de constitución de las personas jurídicas; y, los elementos objetivos, quedan reservados para aquellos que vinculan al contrato mismo con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, así, los principales son, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato.

También se encuentra consagrado en la Ley húngara, artículo 25 y 29[794]; en el Código Civil alemán, artículo 28[795]; en la Ley suiza, artículo 117[796]; en el Código Civil de Quebec, artículo 3112 y 3113[797]; en la Ley australiana, artículo 9(6).

Algunas legislaciones han llegado a consagrar el principio de proximidad como una cláusula general. En estos supuestos, el propio legislador establece las conexiones que han de entenderse como expresión de un estrecho vínculo con la situación jurídica de que se trate. Es el caso de la Ley austriaca[798], que en efecto, sanciona un conjunto de reglas para determinar la

---

[793] Ley de Derecho internacional privado venezolana, art. 30: "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 se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales".

[794] Decreto Ley No. 13 sobre Derecho internacional privado del Consejo Presidencial Húngaro (Gaceta Oficial, 31 de mayo de 1979), art. 29: "Si la ley aplicable no puede ser determinada en virtud de las disposiciones de los párrafos 24 a 28, el contrato se regirá por la ley del domicilio, de la residencia habitual o de la sede (de negocios) de la persona obligada a cumplir la prestación que caracteriza el contrato de modo primordial. Si la ley aplicable no puede ser determinada de acuerdo al procedimiento arriba establecido, regirá la ley que se considere más estrechamente vinculada con los elementos esenciales de la relación contractual particular". Ver en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado*…, ob. cit., Tomo I, p. 351.

[795] Código Civil Alemán. Ley de Introducción que contiene la reforma del Derecho internacional privado (1986), art. 28: "(1) En la medida en que el derecho aplicable al contrato no hubiere sido escogido conforme a las disposiciones del artículo 27, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos. No obstante si una parte del contrato fuera separable del resto y tuviese un vínculo más estrecho con otro Estado podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato, el derecho de este otro Estado. (2) Se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el Estado el cual la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, o si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, se presume que el contrato presenta vínculos más estrechos con aquel Estado en el cual se encuentra situada su sede principal o sí, según el contrato, la prestación tuviese que ser realizada por un establecimiento distinto del principal, aquel Estado en que esté situado este otro establecimiento. Cuando la prestación característica no pueda ser determinada, el presente párrafo es inaplicable…". *Ibid.,* p. 227.

[796] Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado (1988), art. 117: "(1) A falta de elección del derecho, el contrato está regido por el derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos. (2) estos vínculos se reputan existentes con el Estado en el cual la parte que deba cumplir la prestación característica tiene su residencia habitual o si el contrato es concluido en el ejercicio de una actividad profesional o comercial, en el lugar donde se encuentra su establecimiento…". *Ibid.,* pp. 397-398.

[797] Código Civil de la Provincia de Quebec. Ley que contiene la reforma del Libro Décimo (1991), art. 3112: "En la ausencia de designación de la ley en el acto o si la ley designada hace el acto jurídico inválido, los tribunales aplican la ley del Estado que, teniendo en cuenta la naturaleza del acto y las circunstancias que lo rodean, presenta los vínculos más estrechos con este acto". Artículo 3113: "Se presume que existen los vínculos más estrechos con la ley del Estado en el cual la parte que debe suministrar la prestación característica del acto tiene su residencia o, si éste se concluyó en el curso de las actividades de una empresa, su establecimiento". *Ibid.,* p. 266.

[798] Ley Federal Austriaca sobre Derechos Internacional Privado (1978), art. 1: "(1) Las situaciones con elementos extranjeros están regidas, en materia de derecho privado, conforme al orden jurídico con el cual tengan el más fuerte vínculo. (2) Las normas especiales

legislación aplicable, pero en el párrafo segundo del artículo primero prescribe que todas ellas deben considerarse la expresión de un principio fundamental y básico de la Ley, a saber, "que los supuestos de hecho con elementos extranjeros deben ser decididos, en materias de derecho privado, de acuerdo con la legislación con la cual tiene los vínculos más estrechos". Así todas las normas de conflicto se encuentran subordinadas al principio superior de la más íntima conexión. El cual también debe orientar su interpretación. El artículo 1 de la Ley califica como expresión de los vínculos más estrechos a todas las conexiones contenidas en la propia ley, lo que la convierte en una regla que no permite al juez apartarse del Derecho indicado por su norma de conflicto, pues, ese Derecho es considerado como aquél con el cual la relación presenta los vínculos más estrechos; por ello tal norma no ha de considerarse como una cláusula de escape[799].

Observamos entonces, que la doctrina del vínculo más estrecho ha sido adoptada por el legislador, en forma global, de dos maneras: presumiendo que los factores de conexión indicados para cada supuesto de hecho, constituyen la conexión más estrecha, sin posibilidad de probar lo contrario, presunción *iures et de iure*, y permitiendo al juez completar lagunas e interpretar las normas contenidas en la misma ley, como es el caso de la Ley Federal austriaca; y con posibilidad de probar lo contrario, presunción *iuris tantum*, como es el caso de la Ley Federal suiza y del Código Civil de la Provincia de Quebec, las cuales consagran en sus artículos 15 y 3082, respectivamente, una "cláusula de escape de excepción", que tiene por vocación corregir los factores de conexión establecidos por las normas de conflicto del foro[800].

El principio de proximidad, casi sinónimo de idoneidad, desarrollado por Paul Lagarde como un elemento inseparable de la norma de conflicto, sea como principio general, Ley austriaca de 1978, sea como una excepción, Ley Suiza de 1989, es la médula del Derecho internacional privado actual[801].

b. La cláusula de escape

Un desconocido jurista Struve no ha dudado en predicar que el juez debía salvaguardar su libertad y desobedecer, ante una solución que estimase injusta, a su propio legislador[802]. En nuestros días, Juenger pretende doctrinalmente poder prescindir de todo sistema de normas de conflicto[803].

---

sobre el orden jurídico aplicable, contenidas en esta Ley Federal (normas de remisión) se consideran como expresión de este principio". *Ibid.,* p. 335.

799 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 212.

800 Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria…, ob. cit., p. 788-789.

801 B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 34.

802 La cita la toma Pillet de K. G. von Wächter. García Velasco, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 197-198.

803 *Ibid*., p. 198.

Las legislaciones actuales parecen haber conciliado, como acabamos de indicar, la oposición entre la perspectiva abstracta del legislador y la concreta y específica del juez por medio de las cláusulas de excepción. El legislador puede permitir al juez, a través del principio de proximidad, desatender un determinado Derecho, cuando considere que hay otro ordenamiento jurídico más vinculado con la situación jurídica concreta, hablamos de la "cláusula de escape", también conocida como "cláusula de excepción". Este mecanismo permite al juez "escapar" al Derecho indicado por su norma de conflicto, en los casos en que considere que el supuesto de tráfico jurídico externo presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Esta es la razón por la cual se le entiende como un correctivo de la norma de conflicto, de lo cual se deriva que, para ponerse en funcionamiento, requiere que haya actuado la norma de conflicto y que ésta haya conducido a un Derecho con el cual la relación no tenga vínculos[804]. La cláusula de excepción puede abandonar el dominio de localización y conducir a una ley determinada por razones de orden material[805].

Recurrir a una cláusula de escape supone la producción de un efecto inmediato y otro mediato. El efecto inmediato es la sustitución del Derecho designado por la norma de conflicto por otro Derecho que, con la relación concreta, presente los vínculos más estrechos. El juez, debe concretizar la cláusula de excepción *modo legislatoris*, reemplazando la ley competente por un Derecho que habría designado el propio legislador. El efecto mediato consiste en que el juez, al poner en funcionamiento la cláusula de excepción, formula una nueva norma de conflicto, modificando así su sistema de Derecho internacional privado[806].

Juenger al respecto señala, utilizadas como un punto de conexión más que como una mera cláusula de escape, las frases típicas tales como "la conexión más significativa", "fuerte" o "estrecha" invitan abiertamente a los jueces a crear derecho. Incluso los académicos que se oponen a la selectividad de resultados reconocen las atracciones de semejante enfoque no reglado, que algunos creen es el tema dominante del conflicto de leyes contemporáneo[807].

Los puntos de conexión abiertos, que emulan la fórmula inglesa del derecho apropiado referida a la "conexión más estrecha y más real" y a la relación más significativa del *Restatement II*, han hecho progresos significativos en Europa. Ejemplo de la figura de la cláusula de escape, es el artículo 15 de la Ley suiza: "El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, 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 derecho". No obstante, el segundo párrafo del mismo artículo agrega:

---

804 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., pp. 212 ss.
805 Lagarde citado por García Velasco, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 201.
806 García Velasco, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 213.
807 Juenger, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 200.

"Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho". De acuerdo con esta disposición, el juez sólo puede corregir la norma de conflicto en caso de que ésta no satisfaga el ideal de justicia del Derecho internacional privado, es decir, asegurar la aplicación de una ley con la cual el caso presente el lazo más estrecho[808].

El poder de apreciación del juez se extiende únicamente a la determinación de la graduación del vínculo de una situación con uno u otro Derecho. La cláusula contenida en el artículo 15(1) de la Ley suiza debe ser interpretada en sentido restrictivo y limitado exclusivamente a la justicia de la conexión, a la justicia del Derecho internacional privado.

La solución suiza inspiró y aparece reproducida en el artículo 3082 del Código Civil de la Provincia de Quebec[809].

El artículo 4(5) del Convenio de Roma, que establece: "…Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país". La cláusula de escape descarta la presunción de la prestación característica, cuando la misma no pueda ser determinada o cuando resulte, del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico[810]. En este sentido destaca el método empleado por los tribunales alemanes, al recurrir a la cláusula de escape antes que a las presunciones establecidas en los apartados citados[811].

También se menciona la sección 6 del *Restatement II*, la cual enuncia unos principios que permiten al juez formular una norma de conflicto, cuando se produzca una laguna en este sentido. Se afirma que aunque exista una norma formal rígida, en casos excepcionales, la sección 6 puede cumplir una función correctiva de tal disposición, a manera de cláusula de escape[812].

Sobre la "cláusula de escape o de excepción", la doctrina ha manifestado opiniones divergentes. Mientras unos expresan "ella parece ser el corazón del sistema"[813]; para otros esta cláusula "podría venir en ayuda de las partes cuando la ley normalmente aplicable se revela totalmente inadaptada a sus necesidades" (Vischer). Por otra parte, para Wengler, llega a

---

808 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 213

809 Código Civil de la Provincia de Quebec. Ley que contiene la reforma del Libro Décimo, art. 3082: "A título excepcional, la ley designada por el presente libro no es aplicable si, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias, es manifiesto que la situación no tiene sino un vínculo lejano con esta ley, y que ella se encuentra en relación mucho más estrecha con la ley de otro Estado. La presente disposición no se aplicará cuando la ley esté designada en un acto jurídico.". Ver en B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*…, Tomo I, ob. cit., p. 261.

810 Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria…, ob. cit., p. 787.

811 Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 214.

812 Hay, Peter, Flexibility versus predictability and uniformity in Choice of law (reflexions on currente European and United States conflicts law), en: *Recueil des Cours*, 1991, I, Tomo 226, pp. 281 ss.; Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 214.

813 Broggini citado por Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria…, ob. cit., p. 789.

considerarla como una "violación del derecho fundamental a la seguridad jurídica"[814]. El principio de proximidad está normalmente acompañado de ciertas directrices para la determinación de ese Derecho más estrechamente vinculado, no puede afirmarse que se produzca una pérdida absoluta de seguridad jurídica.

Conclusiones

El juicio de valor en Derecho internacional privado permite establecer si una solución es justa o no, si responde a los intereses en presencia, hecho lo cual, el intérprete jurídico deberá atender a las herramientas que le ofrece su propio ordenamiento jurídico con el objeto de prevenir las posibles injusticias derivadas de la normal actuación de sus reglas de conflicto. Tales herramientas son, la calificación, la cuestión incidental, la adaptación y las situaciones jurídicas válidamente creadas, desde el momento en que pueden coadyuvar al juez a desatender el derecho declarado aplicable por la norma de conflicto.

La flexibilización del método indirecto o conflictual que continúa siendo el eje metodológico de esta disciplina, involucra de una manera muy amplia al juez, que exige trabajo de investigación y el empleo del Derecho comparado, a veces más complicado que la aplicación del método clásico conflictual, y esta tendencia obliga a repensar la función que están destinadas a cumplir las instituciones generales.

El Derecho internacional privado sólo puede tener una función material, al igual que cualquier otra rama del Derecho, que consiste en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas que se diferencian por presentar un elemento de extranjería. Esta evolución de nuestra disciplina en la cual su fin primordial es la solución equitativa del caso concreto, ha permitido que las instituciones generales tradicionales adquieran el carácter de "valorativas", contribuyendo así a la consecución de ese fin. La calificación, en especial la calificación autónoma y la funcional; la institución desconocida que tradicionalmente se ha calificado como negativa, porque conducía a rechazar la aplicación del Derecho extranjero, ahora obliga a revisar el Derecho del juez a través del análisis de la función social o económica que está llamada a cumplir; la cuestión incidental, le confiere al juez la posibilidad de escoger entre la solución *lex fori* o autónoma y la solución *lex causae* o jerarquizada; la adaptación cuyo funcionamiento traslada al juez facultades para desatender y modificar las normas en juego; la contribución al desarrollo del Derecho internacional privado de la doctrina de las situaciones válidamente creadas, cuando se acepta que un derecho pueda ser adquirido válidamente conforme a un Derecho distinto del normalmente aplicable. Todas ellas contribuyen en la actualidad a la consecución de una solución equitativa.

[814] F. Visher y Wengler citado por García Velasco, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 201.

El abandono de las concepciones formales y la incorporación de una mayor carga de valores en las normas, determina una preocupación menor por cuál es el Derecho extranjero aplicable y una mayor preocupación por cuáles son las condiciones para que puedan constituirse o desplegar sus efectos las relaciones o situaciones jurídicas del tráfico externo.

Asimismo, la finalidad del principio de proximidad como correctivo del sistema conflictual, responde a la necesidad de suministrar los elementos de orientación precisos para una correcta aplicación del sistema. Este principio no se plantea con carácter excluyente, convive con el principio de soberanía, el de la autonomía de la voluntad y el de la incorporación de una finalidad material a los preceptos de atribución, su misión estriba en atemperar la actuación de las normas que encuentran su fundamento en ellos. En las nuevas codificaciones, el legislador le ofrece la posibilidad al juez de, a través del principio de proximidad, desaplicar el Derecho designado por la normal actuación de la regla de conflicto y aplicar otro, cuando lo considere más vinculado con la relación jurídica concreta, hablamos de la cláusula de escape. Las normas de conflicto que contengan estas técnicas constituyen un correctivo funcional que puede y debe tomarse en cuenta al aplicar las demás normas conflictuales, para lograr de igual forma la solución más justa y equitativa.

Podemos concluir afirmando que, las instituciones valorativas nacen como herramientas o mecanismos para permitirle al juez la búsqueda y aplicación de la solución más justa posible en cada caso concreto y hacer efectiva la justicia material. Perelman se refiere a una conclusión generalmente aceptada en nuestros días, fruto del abandono de una concepción formalista y legalista: "el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos, razonable"[815].

[815] Perelman citado por Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 81.

II. Trabajos monográficos

El fideicomiso y el *trust* anglosajón como herramientas de transmisibilidad del patrimonio familiar en tiempos de migración

*Fred Aarons P.**

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 227-249.

Resumen

Este papel de trabajo ha sido preparado en la oportunidad de conmemorar el vigésimo quinto aniversario de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana promulgada el 6 de agosto de 1998. Dicha ley surgió como un instrumento idóneo que recopila los principios fundamentales que rigen el derecho internacional privado y las leyes aplicables en asuntos relativos, entre otros, a las personas, sus bienes, sus relaciones contractuales y obligaciones desde la perspectiva del Derecho venezolano. El propósito de este breve artículo es proporcionar ciertas pautas necesarias para identificar los beneficios del fideicomiso, su instrumentación como mecanismo de sucesión indirecta y las amplias posibilidades que se proporcionan bajo la figura del *trust* anglosajón para alcanzar una planificación patrimonial familiar eficiente. Así mismo, buscamos diferenciar las figuras de la fiducia o el fideicomiso con la del *trust* anglosajón. La información aquí contenida pretende configurar una breve guía referencial para así propiciar el uso del fideicomiso y el *trust* anglosajón ("*trust*") como instrumentos de planificación y transmisibilidad patrimonial familiar. Semejante guía puede ser especialmente útil para aquellos que buscan alternativas de planificación patrimonial familiar ante las vicisitudes planteadas por la creciente migración de la familia venezolana.

Abstract

This working paper has been prepared on commemorating the twenty-fifth anniversary of the Venezuelan Private International Law promulgated on August 6, 1998. This law emerged as an appropriate instrument that compiles the fundamental principles governing private international law and the laws applicable in matters relating, among others, to persons, their property, their contractual relations, and obligations from the perspective of Venezuelan law. This brief article provides certain guidelines to identify the benefits of the trust, its instrumentation as an indirect succession mechanism, and the broad possibilities provided under the figure of the Anglo-Saxon trust to achieve efficient family estate planning. Likewise, we seek to differentiate the continental law trust with the Anglo-Saxon trust. The information contained herein aims to configure a brief referential guide to promote the use of the continental law trust and the Anglo-Saxon trust ("trust") as instruments of planning and family patrimonial transferability. Such a guide can be especially useful for those seeking family estate planning alternatives in the face of the vicissitudes posed by the increasing migration of the Venezuelan family.

Palabras claves

Fideicomiso. *Trust* anglosajón. Patrimonio familiar. Planificación patrimonial familiar. Derecho internacional privado.

* Doctor en Ciencias, Mención Derecho, por la Universidad Central de Venezuela; Magister en Banca de Desarrollo, Concentración en Finanzas, por *American University*; Magister en Estudios Legales Internacionales, Concentración en Comercio Internacional y Banca, por *American University Washington College of* Law; y Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor del curso de Derecho, Economía y Regulación Financiera a nivel de Doctorado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y profesor de las cátedras de Mercados de Capitales Internacionales y Legislación Financiera venezolana a nivel de postgrado en la Maestría de Monedas e Instituciones Financieras de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Central de Venezuela. Consultor Internacional en asuntos regulatorios, transacciones internacionales y desarrollo institucional. Árbitro y Mediador del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas y acreditado ante otras instituciones internacionales de mediación y arbitraje, tales como FINRA.

Keywords

Trust. Anglo-Saxon trust. Family estate. Family estate planning. Private International Law.

Sumario

Introducción. I. Tendencias migratorias de las familias venezolanas. II. La familia y su planificación patrimonial. III. Factores que determinan la protección del patrimonio familiar. A. La legítima, el testamento y el fideicomiso como medios de transmisión del patrimonio familiar. 1. La Legítima. 2. El testamento. 3. El fideicomiso. a. La fiducia moderna. b. El fideicomiso en Venezuela. c. El *trust* anglosajón como herramienta de protección del patrimonio familiar. IV. Usos y propósitos prácticos del fideicomiso y el *trust*. V. Diversidad de los regímenes sucesorios y fiscales aplicables. VI. El fideicomiso, el *trust* y la ley aplicable. Conclusión.

Introducción

Hoy en día el fideicomiso es un instrumento ampliamente utilizado para la disposición de diversos negocios jurídicos. Desde la época romana el fideicomiso ha estado vinculado con la familia como mecanismo de sucesión indirecta. Con base en esta premisa, hemos preparado este breve artículo tomando en consideración las vicisitudes planteadas como consecuencia del movimiento migratorio que ha afectado a las familias venezolanas recientemente. El fenómeno migratorio de las familias venezolanas provoca el estudio de la figura del fideicomiso como mecanismo dinámico y flexible que permite establecer alternativas disponibles para la planificación patrimonial familiar, de acuerdo con las legislaciones vigentes en los países a los cuales las familias venezolanas han migrado, y tomando en cuenta las circunstancias particulares de cada grupo familiar. Semejante circunstancia migratoria hace propicia la ocasión para estudiar las amplias posibilidades que proporciona la figura del fideicomiso como instrumento de planificación patrimonial familiar.

Nuestro propósito en este breve artículo es proporcionar las pautas necesarias para identificar los beneficios del fideicomiso, tanto desde la perspectiva del Derecho continental —caso de Venezuela—, como desde la perspectiva del Derecho anglosajón. La información aquí contenida busca configurarse en una breve guía referencial para así propiciar el uso del fideicomiso y el *trust* como instrumentos de planificación patrimonial familiar, especialmente tomando en cuenta las vicisitudes planteadas por la creciente migración de la familia venezolana.

El patrimonio familiar está conformado por bienes muebles e inmuebles, razón por la cual es importante entender el régimen jurídico aplicable a tales bienes en un contexto internacional. Usualmente, en el derecho interno de cualquier país, los bienes pueden ser objeto de regulación por las normas de conflicto en un doble punto de vista, ya sea considerados aisladamente, o según formen parte de un patrimonio. En este último supuesto, compete al derecho internacional privado las cuestiones sobre la ley aplicable a la sucesión *mortis causa* y a la sociedad económica conyugal. Desde esta perspectiva específica, ha sido importante la distinción entre bienes muebles e inmuebles.

El régimen legal aplicable a los bienes muebles ha sido usualmente el de la ley del domicilio o del país de su propietario, de conformidad con el principio romano *mobilia sequuntur personae.* En cambio, para los bienes inmuebles el régimen legal aplicable queda usualmente determinado por la ley de situación de los bienes, salvo que dicha aplicación sea incidental a otra circunstancia de la competencia de un tribunal extranjero o cuando los inmuebles situados en el extranjero formen parte de un patrimonio[1].

Los negocios jurídicos se configuran en la medida que exista una declaración por parte de una o varias voluntades encaminadas a la producción de un efecto al que el ordenamiento de un Estado asigna cierta fuerza jurídica. En consecuencia, en todo negocio jurídico debemos distinguir entre los requisitos de fondo y aquellos que afectan a su forma. Esta circunstancia conlleva a buscar que la forma se acomode a la ley que haya de regir el fondo del contrato, pudiendo existir casos en que esto pudiese resultar imposible o de difícil ejecución. Por ello, es necesario tomar en consideración la significación de la regla *locus regit actum;* es decir, la ley del país de otorgamiento que rige la forma de éste. De allí radica la importancia de entender las condiciones exigidas por la ley para que una voluntad real se tenga por efectivamente declarada.

Por ello expondremos, tomando en cuenta aspectos relevantes del derecho internacional privado, los aspectos más resaltantes de la fiducia o fideicomiso —aplicable en el Derecho continental— y el *trust* —en el Derecho anglosajón—, con el fin de determinar la pertinencia de su uso y promover una planificación patrimonial familiar idónea y eficiente, que tome en cuenta las vicisitudes planteadas por la migración que ha afectado la estabilidad de la familia venezolana en el extranjero.

I. Tendencias migratorias de las familias venezolanas

La migración de las familias venezolanas en los últimos años ha atraído la atención de diversas instituciones vinculadas con los movimientos migratorios en el mundo. Según la Organización de las Naciones Unidas, habría al cierre del año 2022 aproximadamente 6,8 millones de venezolanos refugiados y migrantes en todo el mundo, de los cuales unos 5,7 millones están en América Latina, de acuerdo con la Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, liderada en conjunto por ACNUR y OIM[2].

La migración registrada en Venezuela es el desplazamiento de personas vulnerables más numeroso y rápido del mundo después de la crisis siria y no tiene precedentes en la historia de la región. El Banco Mundial está ayudando a los países receptores con: (i)

[1] Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Gráficas Yagües, 2ª ed., 1957, Tomo II, p. 180.
[2] CNN Español, Venezolanos en Colombia: cuántos hay, dónde están y otros datos, 23 de septiembre de 2022, en: https://cnn.it/41aDneV

Análisis: Compartiendo experiencias globales y apoyando para que definan el alcance y la escala del impacto económico y social de la migración, además de proporcionar un marco integrado para la respuesta; (ii) **Asistencia técnica**: apoyando a los países receptores en la elaboración de políticas y programas efectivos para gestionar la migración, elaborando consultas "en el momento preciso" e intercambio de conocimientos con expertos globales en gestión de crisis de refugiados; (iii) **Apoyo financiero**: brindando soluciones financieras para respaldar inversiones y reformas de política; y (iv) **Poder de convocatoria**: facilitando alianzas y respuestas conjuntas entre actores clave, incluidos gobierno, agencias de la ONU y el sector privado[3].

La crisis económica y política de Venezuela originó el éxodo de familias venezolanas en busca de mayor estabilidad económica y social. Sin embargo, la migración de las familias venezolanas ha incidido en la alteración de ciertos elementos de planificación patrimonial. Esta circunstancia incide en que el fideicomiso, o el *trust*, pueda configurarse como un instrumento útil para establecer mecanismos de sucesión indirecta, especialmente cuando dicho patrimonio familiar está configurado por bienes en diferentes jurisdicciones territoriales, resultado del proceso migratorio antes descrito. Por esta razón principalmente, este breve estudio representa una oportunidad para identificar alternativas que permitan a las familias venezolanas acceder a instrumentos de planificación patrimonial versátiles y flexibles, tales como el fideicomiso o el *trust*, de acuerdo con sus diferentes modalidades.

II. La familia y su planificación patrimonial

Cuando hacemos referencia a la familia surge la necesidad de examinar los aspectos relevantes de la existencia de la familia en el ámbito de los derechos patrimoniales. De hecho, aún en la eventualidad de la familia no tener propiamente bienes afectados a esta, los mismos están asignados a sus miembros o integrantes.

Dicha afectación, en todo caso, está vinculada al régimen patrimonial, entendido desde su celebración hasta su disolución, pasando por las sucesiones *ab intestato*, las sucesiones testamentarias, donaciones, hasta la partición de la comunidad conyugal.

La familia es usualmente conceptualizada como el núcleo esencial de la sociedad. Más aún, ella conlleva en sí un enorme valor económico, lo cual motiva la debida atención a la organización y preservación del patrimonio familiar.

Como lo señalara Mazeaud, si bien la familia no es una persona moral ya que carece de existencia jurídica, los bienes de cada uno de sus integrantes, es decir, de los cónyuges e hijos

[3] Banco Mundia, La migración venezolana, más allá de las fronteras, 26 de noviembre de 2019, en: https://bit.ly/3ND9VLs

están afectados al grupo familiar al estar destinados a la familia, mediante el establecimiento de los regímenes familiares de las sucesiones y de las liberalidades[4].

La comunidad de vida en familia conlleva una cierta afectación de los bienes propiedad de sus integrantes al grupo familiar, razón por la cual es relevante procurar la debida organización del patrimonio familiar.

La organización del patrimonio familiar reviste importancia ya que permite determinar, en primer orden, el régimen de propiedad, administración y goce de los bienes adquiridos durante el matrimonio e inclusive en caso de disolución de tal matrimonio; en segundo orden, la provisión de la manutención y educación de los hijos que conforman dicha organización familiar; y en tercer orden, la transmisibilidad de los bienes familiares mediante actos sucesorios, que más allá de promoverse en función de los cónyuges e hijos, se manifiestan mediante una invertebrada solidaridad entre los parientes más cercanos a los hijos.

La importancia de la función social de la familia es lo que determina la necesidad de proteger el patrimonio familiar. Ahora bien, las circunstancias migratorias de las familias pueden alterar en la práctica los regímenes de transmisibilidad del patrimonio familiar y a ello dedicaremos nuestro análisis en los párrafos siguientes.

Como antecedente histórico debemos recordar que el patrimonio familiar y su organización tuvo su propia evolución partiendo desde la Ley de las XII Tablas del derecho romano, según la cual el *pater familias* era el único propietario de los bienes de la familia, puesto que la mujer ocupaba el lugar de un hijo y los bienes de esta pertenecían al *pater familias*. Posterior a las conquistas, la mujer y los hijos adquirieron independencia, lo cual condujo al surgimiento de patrimonios propios de la mujer y los hijos y la consiguiente afectación de los bienes a la familia. De allí surgen conceptos inalterados como la legítima o reserva, constituida para preservar el patrimonio familiar según el número y la calidad de los herederos[5].

Las diversas legislaciones civiles a nivel comparado han paulatinamente disminuido las atribuciones del cónyuge-hombre sobre el patrimonio familiar, proporcionándole a la cónyuge-mujer mayores potestades de gestión de los bienes del patrimonio familiar.

Con base en lo anterior, podemos entender que el patrimonio familiar surge esencialmente de la familia fundada sobre el matrimonio. En consecuencia, los bienes de los esposos o cónyuges se convierten en bienes del matrimonio habida cuenta que estos tienen libertad para determinar el régimen aplicable a sus bienes, ya sea mediante el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales o sin estas.

---

[4] Mazeaud, Henry et al., *Lecciones de Derecho civil*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1965, Parte cuarta, volumen I, p. 8.

[5] Mazeaud et al., *Lecciones de Derecho civil*…, ob. cit., p. 14.

Esta libertad decisoria de los futuros cónyuges permite diferenciar entre el régimen patrimonial matrimonial comunitario y el régimen patrimonial matrimonial separado, este último regido por las capitulaciones matrimoniales estipuladas por los cónyuges con antelación al matrimonio. De tal manera, los bienes de los cónyuges constituyen durante el matrimonio tres masas distintas, a saber: bienes propios de la mujer; bienes propios del marido; y bienes comunes, siendo estos últimos por repartirse entre los cónyuges y a sus derechohabientes, al verificarse la disolución del matrimonio[6].

Cuando hacemos referencia a la familia, no solo debe hacerse referencia a la institución conformada por una madre y un padre casados de por vida, con hijos nacidos exclusivamente de esa relación matrimonial. Hoy en día, la familia podría llegar a conformar una amplia cadena modificada no solo por divorcios, sino por adopciones y demás relaciones que pueden afectar las decisiones patrimoniales familiares y determinar el régimen sucesoral o testamentario entre sus integrantes. En medio de estas modernas tendencias familiares el fideicomiso y el *trust* pueden constituirse en alternativas eficientes y eficaces de planificación patrimonial familiar.

III. Factores que determinan la protección del patrimonio familiar

La planificación patrimonial es el desarrollo de un plan exhaustivo en el que se determina la totalidad de objetivos financieros de un individuo. En él se seleccionan y ejecutan las estrategias dirigidas a alcanzar dichos objetivos. De allí que el principal objetivo que busca atender la planificación patrimonial es alcanzar cierto equilibrio entre la preservación del patrimonio y la optimización y uso eficiente de los recursos financieros que lo componen.

La planificación patrimonial comienza con un recuento del estado financiero de la persona implicada, a continuación, se elabora una previsión de los futuros gastos, ingresos y riesgos a los que se puede enfrentar. Por ello, se intenta estimar el nivel de ingresos actual. Luego, se establecen los objetivos financieros y se determinan las mejores estrategias coordinadas para alcanzar dichos objetivos. Dicha planificación patrimonial es relevante en vida y con miras de transmitirse para la posterioridad.

Los criterios de planificación patrimonial familiar varían en el tiempo y suelen estar fundamentados en un conjunto de medidas que pueden ser adoptadas para proteger el patrimonio de la familia y promover una distribución razonablemente equitativa entre sus integrantes.

La familia (sus integrantes) puede disponer de diversas medidas para alcanzar la adecuada preservación y posterior distribución del patrimonio familiar, ya sea mediante un testamento, un fideicomiso o *trust*, o una fundación familiar, entre otras alternativas.

---

[6] Mazeaud et al., *Lecciones de Derecho civil*…, ob. cit., p. 29.

Además de mitigar el impacto fiscal y reducir los costos asociados con la transferencia de bienes, no menos importante es considerar que la planificación patrimonial familiar contribuye a atenuar potenciales conflictos entre los integrantes de la familia y a facilitar la aplicación de métodos válidos de distribución de los bienes familiares según los deseos y prioridades del propietario.

A. La legítima, el testamento y el fideicomiso como medios de transmisión del patrimonio familiar

1. La Legítima

En el Derecho continental, la legítima es una cuota de la herencia que se debe en plena propiedad a los descendientes, a los ascendientes y al cónyuge sobreviviente, no pudiendo el testador someter la legítima a ninguna carga o condición.

Esta limitación surge de la ley y tiene carácter de orden público, por lo cual la legítima estaría conformada por la mitad de los bienes del testador.

En la distribución correspondiente a la legítima el cónyuge tiene derecho a una parte igual a la porción de la legítima asignada por ley a cada hijo. En relación con los hijos, la legítima se dividirá siempre en tantas partes como hijos del testador sobrevivan en su fallecimiento o de sus descendientes en forma proporcional.

La legítima tendría su justificación en la obligación civil y moral que tendrían los padres de alimentar a los hijos y estos a los padres, así como el cónyuge al cónyuge. Representa —a decir de Dominici— una prolongación de ese deber armónico de las demás instituciones sociales[7].

En Inglaterra, por razones históricas que escapan del alcance de este análisis, existe la plena libertad y garantía de los derechos individuales y, con base en sus costumbres, el testador dispone libremente de sus bienes. Similar principio de completa libertad del testador se aplica en los Estados Unidos de América[8], excepto por algunas variables puntuales aplicables en favor del cónyuge según la ley del estado respectivo de la unión americana.

2. El testamento

El testamento es un acto unilateral, formal y solemne, donde una persona identificado como testador expresa su voluntad respecto a cómo se dispondrá de sus bienes tras su fallecimiento. Para que el testamento sea válido, se deben cumplir con varios requisitos

---

[7] Dominici, Aníbal, De la legítima, en: *Estudios sobre la legítima en el derecho civil venezolano*, Caracas, Ediciones Fabreton, 1974, p. 165.

[8] Mendoza, Cristobal L., La legítima en el Codigo Civil, en: *Estudios sobre la legítima en el Derecho civil venezolano*,Caracas, Ediciones Fabreton, 1974, pp. 272 ss.

establecidos por ley. Estos buscan salvaguardar la libertad de quien deja testamento y la protección de algunos de sus familiares directos. La voluntad de testar debe ser inequívoca, expresa y de conformidad con la ley del domicilio del otorgante.

3. El fideicomiso

El fideicomiso singular surge en el derecho romano como una encomienda que se le hace al heredero, o a otra persona que recibe algo de la herencia, para que le entregue una cosa a un tercero. No requería formalidad alguna y surge como consecuencia del gran número de incapacidades que existían para recibir directamente por herencia en la época romana. El fideicomiso regular, junto con el legado, llegaron a tener un tratamiento que se fue modificando en el tiempo hasta el punto de confundirse en la legislación de Justiniano[9].

En sus inicios, el fideicomiso no tenía carácter obligatorio pero su uso frecuente requirió la participación del legislador, razón por la cual hubo registros en la época del Imperio según los cuales Augusto ordenó a los cónsules dar cumplimiento a ciertos fideicomisos. Más aún, con el transcurso del tiempo se instituyó la figura de magistrados especiales designados como *practor fideicommissarius,* con el propósito que conocieran los aspectos vinculados con las disposiciones relativas al fideicomiso en la época romana.

El fideicomiso entonces surge como consecuencia del sin número de incapacidades que existían para recibir directamente por herencia. Su creación permitiría facilitar un régimen sucesorio a favor de personas incapaces, por estar privadas de la *testamenti factio passiva*. Según esta figura, el heredero, quien hace las veces de fiduciario, le entrega a otra persona ciertos bienes, o una parte o la totalidad de la herencia[10].

La figura del fideicomiso se fue convirtiendo paulatinamente en una institución jurídica a la par de los legados y la herencia. Aquella se distinguía del legado en que podía ordenarse sin formalidades, siendo sólo necesario la verificación de la voluntad inequívoca del fideicomitente. Con el transcurso del tiempo, la figura del fideicomiso asume formas más específicas, llegando el Senado en tiempos de Adriano a prohibir los fideicomisos para los peregrinos, mientras en tiempos de Teodosio se requirió que los fideicomisos fueran redactados ante un número específico de testigos.

El fideicomiso regular fue evolucionando en el derecho romano hasta confundirse con el legado. En cambio, la institución del fideicomiso universal o de herencia se mantuvo con carácter propio hasta la legislación de Justiniano. El fideicomiso de herencia se caracterizaba por la disposición de un testador según la cual le encarga a su heredero que le transmita a un tercero toda la herencia a una parte alícuota de ella. En principio, el fideicomiso universal o de

---

[9] Fernández Camus, Emilio, *Curso de Derecho romano. Derecho sucesorio*, La Habana, Universidad de La Habana, 3ª ed., 1951, p. 196.
[10] Fernández Camus, *Curso de Derecho romano*…, ob. cit., p. 196.

herencia se aplicaba en favor de la familia, de manera que se asegurara el disfrute de los bienes hereditarios. Este fideicomiso, que llegó a identificarse como el fideicomiso de familia, consistía en que el fideicomisario restituyera los bienes al pariente señalado por el *de cuius* y en caso de que no se determinara expresamente el miembro de la familia, pasaba a los herederos legítimos por el orden establecido. Sucesivamente, en la época de Justiniano se dispuso que, en defecto de estos parientes legítimos, se beneficiaran el yerno, la nuera y los libertos; llegando posteriormente a establecerse como límite de validez del fideicomiso de familia a los beneficiarios familiares en una cuarta generación[11]. La figura del fideicomiso universal fue objeto de diferentes modificaciones, que permitieron su consolidación durante la legislación de Justiniano, época a partir de la cual el fideicomiso universal se convierte en un instrumento de sucesión indirecta.

a. La fiducia moderna

La fiducia moderna es el producto de la obra de autores alemanes del siglo XIX, según la cual esta constituye un negocio jurídico de doble efecto. Por una parte, con un elemento externo que constaba por la venta transmisora de la propiedad de una cosa; y otro elemento implícito, que conllevaba el pacto obligacional de devolver el bien, así como un compromiso de no disposición. Estas exigencias causales son incompatibles con la moderna configuración del negocio fiduciario como un negocio abstracto e independiente, idóneo para la transferencia del dominio al margen de un negocio causal, produciendo aquellos efectos traslativos inclusive en defecto de una causa para que la transferencia se produzca[12].

En el ámbito del derecho romano, fiducia significaba confianza, y ha sido incorporado al derecho mercantil actual como un contrato de palabra u honor. Todo ello, a través del depósito de confianza de una parte sobre otra. La parte que transmite la propiedad se denomina fideicomiso, mientras que la parte receptora se denomina fiduciaria. Siendo su objetivo el de saldar o cumplir una determinada finalidad del fideicomiso o terceras personas. El contrato de fiducia es un pacto de buena fe entre dos partes por la cual una de ellas se obliga a transmitir a la otra la propiedad de un bien o activo[13]. Según algunos, la principal diferencia entre la fiducia y el fideicomiso radica en que, en la fiducia, la parte que transmite la propiedad se denomina fideicomiso, mientras que la parte receptora se denomina fiduciaria. Su objetivo es el de saldar o cumplir una determinada finalidad del fideicomiso o terceras personas.

[11] Fernández Camus, *Curso de Derecho romano*…, ob. cit., pp. 216-217.
[12] De Arespacochaga, Joaquín, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 19.
[13] Pedrosa, Estiven Jorge, Fiducia - Qué es, definición y concepto, Economipedia, 2023, https://bit.ly/42aeph4

Por otro lado, el fideicomiso es un contrato en el que una persona (fideicomitente) transfiere la propiedad de uno o varios bienes a otra (fiduciario) para que este los administre y los haga producir en beneficio de un tercero (beneficiario)[14].

El fideicomiso es una herramienta de planificación patrimonial que permite la preservación de los bienes y otorga una protección de inembargabilidad, por lo que se constituye en una herramienta flexible transparente y eficaz para organizar el patrimonio familiar.

El negocio fiduciario configura la dualidad de establecer un elemento real de transmisión plena de propiedad y otro propio obligacional mediante el cual se limita al fiduciario en el uso del derecho adquirido, estableciéndole la obligación de restituir formalmente la propiedad al transmitente o a un tercero. Se trata pues de un negocio abstracto, indirecto y de carácter anómalo. Abstracto por concurrir la transmisión de un dominio separado e independiente de un negocio causal. Indirecto por suponer la utilización instrumental de un negocio típico ya existente con la finalidad de conseguir efectos jurídicos diferentes de los que le son propios. En nuestro concepto el negocio fiduciario se distingue del negocio simulado ya que aquel constituye un verdadero negocio pretendido por las partes en todas sus consecuencias y declarado por éstas con aquella intención.

b. El fideicomiso en Venezuela

El Fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario. El fideicomiso podrá constituirse por acto entre vivos o también por testamento para que tenga efecto después de la muerte del fideicomitente.

El fideicomiso puede constituirse en beneficio de varias personas que sucesivamente deban sustituirse, sea por la muerte de la anterior, sea por otro evento, siempre que la sustitución se realice en favor de personas que existan cuando se abra el derecho del primer beneficiario.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Civil sobre la legítima, el testador puede disponer la constitución de un fideicomiso respecto de la misma, o parte de ella en favor de los herederos forzosos siempre que éstos hayan realizado reiteradamente actos de prodigalidad o se encuentren de tal manera insolventes que sus futuras adquisiciones se vean seriamente amenazadas. En tal caso, sin perjuicio de lo dispuesto en el acto constitutivo del fideicomiso, los herederos forzosos beneficiados tendrán derecho a recibir las rentas de los bienes fideicometidos, por lo menos, semestralmente. La constitución del fideicomiso sobre la legítima o parte de ella no tiene efecto si a la muerte del testador los herederos forzosos han abandonado

[14] Fideicomiso: ¿qué es y para qué sirve?, conceptosjuridicos.com, 2023, https://bit.ly/2oDfFLA

de modo permanente la vida pródiga o no se encuentran en el estado de insolvencia que dio origen a la disposición del testador; y, en todo caso, termina el fideicomiso si ello ocurre con posterioridad.

A la terminación del fideicomiso sobre la legítima o parte de ella, los bienes fideicometidos serán transferidos a los herederos forzosos o a los herederos de éstos. Los bienes fideicometidos que correspondan a la legítima del incapaz, deberán ser transferidos necesariamente a éste al cesar su incapacidad, o en cualquier otro caso de determinación del fideicomiso.

La función de fiduciario en Venezuela esta asignada a las instituciones bancarias y empresas de seguro constituidas en el país expresamente autorizadas por las autoridades competentes en las actividades bancaria y aseguradora. Se prohíbe al fiduciario lo siguiente: (i) financiar las operaciones del fideicomiso, ya sea a través de sobregiros en cuenta corriente, independientemente de las características de la operación y del lapso del apalancamiento; (ii) financiar la enajenación de los activos del fiduciario al fideicomitente y al beneficiario; (iii) usufructuar, usar, disponer, colocar, invertir y realizar cualquier otra actividad con los fondos fideicometidos y/o los rendimientos en operaciones y transacciones que no estén estipuladas expresamente en el contrato de fideicomiso; (iv) otorgar créditos, salvo que se concedan a los beneficiarios o beneficiarias, o cuando se trate de aquellos fideicomisos con recursos provenientes del sector público; (v) invertir en títulos u obligaciones, que no estén inscritos en el Registro Nacional de Valores; (vi) adquirir o invertir en obligaciones, acciones o bienes de instituciones con las cuales hayan acordado mecanismos de inversión reciproca; (vii) realizar, con recursos provenientes de fondos fiduciarios contratos de mutuos, futuros y derivados; y (viii) invertir recursos en otros fideicomisos.

El fiduciario estaba inicialmente obligado a cumplir sus obligaciones con el cuidado de un administrador diligente y podrá designar, bajo su responsabilidad, los auxiliares y apoderados que la ejecución del fideicomiso requiere. En ningún caso podrá delegar sus funciones. Sin embargo, las instituciones bancarias autorizadas para actuar como fiduciario cumplirán sus obligaciones como un buen padre de familia y serán responsables, por la pérdida o deterioro de los fondos fiduciarios, si se comprueba que hubo de su parte dolo, negligencia, imprudencia o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

El fiduciario deberá diferenciar e identificar cada operación del fideicomiso de las propias, debiendo declarar y plasmar en cada acto, contrato u otra acción que realice en ejecución y cumplimiento del fideicomiso que se actúa bajo la calidad de fiduciario.

Los contratos de fideicomiso deberán contemplar lo siguiente: (i) una descripción amplia y suficiente de los bienes y derechos, cuya propiedad ha sido transferida en fideicomiso, a los fines de identificarlos y determinar en qué condiciones han sido dados en fiducia, de ser el caso. Por consiguiente, de tratarse de títulos valores se debe señalar sus características,

incluyendo el tipo de instrumento, número de emisión, fecha de vencimiento, valor nominal y cualquier otro dato que los identifiquen. En caso de bienes inmuebles se debe especificar el detalle del registro inmobiliario correspondiente, indicando el número de libro, tomo, protocolo; así como, la ubicación, linderos y situación de dichos inmuebles De ser bienes muebles, se debe especificar los números de seriales, marca, color, modelo, lugar de ubicación y otros distintivos que permitan su identificación. De ser derechos el objeto del contrato de fideicomiso, se debe detallar sus particularidades e identificar el documento que los otorgue, especificando los datos de autenticación o registro según corresponda; (ii) forma, modo y oportunidad en la cual se incorporarán y desincorporarán los recursos, derechos, bienes inmuebles o muebles a los fideicomisos, de ser el caso. Cada uno de los bienes objeto del contrato de fideicomiso, debe contar con un avalúo suscrito por un perito avaluador; (iii) objeto de los fondos dados en fideicomisos, según el tipo de fideicomiso; (iv) facultad expresa para administrar los fondos fiduciarios; (v) forma, cuantía y demás parámetros para obligarse en nombre del fideicomiso; y (vi) las obligaciones, bienes y derechos del fideicomitente, beneficiario y del fiduciario.

Los contratos de fideicomiso de inversión dirigida, entendiéndose por éstos aquellos manejados por el fideicomitente, a través de órdenes directas y precisas, deberán contener las opciones que el fideicomitente requiere dar a los fondos fiduciarios, lo cual es de obligatoria observancia por parte del fiduciario.

El patrimonio del fideicomiso responderá: (i) por las obligaciones objeto del fideicomiso; (ii) por los derechos que se haya reservado y se deriven del contrato del fideicomiso para con el fideicomitente y/o el beneficiario; (iii) por los derechos adquiridos legalmente ante terceros, ya sean de índole comercial, fiscal, laboral, entre otros[15].

Terminado el fideicomiso y satisfechas las obligaciones pendientes, el fiduciario queda obligado a transferir los bienes fideicometidos a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la Ley y a rendirle cuentas de su gestión.

Si el fiduciario no cumpliere con la obligación de transferir los bienes fideicometidos, la otra parte puede demandar la transferencia y reclamar los daños y perjuicios que la omisión del fiduciario le hubiere causado. La sentencia que declare con lugar la acción tendrá efectos traslativos de propiedad.

Cuando el fiduciario actúe siguiendo instrucciones expresas de fideicomitente previstas en el contrato de fideicomiso, el fiduciario sólo será responsable por la pérdida o deterioro de los fondos fiduciarios, si se comprueba que hubo de su parte dolo, negligencia, imprudencia, impericia o incumplimiento de las obligaciones contractuales.

---

[15] Resolución No. 083.12, mediante la cual se dictan las Normas que regulan las Operaciones de Fideicomisos, Gaceta Oficial No. 39.941, 11 de junio de 2012.

En Venezuela, el fideicomiso es principalmente utilizado para aportar bienes en administración o para la inversión de activos relacionados con transacciones corporativas o laborales. Esta preferencia se debe en buena medida a (i) que ese es el foco de atención del producto fiduciario ofertado por las instituciones bancarias y las empresas de la actividad aseguradora autorizados para servir como fiduciarios, y (ii) el relativo costo de las comisiones percibidas para la prestación de tales servicios. La utilización de la figura del fideicomiso como instrumento de planificación patrimonial familiar entre vivos es poco usual, salvo que se trate de regular una situación especial o compleja que así lo amerite. Igualmente, el fideicomiso es poco utilizado para atender situaciones sucesorias o testamentarias debido fundamentalmente a las limitaciones que imponen las disposiciones legales establecidas por la legítima, las cuales son según explicamos de obligatorio cumplimiento.

c. El trust *anglosajón como herramienta de protección del patrimonio familiar*

El *trust* es una institución propia del Derecho de los países anglosajones (Estados Unidos de América, Reino Unido, Australia, Irlanda, etc.). Como ya señalamos, el *trust* es una institución ajena a las legislaciones románicas, por lo que la mayoría de los sistemas jurídicos de Derecho continental ha optado por desconocer la existencia del *trust*, sin perjuicio de otorgar cierta validez a aquellos *trust* constituidos en el extranjero y reconocer sus efectos en sus respectivas legislaciones internas[16].

El *trust* es una relación jurídica creada por acto inter vivos (*trust deed*) o mortis causa (*will*).

Aparte de haberse considerado al *trust* como una herramienta tradicional de planificación fiscal, éste ha sido utilizado también para orientar la forma en que una propiedad se transmite en sucesión a los descendientes o para evitar las efectos negativos de la sucesión intestada, además de preservar un patrimonio familiar - delimitando o execrando a posibles beneficiarios mediante la constitución de un *trust* discrecional con amplias facultades para administrar los bienes en los casos de disputas matrimoniales. Todo ello, sin obviar que el *trust* facilita la relocalización de personas físicas haciendo posible que el patrimonio siga a la persona donde quiera que ésta se establezca o fije su residencia.

- Características

El *trust* es un instrumento económico y jurídico del derecho anglosajón por medio del cual se crea un patrimonio separado de la persona que lo origina (*settlor*) y al cual se transmite sus activos, para que un administrador (*trustee*) los administre en beneficio de quienes el originador designe (beneficiarios).

[16] De Arespacochaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*…, ob. cit., p. 117.

El *trust* es una rama autónoma del Derecho de los países anglosajones, rama de extraordinaria importancia y vigor, y sumamente compleja. La finalidad del *trust* es la protección patrimonial: se busca proteger un bien o patrimonio de la falta de capacidad definitiva o temporal de sus propietarios, salvaguardando posibles responsabilidades patrimoniales derivadas de negocios o de otro tipo de riesgos mediante el establecimiento de un patrimonio separado que coexiste con el patrimonio principal, pero por sus características particulares no está unido a este[17].

Un patrimonio separado es aquel que convive con el patrimonio principal, y por sus diversas características no está unido a este.

El *trust* se caracteriza por los aspectos resaltantes siguientes:

i. En la figura del *trust* convergen (i.i) la persona que transfiere la propiedad de sus activos para la creación del *trust* (*settlor*); (i.ii) la persona a quien se le ha cedido los activos con la obligación de administrarlos en forma determinada (*trustee*); y (i.iii) la(s) persona o personas a cuyo favor se administran los activos y que eventualmente se beneficiarán de las futuras atribuciones de los activos, de sus frutos, o de ambos a la vez;

ii. El propietario original de los activos suscribe con el *trustee* un documento fundacional en virtud del cual transfiere los bienes a favor de este último.

iii. Los bienes entregados en virtud del *trust* constituyen un patrimonio separado ajeno a la órbita de responsabilidad patrimonial del *trustee* en consecuencia dichos bienes se sustraen a las acciones de posibles acreedores del *trustee* al igual que no pueden formar parte de su patrimonio hereditario de los efectos sucesorios.

iv. Usualmente no existe limitación al número de *trustee* que pueden ser designados. En algunas jurisdicciones se obliga a que al menos 1 de los *trustees* sea residente del país donde el *trust* se constituye. En otras jurisdicciones se requiere que los *trustees* sean profesionales especialmente calificados o autorizados por ejercer como tales. Tales requerimientos estarán determinados según el tipo de *trust* de que se trate.

v. Usualmente se distingue entre el *trust* discrecional y aquel que no lo sea. En oposición del llamado *support trust* o no discrecional, el *trust* discrecional es aquel que otorga al *trustee* amplia latitud para distribuir pagos a los beneficiarios y realizar inversiones con los fondos objeto del *trust.* En algunas jurisdicciones, cuando el *trust* es no discrecional su tratamiento es usualmente asimilado al contrato de agencia.

vi. Se emplea la figura del *protector*, quién es responsable de controlar la gestión del *trust* y el cumplimiento de las instrucciones que provengan del *settlor*.

[17] Álvarez Ramos Abogados, Special contracts: the Anglo-Saxon trust, en: https://bit.ly/41fLuGR

- *Tipos de* Trust

Según su propósito, los *trust* pueden diferenciarse entre el *trust* expreso privado y el *trust* caritativo. El *trust* expreso privado es establecido por el *settlor* para beneficiar a individuos específicos o para llevar a cabo sus fines particulares no benéficos. Este podría ser un *trust* testamentario o mediante una disposición *inter vivos*. El *trust* caritativo puede ser igualmente testamentario o entre vivos, siempre beneficiando a un segmento indeterminado de personas o establecido con el propósito de promover el bien común de alguna manera.

Asimismo, existen las figuras judiciales de *trust* resultante y *trust* constructivo, establecidos como mecanismos judiciales de protección, el primero, cuando hay un intento fallido de constitución de un *trust*; y, el segundo, para remediar situaciones de fraude o enriquecimiento sin causa[18].

Según sus términos, los *trust* pueden ser revocables o irrevocables. Un *trust* revocable puede ser creado por un *settlor* para su propio beneficio durante la vida de este y podría redactarse de forma tal que pueda disolverse por completo, los términos puedan modificarse y los activos puedan ser retirados por el *settlor* sin restricciones. Los términos del documento fiduciario indicarán al *trustee* lo que puede o debe hacer con los bienes que le hayan sido entregados por el *settlor* y mantenidos en el *trust*.

Entre otros asuntos, los términos de un *trust* revocable especificarán:

- la facultad del *settlor* de enmendarlo o revocarlo completamente;
- la facultad del *settlor* de incorporar bienes adicionales al *trust* y solicitar distribuciones del fondo fiduciario;
- un cúmulo de facultades administrativas que permitan al *trustee* adquirir, enajenar, gravar y administrar, entre otros actos, los activos del *trust*; y
- las atribuciones del *trustee* acerca de lo que debe hacer con la propiedad cuando el *settlor* fallezca[19].

Cuando el *settlor* fallece, el *trustee* seguirá las instrucciones de aquel con respecto a la disposición de los activos del *trust*. El *trustee* puede recibir instrucciones para distribuir los activos remanentes en el *trust*, poniéndole así fin a este, o puede contener disposiciones que ordenen su continuación, su duración y quiénes serán los beneficiarios. Si el *trust* continúa, se convierte en irrevocable porque, luego de fallecido, el *settlor* ya no puede ejercer el derecho a revocarlo.

---

[18] Leslie, Melanie B. and Stewart E. Sterk, *Trusts & Estates*, New York, Foundation Press, 2006, p. 109.

[19] Adicionalmente, se puede incluir entre los trust revocables al *Totten trust*. Se trata de cuentas bancarias utilizadas por los otorgantes para legar efectivo y propiedades a los beneficiarios. Los *Totten trust* simplifican el proceso de transferencia de activos de una generación a otra al evitar los procesos de sucesión de testamentos ordenados por la corte. Ver: True Tamplin, BSc, CEPF, Totten Trusts, en: https://bit.ly/3p8ksUx

El *trust* irrevocable, aun cuando en principio pareciera inmodificable, sus términos contractuales podrían otorgarle cierta flexibilidad.

En principio, un *trust* es irrevocable porque el *settlor* lo declara bajo tal enunciado desde el momento de su creación, o porque ha fallecido y ya no tiene facultad para modificar o revocar el *trust*. La designación del *trust* como irrevocable no significa necesariamente que los términos del *trust* no puedan modificarse. Muchos estados de los Estados Unidos de América, por ejemplo, han promulgado leyes que permiten alterar un *trust* irrevocable a través de una modificación judicial, o con base en un arreglo extrajudicial —cuando los beneficiarios y *trustees* acuerdan cambiar los términos de un *trust*—, y por decantación, es decir, cuando el *trustee* ejerce una facultad a su discreción para distribuir el *trust* a otro fondo fiduciario, quizás con términos diferentes. Asimismo, en algunos casos, el *settlor* puede otorgar facultades de designación en favor de una persona o grupo de personas tenga la facultad de cambiar los términos del *trust* o de retirar activos de este[20].

- *Diferencias entre el fideicomiso y el* trust

El fideicomiso y el *trust* anglosajón son figuras jurídicas que tienen similitudes y diferencias en cuanto a su naturaleza, sus participantes y sus efectos.

El fideicomiso y el *trust* son similares en que ambos son figuras fiduciarias. El contrato de fiducia es un contrato de buena fe, en cuya virtud una persona (fiduciante) se obliga a transmitir y transmite a otra persona (fiduciaria) la propiedad de una cosa mancipable a través de la *in iure cessio* o de la *mancipatio*. El fiduciario tiene la obligación de administrar la cosa fiduciaria en beneficio del fiduciante o de un tercero designado por éste. El *trust* es un acto de disposición (*deed*) según el cual una persona (el *trustee*) tiene la obligación de administrar los bienes de otra persona (el *settlor*) en beneficio de un tercero (el beneficiario). Según las características propias de la ley aplicable, el fideicomiso es una figura jurídica que se utiliza para la administración de bienes y patrimonios, pudiendo ser utilizado bajo diversas modalidades negociales; mientras que el *trust* se utiliza para una variedad de propósitos, incluyendo la planificación patrimonial y la protección de activos.

Algunas de las diferencias que tienden a prevalecer entre ambas figuras jurídicas son:

- El fideicomiso es un contrato mientras que el *trust* es un vehículo sui generis.
- El fideicomiso implica una transmisión fiduciaria de la propiedad mientras que el *trust* implica una transmisión plena de la propiedad.
- El fideicomiso requiere la intervención de una institución fiduciaria autorizada mientras que el *trust* puede ser ejercido por personas físicas o morales.

[20] Perspectivas de PNC, Cómo entender los aspectos básicos de los fideicomisos revocables y los fideicomisos irrevocables, en: https://bit.ly/3p8ksUx

- El fideicomiso se rige por la ley de la jurisdicción del Derecho continental aplicable mientras que el *trust* se rige por los principios, reglas y precedentes del sistema anglosajón.

De lo anterior, vale destacar que el fiduciario aparenta ser el único propietario del bien transmitido, manteniendo entonces el fideicomitente únicamente derechos personales contra aquel, por lo que en buena medida requiere cierta protección frente al fiduciario. Todo ello, con el fin de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de administración y garantía, así como la eventual devolución del bien objeto del fideicomiso. En cambio, al producirse en el *trust* un desdoblamiento de la propiedad con base en una forma legal y, otra forma material, los beneficiarios conservan un derecho real frente al *trustee* o de aquellos terceros que tengan derechos según los términos del *trust*. Con base en lo anterior, podemos circunscribir las consecuencias jurídicas derivadas de la relación fiduciaria, concluyendo que el fiduciario no se convierte en titular pleno y definitivo de la cosa objeto del fideicomiso, puesto que la detentación de la misma está sometida a ciertas condiciones establecidas por el fideicomitente, quien pudiese ejercer una acción reivindicatoria una vez que se cumplan tales condiciones. Eventualmente, previo al cumplimiento de las condiciones estipuladas en el contrato de fideicomiso, el fiduciario tendría derecho a ejercer una acción declarativa de dominio. Asimismo, el fiduciario, en su condición de mandatario, quedaría autorizado para ejercer funciones según el fin y propósito de administración o de garantía que haya sido pactado entre las partes. Seguidamente, el tercero que adquiere del fiduciario se convierte en propietario "*erga omnes*", en tanto y cuanto sea un adquiriente de buena fe y a título oneroso. Por último, el fideicomitente podrá reclamar la devolución del bien dado en administración o en garantía, una vez cumplidos los fines del fideicomiso pactado[21].

IV. Usos y propósitos prácticos del fideicomiso y el *trust*

La funcionalidad y versatilidad de la figura del fideicomiso se ha ido ajustando a los requerimientos y necesidades de las personas de acuerdo con las circunstancias existentes. Hoy en día, por ejemplo, la figura del fideicomiso tiene una aplicación muy especial en el área sucesoria, como mecanismos de protección, mantenimiento y continuidad de patrimonios a futuro. Igualmente, en la estructura de negocios de diversa índole, en donde es importante destacar la figura de la confianza[22].

Los *trust* revocables se utilizan por varios motivos, entre ellos:

- Gestión de activos: Un *trust* revocable puede separar los activos y permitir que se administren por separado de los demás activos del *settlor*.

[21] De Arespacochaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*…, ob. cit., p. 23.
[22] Mundo Fiduciario, El Fideicomiso y el Trust Anglosajón. Diferencias y Similitudes, en: https://bit.ly/3VE9JNT

- Protección frente a la incapacidad: Cuando se incluye una cláusula de incapacidad en los términos del *trust*, el *trustee* puede continuar gestionando los activos del *trust* y utilizar esos activos para cuidar al *settlor* incapacitado.
- Reducción de los costos y procedimientos de la validación testamentaria: La validación testamentaria es el proceso legal mediante el cual se autentica y se da efecto a un testamento. En muchos estados de los Estados Unidos de América, por ejemplo, esto puede llevar semanas o meses. Incluso en los estados en los que la validación testamentaria es relativamente fácil, a menudo existen cargos de validación testamentaria. Como los activos de un *trust* revocable no son propiedad del *settlor* fallecido, no pasan por el proceso de validación testamentaria y no están sujetos a los cargos de validación testamentaria. Además, no hay demora en la administración de los activos, ya que el *trustee* continúa sin necesidad de una validación testamentaria o una designación judicial.
- Mayor privacidad: Tras el fallecimiento, el testamento validado del difunto se convierte, en general, en un registro público. Muchas jurisdicciones no exigen que un *trust* revocable se presente ante la autoridad que valida los testamentos.
- Disposición de los bienes de la sucesión: El *settlor* puede ordenar que el *trust* continúe después del fallecimiento en beneficio de otros. Un *trust* revocable puede funcionar como el medio principal para controlar la forma en que se distribuyen los bienes de un *settlor* a los herederos.

Los *trust* irrevocables se crean a menudo para controlar la propiedad de los activos y el uso de los ingresos de esos activos. Asimismo, los *trust* irrevocables se crean para lograr ciertos resultados fiscales deseables. A menudo, los *trust* irrevocables se crean para hacer ambas cosas. Un *trust* irrevocable puede ser creado por un *settlor* en vida, en cuyo caso se denomina *trust inter vivos*. También puede crearse en virtud de un testamento, en cuyo caso se denomina *trust* testamentario. Algunos estados de los Estados Unidos de América, por ejemplo, tratan los dos tipos de *trust* de diferente manera para fines de administración y supervisión.

La mayoría de los *trust* tienen términos que dictan cuándo y a quién se distribuirán los ingresos o el capital del *trust*. Los *trust* irrevocables suelen existir durante largos periodos de tiempo, años o décadas. De hecho, muchos estados de los Estados Unidos de América, por ejemplo, permiten ahora a los fideicomitentes crear fideicomisos perpetuos[23]. En el caso de un

[23] La regla contra las perpetuidades es una regla legal en el derecho consuetudinario que impide que las personas usen instrumentos legales (generalmente una escritura o un testamento) para ejercer control sobre la propiedad privada por un tiempo mucho más allá de las vidas de las personas que viven en el momento en que se escribió el instrumento. Específicamente, la regla prohíbe a una persona crear intereses futuros (tradicionalmente restos contingentes e intereses ejecutorios) en bienes que se otorgarían más allá de los 21 años posteriores a la vida de quienes viven en el momento de la creación del interés, a menudo expresado como una "vida en ser más veintiún años". Wikipedia, Rule against perpetuities, en: https://bit.ly/3pjPPvm

trust a largo plazo, los términos del *trust* deben tener en cuenta y orientar al *trustee* para muchas situaciones posibles y quizás imprevisibles. Por lo tanto, los *trust* irrevocables suelen tener amplias disposiciones que detallan cómo, cuándo y en qué circunstancias los beneficiarios pueden utilizar los recursos del *trust*. Los *settlors* gozan de una gran libertad para disponer de sus bienes, lo que incluye la imposición de restricciones a su uso, la definición de las condiciones del *trust* y la determinación de sus beneficiarios[24].

V. Diversidad de los regímenes sucesorios y fiscales aplicables

El fideicomiso y el *trust* son instrumentos versátiles para una planificación patrimonial familiar efectiva. Sin embargo, algunas disposiciones pueden tener resultados fiscales no deseados. Antes de crear un fideicomiso o *trust*, se debe analizar las consecuencias fiscales de sus términos con asesores fiscales y legales.

Con base en lo expuesto, es recomendable considerar los aspectos fiscales generales siguientes:

- En general, cuando un otorgante transfiere activos a un *trust* revocable para su propio beneficio, no se producen consecuencias fiscales en materia de donaciones, ya que el *settlor* puede revocar el *trust* y quedarse con sus bienes en cualquier momento. En dicho caso, la donación es "incompleta" porque el *settlor* conserva el control de los bienes en el *trust*. A los efectos del impuesto sobre la renta, se considera que el *settlor* es propietario de los bienes del *trust*.
- El impacto fiscal del *trust* irrevocable depende de varios factores, como el tipo de *trust*, la jurisdicción, los activos involucrados y los beneficiarios.
- El *trust* irrevocable es tratado como una entidad legal independiente, y por lo tanto está sujeto a impuestos sobre la renta generada por los activos del *trust*[25].
- El *trust* irrevocable puede reducir el valor de la herencia del otorgante y por lo tanto minimizar los impuestos sucesorios.
- El *trust* irrevocable puede ayudar a eximir algunos requisitos tributarios, como el impuesto a los bienes personales en el caso de activos en el exterior[26].
- El *trust* irrevocable puede afectar la tributación de los beneficiarios, dependiendo de si reciben distribuciones del *trust* o no[27].

---

[24] Perspectivas de PNC, Cómo entender los aspectos básicos…, ob. cit.
[25] Zacks, Tax Benefits of Irrevocable Trust, en: https://bit.ly/3LXojNl
[26] RSM, El trust irrevocable, 18 de noviembre de 2019, en: https://bit.ly/3LZhyKL
[27] J.P. Morgan Private Bank, Irrevocable trusts: What beneficiaries need to know to optimize their resources, en: https://bit.ly/3NFDBrl

VI. El fideicomiso, el *trust* y la ley aplicable

Este papel de trabajo ha sido preparado en la oportunidad de conmemorar el vigésimo quinto aniversario de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. Dicha ley surgió como un instrumento idóneo que recopila los principios fundamentales que rigen el derecho internacional privado y las leyes aplicables en asuntos relativos, entre otros, a las personas, sus bienes, sus relaciones contractuales y obligaciones desde la perspectiva del Derecho venezolano.

Dado que el Derecho internacional privado se encarga de regular las relaciones privadas internacionales de personas naturales y jurídicas en el desenvolvimiento de su ámbito particular, permite resolver los conflictos de leyes, competencia y de reconocimiento de decisiones judiciales que puedan suscitarse entre personas de diferentes Estados. Bajo semejante aproximación, el Derecho internacional privado se configura en una plataforma jurídica que facilita que los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, sean aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos, en el entendido que las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

El Derecho internacional privado está basado en cuatro grandes principios que forman parte de su estructura normativa básica:

- Los conflictos sobre la propiedad se rigen por la ley de la persona que la ostenta. Se trata del principio *Mobilia sequuntur personam*.
- Cada país determina la legalidad de las acciones en su propio territorio. Este principio se denomina *Locus regit actum*.
- La competencia para resolver los conflictos es del juez del Estado donde tenga su residencia habitual el afectado. Este principio es el de *lex fori*.
- A los bienes se les aplicará la ley del Estado en el que se encuentren. Este principio recibe el nombre de *Lex loci rei sitae*[28].

Los principios de Derecho internacional privado antes citados tienen plena aplicación cuando hacemos referencia a las personas y sus bienes, el matrimonio, la filiación, el patrimonio familiar, los derechos sucesorios y la legítima, el testamento y los instrumentos de planificación patrimonial familiar, tales como el fideicomiso y el *trust*, entre otros.

Los movimientos migratorios que impactan a la familia venezolana en la actualidad generan circunstancias en las que no solo sería aplicable la legislación venezolana para los diferentes actos que celebren las personas vinculadas con dicho proceso migratorio, sino

[28] Derecho Internacional Privado: qué es, dónde se regula y más, en: https://bit.ly/3NJiRyN

podrían surgir situaciones en las que la legislación de más de un Estado sea aplicable. Por ello, es importante considerar los siguientes preceptos legales de aplicación en el ámbito del Derecho internacional privado, los cuales han sido recogidos en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana[29].

El uso del fideicomiso y el *trust* como instrumentos de planificación patrimonial familiar puede conllevar múltiples complejidades determinadas en función de las particularidades propias de los integrantes del grupo familiar de que se trate, la ubicación de los bienes y demás activos que componen su patrimonio familiar, así como la legislación según la cual pacten los actos de constitución fiduciaria. No menos importante es tomar en consideración que quienes hacen las veces de fiduciarios tienen sus atribuciones o "poderes fiduciarios" delimitados por el ámbito de la jurisdicción territorial de la ley del Estado que les autoriza a actuar como tales. Esta limitación territorial justifica combinar la coexistencia de múltiples fideicomisos o *trust*, según la ubicación y características de los bienes objeto de planificación patrimonial familiar. Por tal circunstancia, a los fines de efectuar una adecuada planificación patrimonial, es relevante identificar y entender el régimen legal aplicable al grupo familiar, sus bienes y circunstancias. Dichas circunstancias pueden variar dependiendo de las variables que las determinan, por ejemplo, si se trata de un matrimonio de ciudadanos venezolanos, quienes hayan contraído matrimonio en Venezuela, y cuyos descendientes (uno de ellos siendo adoptado) son menores de edad nacidos, —uno, en Venezuela y, el otro, en un Estado extranjero. Como consecuencia de la migración efectuada por los integrantes del referido grupo familiar a un Estado extranjero, importa saber —a los efectos del ejemplo— si disponen de bienes inmuebles y otros activos, tanto en Venezuela como en el precitado Estado extranjero.

Según las variables aquí planteadas, la planificación patrimonial familiar mediante el uso de los instrumentos fiduciarios descritos brevemente en este papel de trabajo, requiere por lo menos que se consideren los aspectos que se indican a continuación, a saber:

- **En relación con el matrimonio y sus efectos**

Los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se rigen por el derecho del domicilio común de los cónyuges. Si tuvieren domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común.

- **En relación con la filiación**

El establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el Derecho del domicilio del hijo.

Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción.

[29] Ley de Derecho Internacional Privado,Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

- **En relación con la tutela**

La tutela y demás instituciones de protección de incapaces se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz.

- **En relación con el tratamiento de los derechos reales**

La constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación.

- **En relación con las obligaciones**

Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes. 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 se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales.

- **En relación con las fuentes de derecho**

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.

- **En relación con las sucesiones**

Las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante.

- **En relación con la legítima:**

Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano.

Los anteriores son solo algunos de los principios y preceptos legales a tomar en consideración para instrumentar un esquema de planificación patrimonial familiar efectivo. Según indicamos previamente, las circunstancias particulares del caso determinarán el alcance del análisis puntual requerido.

Conclusión

Con base en los planteamientos esbozados en este papel de trabajo, podemos concluir lo siguiente:

1. La familia, su integración y movilidad ha provocado una mayor complejidad en el uso de instrumentos disponibles para administrar y preservar el patrimonio familiar.

2. La dinámica globalizadora que envuelve a las sociedades, aún aquellas en situación de crisis, facilita movimientos migratorios de su población en medio de las circunstancias más disímiles y adversas.

3. El Derecho internacional privado y la aplicación de sus principios fundamentales tienen cada día mayor resonancia en el quehacer de las personas y el desarrollo de su entorno.

4. La planificación patrimonial familiar es un derecho que debe ser asequible a las personas en todo momento, independientemente de la dimensión de la crisis de que se trate.

5. La familia venezolana, aún en tiempos de migración, no está exceptuada de beneficiarse de tal derecho y de la estabilidad que este proporciona.

6. No solo es relevante para las familias disponer de una planificación patrimonial, sino también asegurar la transmisibilidad del patrimonio familiar de manera eficiente.

7. El fideicomiso y el *trust* anglosajón son herramientas útiles para atender de manera adecuada las necesidades que puedan suscitarse acerca de la organización del patrimonio familiar y su transmisibilidad, acorde con las más avanzadas técnicas financieras disponibles.

8. Cada grupo familiar tiene características particulares propias por lo que es pertinente configurar soluciones puntuales en función de dichas particularidades y las necesidades del grupo familiar.

9. Habremos cumplido con creces nuestro propósito inicial, al captar la curiosidad del lector de esta página y las que la anteceden y, así proporcionarle algunas referencias acerca de las potenciales soluciones que el fideicomiso y el *trust* anglosajón pueden proporcionar como instrumentos de organización, preservación y transmisión del patrimonio familiar, independientemente de las circunstancias que afecten a su grupo familiar.

El Derecho Familiar Internacional chileno a través de dos sentencias

*Erick Barrios**

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 251-271.

Resumen

Dentro del Derecho internacional privado, las relaciones familiares representan una cuota importante en el volumen de casos, por su componente de interés público, que toca el "fundamento" mismo de la sociedad. De allí la incidencia de normas imperativas, constitucionales y convencionales, fuertemente vinculadas con los derechos humanos fundamentales, que lo nutren y dotan de un indiscutible contenido tutelar. Siendo Chile un país de la órbita continental, su sistema conflictual se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al "Código Bello". No obstante, la globalización y la evolución social, requieren nuevas soluciones a la multiplicidad de situaciones que surgen en las relaciones familiares. El objeto del presente trabajo es revisar el estado de la cuestión respecto a la familia con elementos de extranjería en Chile, a través de la revisión de dos sentencias de los tribunales más importantes (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia), que abordan diversos aspectos de interés en estos casos.

Abstract

Within private international law, family relationships represent a significant share of cases, given its component of public interest, since they refer to the very "foundation" of society. Hence the incidence of imperative norms, both constitutional and conventional, strongly linked to the field of fundamental human rights, which nourish it with an indisputable protective content. Being Chile a continental law system country, its conflict of law system is characterized by a territorialist tradition that goes back to the "Code of Bello". However, globalization and the evolution of society require new solutions to the multiplicity of situations arisen in family relationships. The purpose of this paper is to review the state of the art involving the family with foreign elements in Chile, through the review of two judgements of the highest national courts (Constitutional Court and Supreme Court of Justice), addressing several aspects of interest in those cases.

Palabras clave

Derecho familiar internacional. Derecho internacional privado chileno. Divorcio. Matrimonio entre personas del mismo sexo.

Keywords

International family law. Chilean private international law. Divorce. Same sex marriage.

Sumario

Introducción. I. La familia en el ordenamiento jurídico chileno. A. Antecedentes: la Familia en el Código de Bello. B. La familia en el actual Estado democrático y de Derecho. II. El Derecho internacional privado en Chile y las relaciones familiares con contactos externos. A. Características del Derecho internacional privado vigente en Chile. B. Las fuentes del Derecho internacional privado chileno. 1. Internas. 2. Internacionales. C. La corriente modernizadora del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. D. La jurisprudencia: ¿fuente en el Derecho internacional privado chileno? III. Dos sentencias (precedentes) que ilustran el "estado del arte" en materia de Derecho familiar internacional. A. Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019). 1. El

* 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 es parte del área de cobranza judicial de Netpag Consultores S.A. (Santiago de Chile).

caso. 2. Argumentación del Tribunal Constitucional. B. Sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular. 1. El caso. 2. El régimen de exequátur en Chile y los razonamientos de la Sala Cuarta de la Corte Suprema. 3. La decisión. Conclusiones.

Introducción

El Derecho internacional privado, al ocuparse de las relaciones jurídicas de índole privada que trascienden las fronteras de dos o más países, abarca lo concerniente a la jurisdicción competente para decidir una controversia, el Derecho aplicable a esos nexos, los actos de cooperación procesal entre autoridades administrativas y judiciales a fin de coadyuvar en las distintas etapas del proceso y, por último, pero no menos importantes, la ejecución de sentencias y actos resolutivos de órganos jurisdiccionales extranjeros.

Dentro de las relaciones privadas susceptibles de tener elementos de extranjería, las de índole familiar (es decir, aquellas de carácter conyugal, filiatorio y relativas al parentesco, así como los elementos patrimoniales allegados) representan una cuota importantísima en el volumen de casos, lo que puede constatarse en cualquier país al comparar la cantidad de solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras en materia de divorcio con otras materias.

Ese peso destacado se justifica por las características de esta rama del Derecho, teñida fuertemente de un componente de interés público, ya que tocan el "núcleo", "célula" o "fundamento" mismo del tejido social, se compadecen con su estabilidad y pervivencia actual y futura. No en vano ha recibido una atención creciente, incrementándose la incidencia de normas imperativas, de contenido material, tanto constitucional y convencional, fuertemente vinculadas con el ámbito de los derechos humanos fundamentales, nociones que actualmente se compenetran transversalmente con el contenido del derecho internacional privado, que lo nutren y dotan de un contenido garantista.

En efecto, en un caso con elementos de extranjería relevantes, la protección de los derechos de los involucrados en base a principios como la igualdad y no discriminación, al interés superior de infantes y adolescentes, la tutela judicial efectiva en tanto garantía de acceso a órganos de justicia, de un juez natural que ajuste su proceder a principios y normas que aseguren la igualdad de las partes y el derecho a la defensa de sus pretensiones, a una decisión conforme a Derecho que pueda ser eventualmente cuestionada a través de mecanismos recursivos y, finalizado el proceso, el derecho a que la resolución que crea, modifica o extingue derechos sea acatada y ejecutada por la autoridad, en estos casos, de un Estado distinto al que la dictó.

Siendo Chile un país de órbita continental, su regulación del Derecho internacional privado se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al monumento jurídico que es el Código Bello. No obstante, el fenómeno de la globalización y sus consecuencias, así como la misma evolución del tejido social, requieren de nuevas soluciones a multiplicidad de situaciones.

Es así como el objeto del presente trabajo es revisar el estado de la cuestión respecto a la familia en Chile, cuando hay elementos de extranjería, a la luz del ordenamiento jurídico interno vigente en materia familiar e internacionalprivatista, para finalmente analizar someramente dos sentencias de dos altos tribunales de este país (Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia) que abordan diversos aspectos en casos con puntos de contacto con el extranjero.

I. La familia en el ordenamiento jurídico chileno

La Constitución Política de Chile en su artículo 1, inciso 2 reconoce a la familia como "el núcleo fundamental de la sociedad" y consagra como deber del Estado su protección y propender a su fortalecimiento[1]. La jurisprudencia constitucional ha reforzado estos principios al postular un "orden público familiar", estatuido principalmente en el Código Civil y la Ley de Matrimonio Civil[2], ambos de tradición centenaria, y que configuran una estructura familiar tradicional, asentada en el (hasta hace poco) matrimonio heterosexual, monogámico e indisoluble.

La evolución de la sociedad ha modificado paulatinamente esta visión, tolerándose progresivamente nuevas modalidades de familia, así como de las uniones que les dan origen; siendo la consagración legal del divorcio un hito no menor en el proceso de transformación del núcleo familiar tradicional.

Por su parte, el Código Civil contempla una definición de familia en el artículo 815[3], sin embargo, se ha cuestionado su alcance limitado por el carácter patrimonial de las instituciones a las que se refiere (uso y habitación). Por su parte, la Ley 21150 (2019) que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, define a la familia en su artículo 2 numeral 1 como el "núcleo fundamental de la sociedad, compuesto por personas unidas por vínculos afectivos, de parentesco o de pareja, en que existen relaciones de apoyo mutuo, que generalmente comparten un mismo hogar y tienen lazos de protección, cuidado y sustento entre ellos".

Se discute si la definición constitucional de la familia comprende tanto a la matrimonial como a la extramatrimonial; una corriente, tradicionalista (Corral Talciani, Rosende Álvarez), la circunscribe exclusivamente a la primera; mientras que otra tesis, moderna (Figueroa Yáñez, Peña González), se decanta por un concepto ampliado que incluye a ambas, sobre la base de que la Constitución Política no establece tales distinciones entre modalidades de familia y, por

---

[1] Art. 1: "…La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. / (…) Es deber del Estado… dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta…".

[2] Tribunal Constitucional, Sentencia No. 6834, 25 de junio de 2020, Cecilia Vera Pérez Gacitúa y Cristina Ibars Mayor en autos caratulados "Vera c. Servicio de Registro Civil".

[3] Art. 815: "La familia comprende al cónyuge y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución".

lo tanto, no debe hacerlo el intérprete; además, la Ley de Matrimonio Civil (2004) configura al matrimonio como base principal (no única) de la familia[4].

El Derecho de familia contemporáneo se caracteriza en Chile por las siguientes notas: a) sus normas tienen contenido de orden público; b) representa una intersección de derecho privado y el derecho público; c) existe un predominio del interés social sobre el interés particular; d) la autonomía de la voluntad se encuentra restringida (es decir, no se requiere la sola voluntad de las partes para dar efecto jurídico a sus instituciones, sino que también se requieren ciertas solemnidades o de causales); e) su naturaleza es fundamentalmente (pero no exclusivamente) extrapatrimonial: los derechos y obligaciones no son susceptibles de apreciación monetaria, sin perjuicio de que existan derechos e instituciones patrimoniales (alimentos, bienes conyugales, indemnizaciones y compensaciones económicas) y f) sus normas tienen un importante componente ético.

A. Antecedentes: la Familia en el Código de Bello

Como ya se ha indicado, el Código Civil chileno de 1855, obra del insigne jurista venezolano (naturalizado chileno) Andrés Bello, consagra un modelo de familia exclusivamente matrimonial, heterosexual, patriarcal, y basado originalmente en la religión y en la filiación biológica legítima.

En el contexto de una sociedad tradicional, predominantemente agraria y religiosa, el codificador consagró un ideal familiar fundado en la existencia del matrimonio[5]: sin matrimonio no hay familia, sin familia no puede haber matrimonio; es decir, el Derecho no tutela uniones no matrimoniales (o de hecho), ni a los hijos habidos fuera del matrimonio.

Es *heterosexual*, toda vez que para los cánones de la época era inconcebible un matrimonio que no fuera entre personas de sexo opuesto[6].

Además, el matrimonio es *patriarcal*, habida cuenta del predominio sin contrapeso del hombre sobre la mujer en términos personales y patrimoniales, que se manifestaba en: a) la incapacidad relativa de la mujer (quien requería autorización para celebrar válidamente cualquier acto jurídico); b) la potestad marital (traducida en la ascendencia personal y matrimonial del marido sobre la mujer)[7]; c) desigualdad en la configuración del delito de Adulterio, que solo aplicaba para la mujer, mientras que se establecía un tipo lenitivo para los hombres: el

[4] Ramos, René, *Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1999, Tomo I, pp. 10-11.
[5] Arancibia, María José y Pablo Cornejo, El Derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos, en: *Revista Ius et Praxis*, 2014, No. 1, Vol. 20, pp. 279 ss.
[6] Art. 102: "El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente…".
[7] Art. 132: "La potestad marital es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre la persona y bienes de la mujer".

"Amancebamiento"; d) desequilibrio en las relaciones paternofiliales: a las madres se les asignaba un rol afectivo, mientras que a los padres uno correctivo[8].

El fundamento *religioso*, tienen lugar por la exclusividad del matrimonio canónico para los contrayentes de religión católica[9]; aunque las personas de otros credos podían contraerlo siempre que se sujetaran a las disposiciones sobre "impedimentos dirimentes"[10].

Por último, predominaba la *filiación biológica y* "*legítima*"[11]: el Código no reguló la adopción y estableció una compleja clasificación de los hijos en legítimos y no legítimos (que a su vez podían ser "naturales", "adulterinos", "incestuosos" y "sacrílegos").

B. La familia en el actual Estado democrático y de Derecho

El Derecho de familia es la rama del Derecho Civil que experimentó más transformaciones desde la promulgación del Código Bello; cambios que en gran medida se aparejaron a las transformaciones sociales acaecidas en el siglo XX, aunque en el caso de Chile, quizás por efecto de su devenir histórico político, se pospusieron durante mucho tiempo. Un punto de inflexión lo representan, en lo jurídico, el proceso de configuración de un Derecho internacional de los derechos humanos (a partir de la Declaración de Derechos Humanos de 1948) que permearon los ordenamientos jurídicos nacionales, particularmente en materia familiar; y en no menor medida el cambio del rol social de mujer desde mediados de la década de los 40 y sobre todo a partir de los 60 del siglo pasado.

La irrupción de los derechos humanos en la esfera jurídica civil, que modificó sustancialmente sus instituciones a la luz de principios como el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la no discriminación, configuró los fenómenos de la "**constitucionalización**"[12] y

---

[8] Art. 219: "Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y a su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre".
Art. 232: "El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional…".
Art. 240: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre legítimo sobre sus hijos no emancipados. Estos derechos no pertenecen a la madre…".

[9] Art. 117 (luego derogado por la Ley de Matrimonio Civil de 1884): "El matrimonio entre personas católicas se celebrará con las solemnidades prevenidas por la Iglesia, y compete a la autoridad eclesiástica velar sobre el cumplimiento de ellas".

[10] Art. 118: "Los que profesando una religión diferente de la católica quisieren contraer matrimonio en territorio chileno, podrán hacerlo, con tal que se sujeten a lo prevenido en las leyes civiles y canónicas sobre impedimentos dirimentes, permiso de ascendientes o curadores, y demás requisitos; y que declaren ante el competente sacerdote católico y dos testigos, que su ánimo es contraer matrimonio, o que se reconocen el uno al otro como marido y mujer; y haciéndolo así, no estarán obligados a ninguna otra solemnidad o rito".

[11] Art. 179: "El hijo concebido durante el matrimonio de sus padres es hijo legítimo".

[12] Entendida como uso técnico de la Constitución para amparar instituciones esenciales a la persona y la creación de herramientas jurídicas efectivas para hacerla respetar (Domínguez Águila, Ramón, Aspectos de la Constitucionalización del Derecho civil chileno, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 1996, Tomo XCIII, No. 3, p. 109) y fundada en los principios de supremacía (art. 6 incisos 1° y 2° de la Constitución Política) y de legalidad (art. 7 de la Constitución Política), se traduce en diversas consecuencias para el derecho privado y los derechos personales: a) la interpretación conforme a la Constitución; b) la derogación de normas contrarias o

"**convencionalización**"[13] del Derecho civil y de familia, que se manifiestan en reformas legales y cambios en la interpretación de las normas jurídicas vigentes.

Las reformas más relevantes acaecidas en el ordenamiento de Chile durante el último siglo son las siguientes:

- Decreto-Ley 328 (1925), modifica disposiciones vigentes sobre capacidad de la mujer en materia filiatoria[14] y establece la separación de bienes de aquella mediante capitulaciones; fue modificado por la Ley 5521 (1934), que incorpora tales reformas al Código Civil.

- Ley 7612 (1943), introduce diversas modificaciones al Código Civil, entre ellas, establece un régimen convencional de separación de bienes, alternativo al régimen matrimonial de sociedad conyugal.

- Ley 18802 (1989): amplía la capacidad de la mujer en la sociedad conyugal y para celebrar actos jurídicos[15].

- Ley 19335 (1994), que establece el régimen patrimonial de participación de gananciales, como tercer sistema además de la sociedad conyugal del Código Civil y la separación total de bienes; deroga el "Amancebamiento" y establece al tipo de Adulterio en las mismas circunstancias para hombres y mujeres, reconociéndolo como causal de divorcio.

---

incompatibles con la Constitución; c) la integración de los Tratados internacionales como fuente directa de derecho, esto es, la convencionalización de esos derechos (ob. cit., pp. 111-119).

[13] Este cobró importancia a partir de la consagración de la doctrina del "control de convencionalidad" en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del célebre caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 124, en el cual deja sentado lo siguiente: "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

[14] Art. 2: "La patria potestad corresponde a la madre, en las mismas condiciones que al padre; cuando éste muriere, civil o presuntivamente; cuando estuviere ausente; cuando fuere puesto en interdicción o cuando se declara judicialmente su inhabilidad física o moral. / La condena por delito es inhabilidad moral".

Art. 4: "La mujer divorciada por culpa del marido, tiene la patria potestad sobre los hijos que estén a su cargo, según las reglas jenerales (sic)".

Art. 5: "La mujer puede, en las mismas condiciones que el hombre, ser tutora o curadora; pero la mujer cuando el conocimiento del marido o de la justicia en subsidio para ejercer estos cargos".

Art. 7: "Puede, asimismo, la mujer, en iguales condiciones que el hombre, servir de testigo en cualquier acto o contrato".

Art. 8: "En las capitulaciones matrimoniales los esposos pueden acordar la separación de bienes…".

Art. 9: "Se considera a la mujer separada de bienes para la administración de aquellos que sean fruto de su trabajo profesional o industrial".

Art. 11: "En el réjimen (sic) e separación de bienes, la mujer casada puede dedicarse libremente al ejercicio de cualquier oficio, empleo, profesión, industria o comercio, a ménos (sic) que el juez, en juicio sumario, y a petición del marido, se lo prohíba".

[15] Interesante a efectos del Derecho internacional privado de la familia es la modificación del artículo 135 del Código Civil: "Los que se hayan casado en país extranjero se mirarán en Chile como separados de bienes, a menos que inscriban su matrimonio en el Registro de la Primera Sección de la Comuna de Santiago, y pacten en ese acto sociedad conyuga, dejándose constancia de ello en dicha inscripción".

- Ley 19585 (1998), que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación: abroga distinciones arbitrarias entre hijos legítimos y no legítimos (o "de dañado ayuntamiento": adulterinos, sacrílegos y espurios).

- Ley 19620 (1999), que dicta normas sobre adopción de menores.

- Ley 19947 (2004), que establece a la nueva Ley de Matrimonio Civil: reconociendo, entre otras instituciones, el divorcio vincular en Chile[16].

- Ley 20680 (2013), que introduce modificaciones al Código Civil y a otros cuerpos legales, con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados: reconoce la igualdad de ambos padres en materia de relaciones filiales y establece corresponsabilidad parental.

- Ley 20830 (2015), que crea el "Acuerdo de Unión Civil", que permite vincular a dos sujetos en función de relaciones afectivas, incluyendo a las personas del mismo sexo, regulando sus efectos en materia patrimonial.

- Ley 21120 (2018), que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género: cambio de género de uno de los cónyuges como causal del divorcio.

- Ley 21400 (2021), que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio entre personas del mismo sexo ("matrimonio igualitario") (art. 102, "contrato entre dos personas").

II. El Derecho internacional privado en Chile y las relaciones familiares con contactos externos

El Derecho internacional privado regula las relaciones jurídicas de índole privada que trascienden las fronteras de dos o más países. A tal efecto, abarca lo concerniente a la jurisdicción competente para decidir una controversia, el Derecho aplicable a esos nexos, los actos de cooperación procesal entre autoridades administrativas y judiciales a fin de coadyuvar en las distintas etapas del proceso y, por último, pero no menos importantes, la ejecución de sentencias y actos resolutivos de órganos jurisdiccionales extranjeros.

Se puede afirmar que todos los ámbitos del Derecho privado (la persona misma y sus vínculos familiares o de índole patrimonial, extrapatrimonial, comercial, laboral y un extenso etcétera) han tenido un correlato en el plano de los conflictos de leyes o de jurisdicciones. En el ámbito específico de las relaciones de índole familiar (es decir, aquellas de carácter conyugal, filiatorio y relativas al parentesco, así como los elementos patrimoniales afines), estas

[16] El "divorcio con disolución de vínculo" no se permitió en Chile hasta comienzos del siglo XXI; anteriormente, el divorcio contemplado en la Ley de Matrimonio Civil de 1884 hacía referencia a la separación de los cónyuges que no implicaba una disolución del vínculo matrimonial. Según la web de la Biblioteca del Congreso Nacional, al momento de iniciarse la discusión parlamentaria de dicha ley, "Chile era el único país del mundo sin una ley que normara le divorcio".

representan una cuota importantísima en el volumen de casos, lo que puede constatarse, por ejemplo, al contrastar la cantidad de solicitudes de exequátur de resoluciones judiciales extranjeras en materia de divorcio con cualquier otro ámbito jurídico privado.

Por lo tanto, para cumplir nuestro propósito de revisar dos sentencias de los dos principales tribunales de Chile, es necesario revisar el sistema que regula las situaciones con elementos de extranjería con especial referencia a las relaciones familiares, lo que hacemos seguidamente.

A. Características del Derecho internacional privado vigente en Chile

Dentro del Derecho comparado, Chile pertenece a la órbita de países del sistema continental o de Derecho civil. La regulación del Derecho internacional privado se caracteriza por una tradición territorialista que se remonta al notable monumento jurídico que es el Código Bello, influido en el ámbito conflictual en partes iguales por el Código Napoleón y el sistema angloamericano.

Una observación directa y algo superficial del sistema conflictual chileno permite caracterizarlo como limitado, disperso y fundamentalmente territorialista con una reciente tendencia a la apertura internacionalista.

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

Es disperso, ya que las disposiciones específicas sobre Derecho aplicable, competencia judicial internacional, cooperación judicial y ejecución de sentencias y actos extranjeros se encuentran desparramadas en varios cuerpos normativos referidos a ámbitos diversos.

Por último, es territorialista, según se desprende no sólo del artículo 14 del CC, sino también del espíritu de las decisiones de órganos judiciales y administrativos, que privilegian las soluciones allegadas al predominio de la *lex fori*; si bien, preciso es reconocerlo, con una cierta tendencia reciente a una apertura internacionalista, que se manifiesta en el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, el cual abordaremos más adelante.

B. 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[17]: la jurisprudencia considera a los tratados internacionales como leyes[18], en consecuencia: a) su interpretación se sujeta al artículo 19 y siguientes del Código Civil y b) son jerárquicamente inferiores a la Constitución Política[19]. En virtud de lo anterior, la enumeración de las fuentes inicia con aquellas de origen interno y seguidamente las de carácter internacional.

1. Internas

- Código Civil: establece los principios de territorialidad (art. 14, 55, 56 y 57) y extraterritorialidad de la Ley civil chilena (art. 15), *lex reit sitae* en materia de bienes y *lex loci executionis* en el ámbito contractual (art. 16), *locus regit actum* respecto a la validez de los actos (art. 17 y 1027) y regula el matrimonio (art. 135, 1716, 1723 y 2484) y las sucesiones con elementos de extranjería (art. 955, 997, 998), competencia del juez chileno en materia de separación de bienes (art. 155), entre otros.

- Código de Comercio: establece los principios de *locus regit actum* y *lex loci executionis* en el ámbito mercantil (art. 113, 832, 868, 931), normas de comercio marítimo (art. 823 y ss.) y competencia judicial (art. 1032 y ss.).

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

- Código de Procedimiento Civil: regula el trámite de exhortos internacionales (art. 76 y 77), el procedimiento de reconocimiento de actos y decisiones extranjeras (art. 242 al 251) y los informes de peritos sobre legislación extranjera (art. 411).

- Ley 19620 (Adopción de Menores): adopción (20 y ss.), competencia judicial internacional (art. 30 y 34).

- Ley 19947 (Matrimonio Civil): forma del matrimonio (art. 80), competencia judicial internacional (art. 82), reconocimiento de actos extranjeros (art. 83), matrimonio (art. 80 al 84),

- Ley 20830 (Acuerdos de Unión Civil): forma de actos (art. 12 y 13).

---

[17] Definida por el Código Civil (art. 1) de la siguiente manera: "La ley es una declaración de voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite".

[18] La recopilación jurisprudencial más popular enumera sentencias de la Corte Suprema de 1913, 1921, 1936, 1963 y 1988, que acogen dicha interpretación, por lo que cabe reconocer una tendencia pacífica, doctrina compartida por el Ministerio de Relaciones Exteriores (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia*, Código Civil y Leyes complementarias, Tomo I, p. 27).

[19] Sin embargo, a partir de la reforma del artículo 5 de la Constitución Política (Ley de Reforma Constitucional No. 18.825, de 17 de agosto de 1989), se ha generado un debate sobre la constitucionalidad o incluso supraconstitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos (*Repertorio*…, ob. cit.). Según el inciso 2 de dicho artículo: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respecto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes".

2. Internacionales

a. Multilaterales (regionales)

- Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), anexo a la Convención de La Habana (1928)[20].

- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975).

- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (Panamá, 1975).

- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques (Panamá, 1975). Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (Panamá, 1975).

- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero (Panamá, 1975).

- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y su Protocolo adicional (Panamá, 1975).

- Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (Montevideo, 1979).

- Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (La Paz, 1984).

- 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. Multilaterales (universales)

- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958).

- Convención que suprime la Exigencia de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros (La Haya, 1961).

- Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978).

---

[20] Al firmar la Convención de La Habana de 1928, la delegación chilena realizó la siguiente Declaración: "…la Delegación de Chile no será un obstáculo para que esta Conferencia Panamericana apruebe un Código de Derecho Internacional Privado; pero salvará su voto en las materias y en los puntos que estime conveniente, en especial, en los puntos referentes a su política tradicional o a su legislación nacional". Debe recordarse que el art. 3 de la Convención de La Habana o Tratado de Derecho Internacional Privado al cual está anexo el Código Bustamante dispone: "Cada una de las Repúblicas contratantes, al ratificar el presente Convenio, podrá declarar que se reserva la aceptación de uno o varios artículos del Código anexo y no la obligarán las disposiciones a que la reserva se refiera".

- Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 1980).

C. La corriente modernizadora del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado

El fenómeno de la globalización y sus consecuencias o, para ponerlo en palabras más sociológicas: aquella "topopoligamia transnacional" de la que escribía Ulrich Beck (es decir, el fenómeno de "estar alguien casado con varios lugares y pertenecer a varios mundos" y que conduce, según él, a la "globalización de la geografía")[21], junto con la evolución misma de las sociedades, cada vez más diversas, complejas, fragmentadas aunque también interconectadas a través las innumerables herramientas tecnológicas a disposición, requieren de nuevas soluciones a las situaciones que se generan como consecuencia de la riqueza vital de la contemporaneidad.

Es así como las soluciones tradicionales de los ordenamientos jurídicos nacionales, que salvo reformas más o menos extensas implementadas en el siglo XX, se remontan sin embargo al "siglo de la codificación" (1800-1900), resultan insuficientes o francamente anacrónicas a los problemas que plantean las nuevas relaciones sociales en unas sociedades globalizadas, interconectadas y paradójicamente fragmentadas.

Ha quedado en evidencia la dispersión e insuficiencia de las normas del sistema chileno de Derecho internacional privado, caracterizadas por un predominio de las soluciones territoriales, aun cuando en lo económico, comercial y social el país ha transitado por una apertura sin precedentes en el ámbito latinoamericano durante el último cuarto del siglo XX y comienzos 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.

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,

[21] Para el sociólogo alemán, esta significa lo siguiente: "que los contrastes y las contradicciones del mundo tienen lugar no sólo ahí fuera, sino también en el centro de la propia vida, en los matrimonios y familias multiculturales, en el trabajo, en el círculo de amigos, en la escuela, en el cine, comprando en la tienda de la esquina, oyendo música, cenando, haciendo el amor, etc." (Beck, Ulrich, *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, México, Paidós, 2019).

cuya Exposición de Motivos aparece 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, capitales, entre otros[22].

Según la exposición de motivos, los aspectos estructurales en los que descansa la propuesta serían:

- La incorporación transversal de normas de conflicto materialmente orientadas, facilitando la "búsqueda de soluciones justas del caso concreto"[23], ya que concibe que su función es "satisfacer valores, y entre ellos, el de la justicia"[24];

- La flexibilización del territorialismo chileno[25], 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;

- 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"[26].

- 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"[27].

- Regular sistemáticamente 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[28].

- Establecer un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, consagrando el principio básico de reconocimiento[29].

- Por último, incorporar una regulación novedosa de la cooperación jurídica internacional en materia civil, comercial, administrativa y familiar[30].

---

[22] *Exposición de Motivos*, p. 8.
[23] *Exposición de Motivos*, p. 17.
[24] *Exposición de Motivos*, p. 18.
[25] *Exposición de Motivos*, p. 18.
[26] *Exposición de Motivos*, p. 19.
[27] *Exposición de Motivos*, p. 19.
[28] *Exposición de Motivos*, p. 19.
[29] *Exposición de Motivos*, pp. 19-20.
[30] *Exposición de Motivos*, p. 20.

El Proyecto 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 III en su Capítulo III aborda las relaciones de familia, estableciendo normas sobre la filiación, reconocimiento, adopción, relaciones paterno-filiales y alimentos[31] y en su Capítulo IV regula el derecho aplicable al matrimonio, ámbito en el cual predominan factores de conexión alternativos, por ejemplo, en materia de requisitos de forma (art. 34)[32] y capacidad matrimonial (art. 35)[33], separación judicial (art. 38)[34] y divorcio (art. 39)[35].

D. La jurisprudencia: ¿fuente en el Derecho internacional privado chileno?

Respecto al valor de la jurisprudencia como fuente jurídica, este ha sido tradicionalmente 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".

Bravo-Hurtado[36] 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 Régime*, 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[37].

---

[31] *Exposición de Motivos*, p. 23.

[32] Art. 34 (Requisitos de forma): "El matrimonio será válido si se cumplen los requisitos de forma de la ley del lugar de la celebración, los de la ley de la nacionalidad común de los contrayentes o los de la ley de su residencia habitual común".

[33] Art. 35 (Capacidad): "La capacidad matrimonial se rige por la ley de la residencia habitual del contrayente o la ley de su nacionalidad o a la ley del lugar de la celebración del matrimonio".

[34] Art. 38 (Separación judicial): "La separación judicial de los cónyuges que no constituya divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, esta separación se regirá por la ley de la última residencia habitual común que tuvieron los cónyuges".

[35] Art. 39 (Divorcio): "1. El divorcio se regirá por la ley de la residencia habitual común de los cónyuges. A falta de residencia habitual común, el divorcio se regirá por la ley de la última residencia habitual común, ya falta de todas las anteriores, por la ley del lugar de celebración del matrimonio. / El divorcio obtenido en el extranjero será reconocido en Chile si ha sido concedido por la autoridad competente de conformidad con el numeral anterior".

[36] 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, pp. 549 ss., especialmente p. 553.

[37] 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

Por tanto, sin perjuicio de la Constitución como fundamento del orden jurídico, la ley es la fuente por excelencia de Derecho en Chile. Sin embargo, los fallos anteriores son usados por los tribunales en Chile como un apoyo adicional[38], especialmente cuando sienten que la postura jurídica que buscan posicionar es endeble por sí sola[39].

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"[40].

A pesar de todo, el efecto de la reforma ha sido nulo: tribunales de primera instancia e incluso Cortes de Apelaciones continúan emitiendo resoluciones contradictorias, sin que el foro actúe para resolverlas a través de ese recurso. El impacto en el ámbito del Derecho internacional privado es prácticamente irrelevante, no en vano el proyecto de Ley en la materia no contempla a la jurisprudencia como fuente. Sin embargo, solo el transcurso del tiempo podrá evidenciar si dicha disposición llegará a tener el impacto positivo que se esperaba en la configuración de un conjunto de decisiones que puedan ser consideradas precedentes y que, como tales sean acatados por otros juzgados en casos semejantes.

III. Dos sentencias (precedentes) que ilustran el "estado del arte" en materia de Derecho familiar internacional

A partir de la descripción del ordenamiento jurídico interno chileno en el ámbito del Derecho familiar y de las normas vigentes en materia de Derecho internacional privado, pretendemos revisar someramente dos sentencias judiciales en casos con elementos externos.

Suprema, y pasadas en autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales". Bravo-Hurtado, Hacia los precedentes en Chile…, ob. cit., p. 556.

38 Según la escala de MacCormick y Summers, citados por Bravo-Hurtado, Hacia los precedentes en Chile…, ob. cit., p. 560.

39 Así, 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.

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.

40 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". Se ha señalado que esta disposición establece un mecanismo para configurar un precedente judicial vinculante (Corral, Hernán, Pleno de Corte Suprema y prescripción de la responsabilidad civil por violación de Derechos Humanos, *El Mercurio*, 6 de febrero de 2013). Así, 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"; 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.

En primer lugar, abordaremos la Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019), de fecha 25 de junio de 2020, relativa al requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las Leyes 20.830 (que regula los Acuerdos de Unión Civil) y 19.947 (de Matrimonio Civil), en el marco del rechazo a la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio extranjero de dos personas del mismo sexo, y en segundo lugar, la sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), en Sala Cuarta (Mixta), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular.

A. Sentencia 6834 del Tribunal Constitucional (Rol 7774-2019)

La decisión versa sobre la solicitud de inaplicabilidad del artículo 12, inciso final de la Ley No. 20.830 (que regula los Acuerdos de Unión Civil) y de la frase "siempre que se trate de la unión de un hombre y una mujer" del artículo 80, inciso primero de la Ley No. 19.947 (de Matrimonio Civil) en el marco de la negativa del Servicio de Registro Civil a inscribir un matrimonio contraído en España por dos personas del mismo sexo, de nacionalidad chilena y española.

1. El caso

Cecilia Vera Pérez-Gacitúa (chilena) y Cristina Ibars Mayor (española) se conocieron virtualmente en 2005 e iniciaron una relación afectiva, en la cual convivieron en Europa y en Chile. En 2012 contrajeron matrimonio en España y posteriormente iniciaron un tratamiento de maternidad a cargo de Cristina. Avanzado el embarazo, las solicitantes acudieron al Servicio de Registro Civil e Identificación de Santiago para inscribir su matrimonio, el cual finalmente quedaría inserto como Acuerdo de Unión Civil.

Sostienen las requirentes que, a consecuencia de la aplicación de las normas impugnadas quedan desprovistas de la protección de las familias conformada por parejas del mismo sexo cuando el vínculo es celebrado en el extranjero, atentando contra lo dispuesto en los artículos 1[41] y 19 No. 4[42] de la Constitución Política; además de resultar un trato discriminatorio por su orientación sexual (art. 19 No. 2)[43], de vulnerar el derecho a la identidad del hijo en común (art. 1) y el interés superior del niño reconocido en tratados internacionales (art. 5, inciso

[41] Vid. Nota 1, *supra*.

[42] Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: / (…) 4°. El respeto y protección a la vida privada y a la **honra de la persona y su familia**…" (negritas del autor).

[43] Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas: / (…) 2°. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre Hombres y mujeres son iguales ante la ley. / **Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias**" (negritas del autor).

segundo[44], en relación con los arts. 3 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño[45]), sustrayéndolo de la presunción de maternidad de parte de la madre no gestante (Cecilia), por lo tanto, impidiéndole el reconocimiento legal de su filiación. Nos centraremos en los argumentos de la primera queja por su afinidad con los objetivos del presente trabajo.

2. Argumentación del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional desarrolla su argumentación refiriéndose a la institución de la familia y el matrimonio, así como a los Acuerdos de Unión Civil, desde una perspectiva constitucional, a fin de dilucidar si los preceptos legales impugnados vulneran las disposiciones constitucionales señaladas:

a. En cuanto a la familia, el Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente:

> el estatuto constitucional considera a la sociedad familiar como una de las bases esenciales de la institucionalidad. No obstante, al no conceptualizar el constituyente la reseñada institución, de los antecedentes emanados de las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, órgano que redactó la Carta Fundamental, y considerando la época de la redacción de la norma, es dable concluir que tal entidad está referida a la familia que comprende marido, mujer e hijos, concepto que en el derecho en general se entiende en un **sentido restringido** (resaltado añadido).
>
> …en el estado actual de las cosas interpretar el vocablo "la familia" usado por la Carta Fundamental, desde una posición originalista, esto es, hombre, mujer, hijas e hijos sería desconocer por el juez constitucional la realidad social, la que exhibe diversas tipologías de familias que no coinciden con el concepto tradicional manifestado y que pueden ser consideradas por el legislador según el principio de analogía…. el criterio expresado por la Corte Constitucional de Italia (sentencia rol 138/2010), en orden a considerar que el concepto de familia no puede entenderse cristalizado o encapsulado, como se asimilaba al momento de entrar a regir el texto primero constitucional. No obstante, existiendo un estatuto jurídico sobre la familia plenamente vigente —señala el fallo constitucional italiano— "el significado del precepto constitucional no puede ser alterado por una interpretación creativa".
>
> …la interpretación reseñada es coincidente y es la más conforme a la situación del país, y a la que esta Magistratura se adherirá por cuanto, existiendo normas de orden público familiar claras y precisas, es otra la vía institucional para entender el sentido y alcance del precepto "la familia" en cualquier sentido. Por consiguiente, vigente un estatuto jurídico que regula la familia, su protección y efectos, no puede darse a todas las uniones afectivas el

---

[44] Vid. Nota 14, *supra*.

[45] Art. 3: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**" (negritas del autor).
Art. 8: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre **y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas**. / 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" (negritas del autor).

mismo reconocimiento y protección. Y en lo que respecta a las uniones de personas del mismo sexo, el Estado de Chile reconoce su existencia al dictar la Ley No. 20.830, permitiendo la celebración de un contrato solemne cuyas características y efectos, se expresan en dicho cuerpo legal.

b. Respecto al matrimonio, el Tribunal Constitucional manifiesta lo siguiente:

el orden público familiar se encuentra estatuido principalmente en los cuerpos legales citados [se refiere a los artículos 102 del Código Civil y 1 y 2 de la Ley No. 19.947 de Matrimonio Civil], constituyendo el vínculo matrimonial entre un hombre y una mujer la forma jurídicamente recomendada para formar familia, aunque después se derive en otros tipos de aquellas, sea por separación de hecho de los cónyuges, estado de viudez, divorcio, nulidad, separación judicial de los cónyuges.

la inexistencia de autorización legal para celebrar matrimonios entre personas de un mismo sexo en el ordenamiento jurídico chileno, "no afirma ni niega que la Constitución acepte, promueva, impida o condene la posibilidad de que parejas homosexuales puedan convivir y realizar una vida afectiva en común protegida por el ordenamiento jurídico, pues corresponde al Legislador… dar forma a las nuevas instituciones legales que vengan a dar satisfacción a las necesidades de la marcha de la sociedad, teniendo en cuenta las mutaciones que ella experimenta en su constante evolución". (STC Rol No. 1881, voto particular de los Ministros señores Venegas, Navarro y Aróstica).

todo lo precedentemente señalado se refrenda en el hecho de tramitarse en el Congreso Nacional un proyecto de ley, iniciado por Mensaje Presidencial No. 130-365 que modifica diversos cuerpos legales para regular, en igualdad de condiciones, el matrimonio de parejas del mismo sexo…

c. Tratándose de los Acuerdos de Unión Civil, el alto Tribunal considera lo siguiente:

la Ley No. 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil consagra la protección y reconocimiento jurídico de aquellas personas que teniendo un vínculo de carácter afectivo, compartiendo un hogar común, declaran la voluntad de otorgar a tal relación una estabilidad en el tiempo para lo cual deben, libre y consentidamente, celebrar una convención denominada "Acuerdo de Unión Civil" con el objeto asumir los derechos y obligaciones que dicho cuerpo legal establece para esta clase de contratos.

el Estado de Chile, a través de dicho instrumento, ha querido reconocer y amparar aquellas relaciones estables entre dos personas, sean heterosexuales u homosexuales, a fin de que el ordenamiento jurídico les otorgue determinadas facultades en relación a la contraparte del antedicho contrato, constituyendo una institución jurídica similar al matrimonio, atendido los requisitos de existencia y de validez requerido por el cuerpo legal, para que nazca a la vida del derecho esa convención, creadora de derechos.

la inscripción del matrimonio de las requirentes celebrado en España, en el registro de Acuerdos de Unión Civil, significa que están amparadas por la Ley No. 20.830, y tengan entre sí los derechos y obligaciones que este cuerpo legal exige a los contratantes, otorgándoles la seguridad y certeza que ellas requieren. Por consiguiente, las normas jurídicas impugnadas en nada afectan la dignidad y la voluntad de las requirentes de hacer familia y ser reconocidas como tal.

De la argumentación anterior, el Tribunal Constitucional concluye: a) que las disposiciones impugnadas pertenecen al orden público matrimonial y, por tanto, "no presentan aspectos constitucionales que reparar" y que, su corrección corresponde al Poder Legislativo, llamado a fijar las reglas acerca del matrimonio civil; b) que el Acuerdo de Unión Civil, figura bajo la que fue inscrito en el Registro Civil el matrimonio extranjero de las solicitantes, "le otorga reconocimiento jurídico al matrimonio celebrado en país extranjero" y c) que las normas recurridas están conforme a la Constitución; por lo tanto, se rechaza el recurso.

A pesar de la disidencia de cuatro Ministros, la decisión del Tribunal trató de mantener un equilibro, pues si bien reconoce el carácter de "orden público familiar" del matrimonio heterosexual, acorde con la letra y el espíritu de la Constitución y la legislación vigentes, lo cierto es que deja abierta la posibilidad de un cambio de la situación, merced a una reforma legislativa que consagre la figura del matrimonio igualitario, figura ésta que posteriormente sería reconocida mediante la Ley 21400.

En nuestro criterio, la relevancia para el Derecho internacional privado chileno de la sentencia comentada, está en la revalorización de una disposición prohibitiva en el ámbito matrimonial, que más allá de su consideración como norma de aplicación inmediata, principio de orden público o "institución desconocida" (tema abierto a la especulación y al debate) al reconocer validez exclusiva a los matrimonios entre personas de sexo opuesto y (*a contrario sensu*) negarle igual valor a los celebrados entre personas del mismo sexo; lo cierto es que, por una parte, el mismo sistema por efecto de la evolución social y legislativa, generó los mecanismos para proteger una situación inédita para los tiempos en que se formularon las soluciones del Código Civil[46]; por otra, se pone de manifiesto la "maldición de Kirchmann", según la cual "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado".

B. Sentencia de la Corte Suprema (Rol 3678-2005), de fecha 10 de noviembre de 2015, relativa a solicitud de Exequátur de resolución extranjera en materia de divorcio vincular

Esta resolución se refiere a la solicitud de exequátur para cumplir en Chile la Sentencia dictada el Juzgado de Primera Instancia de Sollentuna (Suecia), que declaró la disolución del vínculo matrimonial contraído entre dos ciudadanos de nacionalidad chilena.

1. El caso

José Ignacio Pardo Pardo y Victoria del Carmen Vergara Silva celebraron matrimonio en Chile en 1981. En 1992, el Juzgado de Primera Instancia de Sollentuna disolvió el

[46] Más allá de los desacuerdos que puedan generar dichas soluciones en los presuntos beneficiarios destinatarios de aquellas, como se evidencia en los argumentos de las accionantes del recurso.

matrimonio por mutuo acuerdo de las partes. Presentada la solicitud de exequátur, la Sala Cuarta (mixta) de la Corte Suprema se pronuncia sobre el reconocimiento de la resolución extranjera.

2. El régimen de exequátur en Chile y los razonamientos de la Sala Cuarta de la Corte Suprema

Hemos visto como el divorcio apenas se permitió en Chile a partir de 2004, con la Ley 19947. Hasta esa fecha, la jurisprudencia nacional negaba en la mayoría de los casos el reconocimiento de los fallos extranjeros en materia de divorcio en la relación a cónyuges de nacionalidad chilena, sobre la base de que no podía cumplirse en Chile una sentencia dictada por tribunal extranjero que declara el divorcio con disolución del vínculo:

- "No procede dar cumplimiento en Chile a la sentencia dictada en el Uruguay que da lugar al divorcio con disolución de vínculo, por cuanto nuestra legislación no acepta el divorcio con tales efectos". Corte Suprema, 27 de diciembre 1927[47].

- Una excepción notable la representa el siguiente caso:

> Procede otorgar el exequátur a la sentencia ejecutoriada dictada por un tribunal mejicano dentro de su jurisdicción, en un juicio de divorcio, no seguido en rebeldía, que declara disuelto el matrimonio celebrado por dos chilenos en Santos, Estado de Sao Paulo, Brasil, con la salvedad de que los contrayentes no quedan habilitados para casarse en Chile mientras viva el otro cónyuge. Aquella resolución no contraría las leyes de la República, por cuanto se trata de un matrimonio celebrado y disuelto en el extranjero. Corte Suprema, 30 noviembre 1955.

En el caso en revisión, el tribunal sujeta su decisión a los siguientes considerandos:

> …entre Chile y Suecia no existe un tratado sobre cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas por sus tribunales, ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, de modo que no corresponde dar aplicación a las normas de los artículos 242[48], 243[49] y 244[50] del Código de Procedimiento Civil, sino a la regla del artículo 245[51] del

---

47 *Repertorio*…, ob. cit., p. 368.

48 Art. 242: "Las resoluciones pronunciadas en país extranjero tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados respectivos; y para su ejecución se seguirán los procedimientos que establezca la ley chilena, en cuanto no aparezcan modificados por dichos tratados".

49 Art. 243: "Si no existen tratados relativos a esta materia con la nación de que procedan las resoluciones, se les dará la misma fuerza que en ella se dé a los fallos pronunciados en Chile".

50 Art. 244: "Si la resolución procede de un país en que no se da cumplimiento a los fallos de los tribunales chilenos, no tendrá fuerza en Chile".

51 Art. 245: "En los casos en que no pueda aplicarse ninguno de los tres artículos precedentes, las resoluciones de tribunales extranjeros tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, con tal que reúnan las circunstancias siguientes: / 1ª Que no contengan nada contrario a las leyes de la República. Pero no se tomarán en consideración las leyes de procedimiento a que haya debido sujetarse en Chile la substanciación del juicio; / 2ª Que tampoco se opongan a la jurisdicción nacional; / 3ª Que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción. Con todo, podrá ella probar que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa; y / 4ª Que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas".

mismo cuerpo legal, que regula los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país.

…el inciso primero del artículo 83 de la Ley No. 19.947 prescribe que el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción, en este caso, a la jurisdicción de los tribunales de Suecia, lo que, en la especie, se cumple plenamente.

…la actual Ley de Matrimonio Civil en su artículo 42, previene que el matrimonio termina, entre otras causales, por la del numeral 4° que dispone: "Por sentencia firme de divorcio", y su artículo 55 prescribe: 'el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que han cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año'. De lo anterior se infiere que en nuestra legislación no basta el mutuo acuerdo de los cónyuges, sino que, además, es necesario el cese de la convivencia por un plazo no menor de un año, circunstancias que aparecen fehacientemente acreditadas en la especie.

…la sentencia cuyo exequátur se pide no contraviene las leyes de la República, ni tampoco se opone a la jurisdicción nacional, en la medida que significa la disolución del vínculo matrimonial por una causa prevista por nuestro ordenamiento jurídico, según la normativa actualmente vigente.

3. La decisión

De conformidad con los razonamientos arriba transcritos, la Corte Suprema acoge el exequátur solicitado, otorgando efecto en Chile a la sentencia de divorcio extranjera. De tal manera que la sentencia revisada consiste en un vuelco de 180° en la jurisprudencia tradicional de Chile en materia de divorcio vincular, catalizado por la reforma legal aprobada en materia de divorcio en 2004.

Conclusiones

La familia está protegida por el ordenamiento constitucional chileno. El Derecho familiar es la rama del Derecho privado con cambios más trascendentales durante el último cuarto de siglo en Chile. Entre estos se mencionan: la instauración del divorcio vincular en 2004, la aprobación de los Acuerdos de Unión Civil en 2015 y del matrimonio igualitario en 2021. Estos cambios han ido aparejados a la evolución social: de una familia tradicional centrada en el matrimonio heterosexual y con predominio manifiesto del hombre sobre la mujer, se pasó a un concepto más amplio, al que se añaden nuevas formas de uniones que enriquecen y complejizan el panorama actual del "núcleo fundamental de la sociedad".

El Derecho internacional privado chileno también presenta la misma dicotomía: por una parte, una regulación decimonónica dispersa, insuficiente y territorialista; por la otra, una creciente apertura económica y social que, aunada al fenómeno de la globalización y a la

interconexión tecnológica, presentan indudables retos con un marco jurídico claramente anacrónico. De allí la propuesta de Anteproyecto de Ley elaborado por varias instituciones para actualizar esta materia.

Finalmente, según el objetivo propuesto al inicio del presente trabajo, a la revisión del Derecho familiar e internacional privado actualmente vigentes en Chile, añadimos el análisis de dos sentencias de los órganos jurisdiccionales más importantes del país: el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. La primera, denegó la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de disposiciones de las Leyes de Matrimonio Civil y de Acuerdos de Unión Civil, sobre la base de que no vulneraban derechos fundamentales en el caso concreto, relacionado con la inscripción de un matrimonio extranjero de personas del mismo sexo, antes de la vigencia de la Ley que lo consagra en Chile; la segunda, otorgó el exequátur a una sentencia extranjera de divorcio, en un giro de la jurisprudencia tradicional del país, catalizado por las reformas legales aprobadas en materia de disolución del vínculo matrimonial.

Lo anterior pone de manifiesto que la evolución del Derecho debe ir aparejada a los cambios políticos, económicos, sociales y culturales de las sociedades donde ese fenómeno acaece; pone también de manifiesto el valor de las reformas legales que pueden anular criterios de interpretación y aplicación de la ley a favor de los cambios que el conjunto social exige.

Código Civil de la República Popular de China. Estudio preliminar

*Dickar Bonyuet Lee (黄迪嘉)**

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 273-309.

Resumen

La Asamblea Popular Nacional (APN) de la República Popular de China (RPC) aprobó el 28 de mayo de 2020 un nuevo Código Civil, con el voto de 2.879 delegados a favor, 2 en contra y 5 abstenciones. El Código entró en vigencia el 01 de enero de 2021 y constituye un hito en la historia jurídica de la RPC, puesto que es el primero que se ha promulgado desde su fundación en 1949. Este Código Civil no solo compila normas jurídicas de leyes ya existentes en materia civil y comercial, sino que también revisa y fortalece la protección del derecho de propiedad y los derechos personales de los ciudadanos, como los derechos de privacidad e información personal. Este instrumento jurídico consta de 1.260 artículos regulatorios del ámbito jurídico civil, como derechos reales, contratos, derechos de la personalidad, matrimonio y familia, sucesión y responsabilidad por hechos ilícitos.

Abstract

The National People's Congress (NPC) of the People's Republic of China (PRC) approved on May 28th, 2020, a new Civil Code China, with the vote of 2,879 in favor, 2 against, and 5 abstentions. The Code entered into effect the January 1st, 2021, and it is a benchmark in the juridical history of PRC, since it is the first-ever civil code approved since its foundation in 1949. This Civil Code does not only compile already existing legal norms in civil and commercial matter but also revise and strengthen the protection of the rights of property and the personal rights of citizens, like rights of privacy and the protection of personal data. This legal instrument contains 1,260 articles related to civil affairs, such as real rights, contracts, personality rights, marriage and family, succession, and tort liability.

***Palabras clave**: Código Civil de RPC. Derechos Reales. Contratos. Derechos de la Personalidad. Derecho de Familia. Sucesión. Responsabilidad por Hechos Ilícitos.*

***Keywords**: Civil Code of PRC. Real Rights. Contracts. Personality Rights. Family Law. Succession. Tort Liability.*

Sumario

I. Breve introducción histórica. II. Estructura. III. Comentarios. A. Libro Primero. Parte General. B. Libro Segundo. Derechos Reales. C. Libro Tercero. Contratos. D. Libro Cuarto. Derechos de la Personalidad. E. Libro Quinto. Matrimonio y Familia. F. Libro Sexto. Sucesión. G. Libro Séptimo. Responsabilidad Civil por Hecho Ilícito. IV. Conclusiones.

I. Breve introducción histórica

El primer intento de elaborar un código civil en China data de finales de la dinastía Qing (1644-1912). El gobierno Qing nombró una comisión de académicos chinos, como Shen Jia-

* *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV), Abogado *Magna cum Laude* (UCV), Doctor en Ciencias (Metalurgia y Ciencias de los Materiales, UCV), Doctor en Ciencias (Física, UCV), *Master of Science* (*Physics*, Brown University, USA), Licenciado en Física (UDO), Profesor de Derecho Internacional Privado y de Derecho Romano (UCV). dbonyuet@hotmail.com

ben y Wu Ting-fang, y se invitó a un grupo de juristas japoneses a ayudar en el proceso de redacción de un proyecto de código civil. Dicho proyecto se terminó en 1910 y prácticamente copiaba todas las disposiciones del derecho civil alemán y contenía cinco libros: Principios Generales, Obligaciones, Propiedad, Familia y Sucesiones, con 1.569 artículos en total. Este primer proyecto no entró en vigor debido al colapso de la dinastía Qing, pero tuvo gran influencia en los próximos proyectos de código civil[1].

El 10 de octubre de 1911 comenzó la Revolución Xinhai y culminó el 12 de febrero de 1912, con la abdicación del emperador Xuantong (Puyi), terminando así la dinastía Qing. El 01 de enero de 1912 se proclamó la fundación de la República de China y se designó como presidente a Sun Yat-Sen, quien fundó el partido nacionalista Kuomintang. Bajo el gobierno nacionalista, en 1926 se llevó a cabo el segundo proyecto de código civil, el cual se basó en el primer proyecto de código civil de 1910 y se incluyeron normas de derecho civil de leyes de la dinastía Qing. Este segundo proyecto también fracasó por el caos político que reinaba en el país.

En estos primeros años del siglo XX, los juristas chinos, en su intento de estructurar un sistema jurídico que sirviese de fundamento para el nacimiento de una China moderna, debatieron entre seguir el modelo del *Common Law* o el modelo del *Civil Law*, más concretamente, el subgrupo de Derecho germánico, inspirado por el Código Civil alemán, basado mayoritariamente en el Derecho Romano reelaborado y sistematizado por la pandectística alemana. Se impuso la segunda opción y se comenzó a estudiar el Derecho Romano en las Facultades de Derecho de las universidades chinas[2].

En 1929 se reanudó la Junta de Redacción del Código Civil y en 1930 el nuevo código estuvo terminado, el cual fue modelado esencialmente sobre la base del Código Civil alemán y el Código de Obligaciones suizo. Sin embargo, este código no pudo ser implementado en China continental debido a que el gobierno del Kuomintang fue derrocado por el Partido Comunista de China en 1949, y se refugió en Taiwán. En consecuencia, este Código Civil del Kuomintang solo ha tenido vigencia en Taiwán[3].

El 1 de octubre de 1949, Mao Zedong proclamó la fundación de la República Popular de China. Desde su fundación en 1949, la República Popular de China ha tenido cinco proyectos de código civil, solo el último fue promulgado finalmente. El proceso de recepción del Derecho occidental en la República Popular de China se puede dividir en cuatro períodos.

---

[1] Chen, Tsung-Fu, Transplant of Civil Code in Japan, Taiwan, and China: With the Focus of Legal Evolution, en: *National Taiwan University Law Review*, 2011, Vol. 6, No. 1, pp. 389 ss.

[2] Blanch Nougués, José María, Acerca de la recepción del Derecho Romano en la China actual, en: *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2020, LIII, pp. 53 ss.

[3] Zhang, Lihong, Los últimos avances en la codificación del Derecho Civil chino, en: *Revista Chilena de Derecho*, 2009, Vol. 36, No. 3, pp. 467 ss.

Al tomar los comunistas el poder, se anunció un plan para derogar todas las leyes promulgadas por el gobierno nacionalista en 1949. El gobierno intentó aprobar un código civil, pero fracasó dos veces antes de la Revolución Cultural, que comenzó en 1966. El primer proyecto se comenzó a redactar en 1954 y terminó a fines de 1956. El proyecto constaba de 525 artículos divididos en cuatro capítulos: Principios Generales, Propiedad, Obligaciones y Herencia. Este proyecto del código civil se asemejaba al Código Civil de la Unión Soviética de 1922, el cual estaba basado en el Código Civil alemán. Este proyecto fracaso debido a luchas intestinas dentro del Partido Comunista.

En 1962, Mao Zedong solicitó a la legislatura china que redactara un código civil, que se terminó en julio de 1964. Este proyecto no se inspiró en leyes extranjeras, incluyendo el Código Civil de la Unión Soviética, ya que ambos países rompieron relaciones en 1959 por razones ideológicas[4]. Contenía 252 artículos separados en tres capítulos: Principios Generales, Propiedad y Transmisión de las Propiedades. El Proyecto fracasó debido a la turbulencia política provocada por diferentes acontecimientos, como el *Movimiento de Educación Socialista*[5], la campaña *Destrucción de los Cuatro Viejos*[6] y la *Gran Revolución Cultural Proletaria*[7]. Otra de las razones que impidieron codificar el derecho civil fue el predominio de la escuela de pensamiento del "nihilismo jurídico". La corriente ideológica del "nihilismo jurídico" propugnaba ignorar y negar el papel del Derecho en general. Alcanzó su punto más álgido durante la Revolución Cultural[8].

Al finalizar la Revolución Cultural en 1977, en China se inició un periodo de "Reforma y Apertura al Mundo Exterior", dirigido por Deng Xiaoping, para poner fin a su aislamiento político, generar mayor estabilidad social y promover las inversiones. En consecuencia, en 1981 se promulgó la Ley de Contrato Económico. En 1979, se creó un comité de redacción para un nuevo código civil y en 1982 se terminó el tercer proyecto, que estuvo basado en los

---

[4] La ruptura de relaciones de China y la Unión Soviética provocó un cisma sin precedentes en el bloque socialista mundial y afectó a todos los partidos comunistas del mundo.

[5] El *Movimiento de Educación Socialista* fue un movimiento lanzado por Mao Zedong en 1963 para eliminar elementos reaccionarios dentro de la burocracia del Partido Comunista de China. Miles de estudiantes e intelectuales fueron enviados al campo y a las fábricas para su reeducación. Se considera como el movimiento precursor de la Revolución Cultural.

[6] La campaña *Destrucción de los Cuatro Viejos* tuvo como objetivo eliminar los *Cuatro Viejos*: las viejas ideas, la vieja cultura, las viejas costumbres y los viejos hábitos, que "envenenaban la sociedad china" y "aún pervivían en los funcionarios y dirigentes del partido (Partido Comunista de China)". El término *Cuatro Viejos* apareció por primera vez el 1 de junio de 1966 en un editorial del *Diario del Pueblo*.

[7] La *Gran Revolución Cultural Proletaria* fue un movimiento sociopolítico iniciado por Mao Zedong en 1966 para eliminar restos de elementos capitalistas e imponer el *pensamiento Mao Zedong* en la sociedad china. Se caracterizó por una radicalización exacerbada con un protagonismo de los Guardias Rojos. Hubo cierre de universidades y otros centros de estudio, intelectuales y profesores fueron enviados al campo para su reeducación. Muchos líderes importantes, como Deng Xiaoping y Liu Shaoqi, fueron víctimas de las purgas dentro del Partido Comunista de China, inclusive Xi Zhongzun, padre del actual presidente de China, Xi Jinping, cayó en desgracia durante la Revolución Cultural.

[8] Jian Ping, Il Diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese, en: L. Formichella / G. Terracina / E. Toti (cur.), *Diritto cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, Torino, 2005. Citado por: Blanch Nougués, Acerca de la Recepción del Derecho Romano en la China Actual…, ob. cit., pp. 53-68.

códigos civiles de la Unión Soviética y Hungría. Sin embargo, debido a que las reformas económicas necesarias no habían finalizado, se decidió suspender temporalmente la implementación de un código civil y, en su lugar, se promulgaron leyes civiles específicas. En 1985 se promulgó la Ley de Contrato Económico con Extranjeros, a fin de facilitar las inversiones extranjeras en China. Fue la primera ley china en adoptar conceptos del derecho contractual del *Common Law* y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Entre 1979 y 1986 hubo un debate entre los juristas chinos sobre la adopción de un código civil o de leyes económicas. El debate terminó con la promulgación de los Principios Generales del Código Civil, los cuales se basaban en el capítulo de Principios Generales del proyecto de Código Civil de 1982 y proporcionaban normas para la mayoría de las cuestiones de derecho civil que se tratan en los códigos civiles. Durante la década de los años 80, en China se promulgaron otras leyes civiles independientes como la Ley de Matrimonio, la Ley de Sucesiones, la Ley de Adopción, la Ley de Seguridad, la Ley de Propiedad y la Ley de Responsabilidad por Hechos Ilícitos.

En el plano legislativo se aprobó en 1986 la Ley de Principios Generales de Derecho Civil la cual establecía un catálogo de disposiciones en esta materia que pudiesen servir de fundamento para la posterior publicación de numerosas leyes de Derecho privado así como la elaboración de un Código Civil, el cual seguiría, en gran parte, en su estructura, la sistemática de los códigos civiles europeos y latinoamericanos de base romanista.

En 1992, Deng Xiaoping pronunció un discurso donde expuso que China podría implementar la economía de mercado bajo el socialismo. Este discurso marcó la adopción formal de China de la economía de mercado y la abolición de la economía planificada. Desde entonces, la economía de mercado ha creado una necesidad adicional de desarrollo del código civil en China. En 1999 se promulgo la Ley de Contratos Unificada a fin de crear un derecho contractual unificado y reemplazar las diversas leyes contractuales existentes. Esta ley de contratos fue redactada de 1993 a 1999 y constaba de 428 artículos. El capítulo sobre Principios Generales y Contratos de Compraventa incluía los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios del Derecho Contractual Europeo y el derecho angloamericano. Por lo tanto, esta transformación significó una nueva tendencia de occidentalización del derecho en China.

En 1998, el Comité Permanente de la Asamblea Nacional de Representantes de China nombró a nueve académicos para redactar un nuevo código civil. El cuarto borrador del código civil se terminó en diciembre de 2002 e incluía ocho capítulos: Propiedad, Contrato, Personalidad, Matrimonio, Adopción, Sucesiones, Responsabilidad Civil y Conflictos. En esta versión no incluyó ningún capítulo unificado sobre Obligaciones. Este proyecto encendió muchos debates entre los juristas y por eso el cuarto Proyecto del Código Civil fue suspendido.

En 2007 se promulgó la Ley de Propiedad, la cual constituyó un avance notable en la historia de la legislación civil de China, puesto que planteó la controversia sobre la elección entre socialismo y capitalismo. Esta ley incluye 247 artículos divididos en 5 capítulos: Principios Generales, Propiedad, Derecho de Usufructo, Hipotecas y Prendas y Posesión. Esta ley siguió la estructura y los conceptos del Código Civil alemán y constituyó otro paso hacia la occidentalización del Derecho Civil en China. En 2009 se promulgó la Ley de Responsabilidad Civil, y de esta forma, China ya tenía casi todos los capítulos de los códigos civiles occidentales. Los avances de China en lo social y en lo económico en los últimos años, abonaron el terreno para otro intento de un código civil.

En 2014, el 18º Congreso Nacional del Partido Comunista pidió avances en la redacción del código civil unificado, llego a la decisión de hacer un proyecto en dos partes: la Asamblea Popular Nacional (APN) aprobaría la parte general conocida como la Disposiciones Generales del Derecho Civil en 2017, y luego se redactarían las seis partes restantes. En 2019 las siete partes se codificaron en un proyecto que se presentó a la sesión de la APN de ese año. Finalmente, el 28 de mayo de 2020, el 13º Congreso Nacional del Pueblo promulgó el Código Civil, el cual entró en vigencia el 1 de enero de 2021.

II. Estructura

El Código Civil contiene 1.260 artículos, distribuidos en siete Libros: Parte General, Derechos Reales, Contratos, Derechos de la Personalidad, Matrimonio y Familia, Sucesión y Responsabilidad por Hechos Ilícitos. Cada Libro está formado por Capítulos y algunos Capítulos están subdivididos en Secciones. En los Libros II y III, los Capítulos están agrupados por Títulos. Al final están las Disposiciones Complementarias que contienen dos artículos: el primero (art. 1259) trata sobre explicaciones de las expresiones utilizadas con respecto a los plazos, y el segundo (art. 1260) señala la fecha de entrada en vigor del Código (1 de enero de 2021) y las leyes civiles que serán derogadas al mismo tiempo: la Ley de Matrimonio, la Ley de Sucesiones, los Principios Generales del Derecho Civil, la Ley de Adopción, la Ley de Garantía, la Ley de Contratos, la Ley de Propiedad, la Ley de Responsabilidad por Hechos Ilícitos y las Disposiciones Generales del Derecho Civil. A continuación se presentará el orden y el contenido del Código:

Libro Primero. Parte General. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Personas Naturales: Sección 1. Capacidad de Goce de Derechos Civiles y Capacidad de Ejercicio de Actos Jurídicos Civiles. Sección 2. Tutela. Sección 3. Declaración de Ausencia y Declaración de Defunción. Sección 4. Establecimientos Industriales y Comerciales Administrados Individualmente y Establecimientos de Gestión Contractual de Tierras Rurales. Capítulo III. Personas Jurídicas: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2. Personas Jurídicas

con Fines de Lucro. Sección 3. Personas Jurídicas sin Fines de Lucro. Sección 4. Personas Jurídicas Especiales. Capítulo IV. Organizaciones sin Personalidad Jurídica. Capítulo V. Derechos Civiles. Capítulo VI. Actos Jurídicos Civiles: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2. Manifestación de Voluntad. Sección 3. Efecto de un Acto Jurídico Civil. Sección 4. Acto Jurídico Civil Sujeto a una Condición o a un Término. Capítulo VII. Representación: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2. Representación Convencional. Sección 3. Terminación de la Representación. Capítulo VIII. Responsabilidad Civil. Capítulo IX. Prescripción de la Acción. Capítulo X. Cálculo de los Plazos.

Libro Segundo. Derechos Reales. Título I. Disposiciones Generales. Capítulo I. Reglas Generales. Capítulo II. Creación, Modificación, Transmisión y Extinción de Derechos Reales: Sección 1. Registro de Bienes Inmuebles. Sección 2. Entrega de Bienes Muebles. Sección 3. Otras Reglas. Capítulo III. Protección de Derechos Reales. Título II. Propiedad. Capítulo IV. Reglas Generales. Capítulo V. Propiedad Estatal, Propiedad Colectiva y Propiedad Privada. Capítulo VI. Propiedad de Unidades de un Edificio. Capítulo VII. Relaciones Colindantes. Capítulo VIII. Copropiedad. Capítulo IX. Disposiciones Especiales sobre la Adquisición de Propiedad. Título III. Derechos de Usufructo. Capítulo X. Reglas Generales. Capítulo XI. Derecho a la Gestión Contractual de la Tierra. Capítulo XII. Derecho a Usar un Terreno para Fines de Construcción. Capítulo XIII. Derecho a Usar un Terreno para Vivienda. Capítulo XIV. Derecho de Habitación. Capítulo XV. Servidumbres. Título IV. Garantías Reales. Capítulo XVI. Reglas Generales. Capítulo XVII. Hipoteca: Sección 1. Hipoteca General. Sección 2. Hipoteca Máxima para Deudas Flotantes. Capítulo XVIII. Prenda: Sección 1. Prenda sobre Bienes Muebles. Sección 2. Prenda sobre un Derecho. Capítulo XIX. Derecho de Retención. Título V. Posesión. Capítulo XX. Posesión.

Libro Tercero. Contratos. Título I. Disposiciones Generales. Capítulo I. Reglas Generales. Capítulo II. Celebración de los Contratos. Capítulo III. Efectos de los Contratos. Capítulo IV. Ejecución de los Contratos. Capítulo V. Mantenimiento de los Contratos. Capítulo VI. Modificación y Cesión de los Contratos. Capítulo VII. Extinción de Derechos y Obligaciones bajo un Contrato. Capítulo VIII. Responsabilidad por Mora. Título II. Contratos Típicos. Capítulo IX. Contrato de Venta. Capítulo X. Contrato de Suministro y Consumo de Energía Eléctrica, Agua, Gas o Calefacción. Capítulo XI. Contrato de Donación. Capítulo XII. Contrato de Préstamo. Capítulo XIII. Contrato de Fianza: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2. Responsabilidad de la Fianza. Capítulo IV. Contrato de Arrendamiento. Capítulo V. Contrato de Arrendamiento Financiero. Capítulo XVI. Contrato de Factoraje. Capítulo XVII. Contrato de Obra. Capítulo XVIII. Contrato para Proyecto de Construcción. Capítulo XIX. Contrato de Transporte: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2. Contrato de Transporte de Pasajeros. Sección 3. Contrato de Transporte de Mercancías. Sección 4. Contrato de Transporte Multimodal. Capítulo XX. Contrato de Tecnología: Sección 1. Reglas Generales. Sección 2.

Contrato de Desarrollo de Tecnología. Sección 3. Contrato de Transferencia de Tecnología y Contratos de Licencia de Tecnología. Sección 4. Contrato de Consultoría Tecnológica y Contrato de Servicio Tecnológico. Capítulo XXI. Contrato de Depósito. Capítulo XXII. Contrato de Almacenamiento. Capítulo XXIII. Contrato de Mandato. Capítulo XXIV. Contrato de Servicio de Administración de Inmuebles. Capítulo XXV. Contrato de Agencia. Capítulo XXVI. Contrato de Corretaje. Capítulo XXVII. Contrato de Sociedad. Título III. Cuasicontratos. Capítulo XXVIII. Gestión de Negocios. Capítulo XXIX. Enriquecimiento sin Causa.

Libro Cuarto. Derechos de la Personalidad. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Derecho a la Vida, Derecho a la Integridad Corporal y Derecho a la Salud. Capítulo III. Derecho al Nombre y Derecho al Nombre de la Persona Jurídica. Capítulo IV. Derecho a la Imagen Propia. Capítulo V. Derecho a la Reputación y Derecho al Honor. Capítulo VI. Derecho a la Privacidad y Protección de Datos Personales

Libro Quinto. Matrimonio y Familia. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Celebración del Matrimonio. Capítulo III. Relaciones Domésticas: Sección 1. Relación Conyugal. Sección 2. Relación entre Padres e Hijos y Relación entre Otros Parientes Cercanos. Capítulo IV. Divorcio. Capítulo V. Adopción: Sección 1. Establecimiento de una Relación Adoptiva. Sección 2. Efectos de la Adopción. Sección 3. Disolución de una Relación Adoptiva.

Libro Sexto. Sucesión. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Sucesión Intestada. Capítulo III. Sucesión Testamentaria y Donación Testamentaria. Capítulo IV. Transmisión de la Herencia.

Libro Séptimo. Responsabilidad por Hechos Ilícitos. Capítulo I. Disposiciones Generales. Capítulo II. Daños y Perjuicios. Capítulo III. Disposiciones Especiales sobre Asunción de Responsabilidad. Capítulo IV. Responsabilidad por Producto. Capítulo V. Responsabilidad por Accidentes de Vehículos de Motor. Capítulo VI. Responsabilidad por Mala Práctica Médica. Capítulo VII. Responsabilidad por Contaminación Ambiental y Daño Ecológico. Capítulo VIII. Responsabilidad por Actividades Ultrapeligrosas. Capítulo IX. Responsabilidad por Daños Causados por Animales Domésticos. Capítulo X. Responsabilidad por Daños Causados por Edificios y Objetos.

Disposiciones Complementarias.

III. Comentarios

En esta sección se comentarán algunos artículos que se han considerado de mayor interés. En la realización del presente trabajo se han utilizado las versiones en inglés y en chino

del Código Civil disponibles en una página web oficial del gobierno chino[9]. Además, se han consultado algunos trabajos en español y en inglés publicados en revistas arbitradas y en páginas web de firmas internacionales[10]. Cuando se trabaja con documentos legales en otro idioma, muchas veces se presentan dificultades, especialmente con las definiciones de las diversas instituciones. Las traducciones literales no siempre son las más apropiadas. En esos casos es preferible recurrir a la calificación funcional.

A. Libro Primero. Parte General

El Libro Primero se titula Parte General. Consta de 204 artículos integrados en 10 Capítulos. Anteriormente, en China se había promulgado los Principios Generales del Derecho Civil (1986) y las Disposiciones Generales del Derecho Civil (2017). Excepto por algunos cambios, la Parte General es similar a las Disposiciones Generales del Derecho Civil (2017). Este Libro contiene dos tipos de disposiciones: las que se aplican a todo el Código y las que se desarrollan más detalladamente en los otros Libros, como, por ejemplo, las referidas a los Derechos de la Personalidad (Libro Cuarto) y al Derecho de Familia (Libro Quinto).

En primer lugar, se establece el propósito del Código. "Proteger los derechos e intereses legítimos de las personas de derecho civil, regular las relaciones civiles, mantener el orden social y económico, adaptarse a los requisitos del desarrollo del socialismo con características chinas y promover los valores fundamentales del socialismo de conformidad con la Constitución" (art. 1).

Personas de derecho civil. "El derecho civil regula las relaciones personales y patrimoniales entre las personas de derecho civil, es decir, las personas naturales, las personas jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica, como sujetos con igualdad de condiciones" (art. 2)[11].

Se consagra la protección de los derechos de las personas de derecho civil. "Los derechos personales, los derechos patrimoniales y otros derechos e intereses legítimos de las personas de derecho civil están protegidas por la ley, y ninguna organización o individuo podrá infringirlos" (art. 3).

---

[9] https://bit.ly/42mjaEl

[10] Contreras, Emilio Spósito, La persona natural y la libertad en las Disposiciones Generales del Código Civil de la República Popular China, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, No. 10, pp. 711 ss. Conk, George W., Translation: Tort Liability – Section 7 - Civil Code of the People´s Republic of China, Part VII-Tort Law, en: *Fordham Law Legal Studies Research Paper*, 2020, No. 3624921. Disponible en: https://bit.ly/3MeHpOU. Villa, Iñigo Mateo, El (nuevo) Código Civil de la República Popular China, en: *Revista de Derecho Civil*, 2022, Vol. IX, No. 1, pp. 295 ss. ver: https://bit.ly/3HUnCBO; https://bit.ly/42FKBZl

[11] En la versión inglesa del Código Civil se utiliza la expresión "*unincorporated organizations*", cuya traducción literal es "organizaciones no incorporadas". Con base en la definición, se ha preferido llamarlas organizaciones sin personalidad jurídica. Está definida en el art. 102 (*vid. infra*).

Prohibición de violación del orden público y las buenas costumbres. "Al realizar una actividad civil, ninguna persona de derecho civil violará la ley, ni atentará contra el orden público o las buenas costumbres" (art. 8).

Obligación de proteger el medio ambiente. "Al realizar una actividad civil, una persona de derecho civil deberá actuar de manera que facilite la conservación de los recursos y la protección del medio ambiente ecológico" (art. 9).

Principio *lex especialis derogat lex generalis*. "Cuando existan otras leyes que prevean disposiciones especiales que regulen las relaciones de derecho civil, se aplicarán tales disposiciones" (art. 11).

Principio de territorialidad. Norma de aplicación necesaria. "Las leyes de la República Popular China se aplicarán a las actividades civiles que tengan lugar dentro del territorio de la República Popular China, salvo que la ley disponga lo contrario" (art. 12).

Capacidad de goce a las personas naturales. "Una persona natural tendrá, desde el momento del nacimiento hasta el momento de la muerte, la capacidad de goce de derechos civiles, y podrá disfrutar de los derechos civiles y asumir deberes de derecho civil de conformidad con la ley" (art. 13).

Reconocimiento de la capacidad de goce al feto, cuando se trate de su bien. "Se considera que un feto tiene la capacidad de goce de derechos civiles en la sucesión de bienes, la aceptación de donaciones y otras situaciones en las que esté involucrada la protección de los intereses del feto. Sin embargo, un feto que nace muerto no tiene tal capacidad desde el principio" (art. 16).

Mayoridad y capacidad de obrar. "Una persona natural de 18 años o más es un adulto. Una persona natural menor de 18 años es menor de edad" (art. 17). "Un adulto tiene capacidad plena para realizar actos jurídicos civiles y puede realizar actos jurídicos civiles de forma independiente. Un menor de 16 años o más cuya principal fuente de sustento sean los ingresos de su propio trabajo, se considera como una persona con plena capacidad para realizar actos jurídicos civiles" (art. 18). "Un menor de 8 años o más tiene capacidad limitada para realizar actos jurídicos civiles, y puede realizar un acto jurídico civil mediante o con el consentimiento o ratificación de su representante legal, siempre que dicho menor pueda realizar de forma independiente un acto jurídico civil que sea puramente beneficioso para él o que sea apropiado a su edad e inteligencia" (art. 19). A pesar de que el Art. 18 establece que quienes cumplan 18 años tienen plena capacidad para realizar actos judaicos civiles, aun no podrían contraer matrimonio, puesto que la edad mínima para el matrimonio es 22 años para el hombre y 20 para las mujeres, conforme al artículo 1047 (*vid. infra*).

Domicilio de una persona natural. "El domicilio de una persona natural es la residencia registrada en el sistema de registro de hogar u otro sistema de identificación válido. Si la

residencia habitual de una persona natural es distinta de su domicilio, la residencia habitual se considerara como su domicilio" (art. 25). Dado que hay preferencia de la residencia habitual sobre la registrada, se puede decir que el domicilio de la persona natural es su residencia habitual.

Tutela de menores. "Los padres de un menor son sus tutores. Cuando los padres de un menor hayan fallecido o sean incapaces de ser sus tutores, las siguientes personas, si son competentes, actuarán como tutores en el siguiente orden: 1) sus abuelos paternos y abuelos maternos; 2) sus hermanos y hermanas mayores; o 3) cualquier otra persona u organización que esté dispuesta a actuar como su tutor, siempre que se obtenga el consentimiento del comité de residentes, el comité de aldeanos o el departamento de asuntos civiles en el lugar donde se encuentra el domicilio del menor" (art. 27).

Tutela del incapaz. "Para un adulto que no tiene o tiene capacidad limitada para realizar actos jurídicos civiles, las siguientes personas, si son competentes, actuarán como sus tutores en el siguiente orden: 1) su cónyuge; 2) sus padres y sus hijos; 3) cualquier otro pariente cercano de él; o 4) cualquier otra persona u organización que esté dispuesta a actuar como su tutor, siempre que se obtenga el consentimiento del comité de residentes, el comité de aldeanos o el departamento de asuntos civiles en el lugar donde se encuentra el domicilio del adulto" (art. 28).

Declaración de ausencia y régimen de bienes del ausente. "Si se desconoce el paradero de una persona natural desde hace dos años, una persona interesada puede solicitar al tribunal popular que declare a la persona natural como ausente" (art. 40). "Los bienes de una persona ausente serán puestos bajo la custodia de su cónyuge, hijos mayores de edad, padres o cualquier otra persona dispuesta a hacerse cargo de dicha custodia. Cuando surja un litigio sobre la custodia de los bienes de una persona ausente, o las personas previstas en el párrafo anterior no estén disponibles o sean incapaces para tal fin, los bienes serán puestos bajo la custodia de una persona designada por el tribunal popular" (art. 42).

Declaración de defunción. "Una persona interesada podrá solicitar al tribunal popular la declaración de defunción de una persona natural en cualquiera de las circunstancias siguientes: 1) se desconozca el paradero de la persona natural durante cuatro años; o 2) se desconozca el paradero de la persona natural desde hace dos años como consecuencia de un accidente. El requisito de dos años para que una persona natural sea declarada fallecida no se aplica cuando se desconozca su paradero como consecuencia de un accidente y si una autoridad competente certifica que es imposible que dicha persona física siga con vida" (art. 46).

Empresas Familiares Industriales y Comerciales Administrados Individualmente y Empresas Familiares de Administración Contractual de Tierras Rurales. "Una persona natural que explote un negocio industrial o comercial podrá registrarlo, de conformidad con la ley,

como una empresa familiar industrial y comercial administrado por un individuo. Una empresa familiar industrial y comercial puede tener un nombre comercial" (art. 54). "Los miembros de un colectivo económico rural a los que, de conformidad con la ley, se les haya otorgado un contrato original para operar una parcela de tierra rural y se dediquen a la operación de la tierra a título familiar, son empresas de administración contractual de tierras rurales" (art. 55).

Definición, constitución y domicilio de una persona jurídica. "Una persona jurídica es una organización que tiene la capacidad para disfrutar derechos civiles y realizar actos jurídicos civiles, y disfruta independientemente de derechos civiles y contrae obligaciones civiles de conformidad con la ley" (art. 57). "Una persona jurídica se constituirá de conformidad con la ley. Una persona jurídica tendrá nombre propio, estructura administrativa, domicilio y bienes o fondos. Las condiciones y procedimientos específicos para la constitución de una persona jurídica se ajustarán a las leyes y reglamentos administrativos" (art. 58). "El domicilio de una persona jurídica es el lugar donde tiene su sede administrativa principal. Cuando una persona jurídica esté obligada por ley a registrarse, el lugar de su oficina administrativa principal se registrará como su domicilio" (art. 63).

Clases de personas jurídicas. Las personas jurídicas se dividen en:

1. Personas jurídicas con fines de lucro. "Una persona jurídica con fines de lucro es una persona jurídica constituida con el propósito de obtener ganancias y distribuir las ganancias entre sus accionistas y otros contribuyentes del capital. Las personas jurídicas con fines de lucro incluyen sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas limitadas por acciones y otras empresas que tienen la condición de persona jurídica" (art. 76).

2. Personas jurídicas sin fines de lucro. "Una persona jurídica sin fines de lucro es una persona jurídica constituida para el bienestar público u otros propósitos sin fines de lucro que no distribuirá ningún beneficio a sus inversores, fundadores o miembros. Las personas jurídicas sin fines de lucro incluyen instituciones públicas, organizaciones sociales, fundaciones, instituciones de servicio social y otras instituciones similares" (art. 87).

3. Personas jurídicas especiales. "Las personas jurídicas de órganos del Estado, las personas jurídicas colectivas económicas rurales, las personas jurídicas de organizaciones económicas cooperativas urbanas y rurales, y las personas jurídicas de organizaciones autónomas de nivel primario son tipos especiales de personas jurídicas" (art. 96).

Organizaciones sin personalidad jurídica. "Una organización sin personalidad jurídica es una organización que no tiene la condición de persona jurídica pero puede realizar actividades civiles en su propio nombre de conformidad con la ley. Las organizaciones sin personalidad jurídica incluyen empresas unipersonales, sociedades, instituciones de servicios profesionales que no tienen la condición de persona jurídica y otras organizaciones similares" (art. 102).

Protección legal de los derechos civiles. ”La libertad personal y la dignidad de una persona natural están protegidas por la ley” (art. 109). “La persona natural goza del derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, al nombre, a la imagen propia, a la reputación, al honor, a la intimidad y a la libertad matrimonial. Las personas jurídicas y las organizaciones sin personalidad jurídica disfrutan del derecho al nombre, a la reputación y al honor” (art. 110). “La información personal de una persona natural estará protegida por la ley. Cualquier organización o persona que necesite acceder a la información personal de otros deberá hacerlo de conformidad con la ley y garantizar la seguridad de dicha información, y no podrá recopilar, usar, procesar o transmitir ilegalmente la información personal de otros, ni comerciar, proporcionar o divulgar ilegalmente dicha información” (art. 111).

Definición de acto jurídico civil y requisitos de validez. “Un acto jurídico civil es un acto por el cual una persona de derecho civil, mediante manifestación de voluntad, crea, modifica o extingue una relación jurídica civil” (art. 133). “Un acto jurídico civil es válido si se cumplen las siguientes condiciones: 1) la persona que realiza el acto tiene la capacidad requerida para realizar actos jurídicos civiles; 2) la voluntad expresada por la persona es verdadera; y 3) el acto no viola ninguna norma imperativa de las leyes o reglamentos administrativos, ni atente contra el orden público o las buenas costumbres” (art. 143).

La representación y sus clases. “Una persona de derecho civil puede realizar un acto jurídico civil a través de su representante. No se realizará un acto jurídico civil por medio de representante si el acto debe ser realizado por el propio representado de conformidad con la ley, con el acuerdo de las partes o con base en la naturaleza del acto” (art. 161). “La representación consiste de representación voluntaria y representación legal. En la representación voluntaria, el representante actuará conforme al poder del representado. En la representación legal, el representante actuará de conformidad con la ley” (art. 163).

Plazo de prescripción de la acción. “El plazo de prescripción para que una persona solicite al tribunal popular la protección de sus derechos civiles es de tres años, salvo disposición legal en contrario. El plazo de prescripción comienza a contar desde la fecha en que el titular del derecho sabe o debería haber sabido que su derecho ha sido lesionado y quién es el deudor, salvo disposición legal en contrario. Sin embargo, el tribunal popular no otorgará protección a un derecho si han transcurrido 20 años desde la fecha en que se produjo el daño, salvo que el tribunal popular pueda, a petición del titular del derecho, ampliar el plazo de prescripción bajo circunstancias especiales” (art. 188).

B. Libro Segundo. Derechos Reales

El Libro Segundo se titula Derechos Reales y está basado en la Ley de Derecho Real (2007) y la Ley de Garantía (1998). Contiene 258 artículos distribuidos en 20 Capítulos, los cuales están agrupados en cinco Títulos.

Se consagra la igual protección legal de la propiedad estatal y privada. "Los derechos reales del Estado, de los colectivos, de las personas individuales y de los demás titulares de derechos, estarán igualmente protegidos por la ley y no podrán ser infringidos por ninguna organización o individuo" (art. 207).

Implementación de un sistema de registro unificado de bienes inmuebles a nivel estatal. "El registro de los bienes inmuebles será tramitado por la autoridad registral del lugar donde se hallen los bienes inmuebles. El Estado implementa un sistema de registro unificado con respecto a los bienes inmuebles. El alcance, facultades y medidas para el registro unificado serán especificados por leyes y reglamentos administrativos" (art. 210).

Derecho de propiedad. "El propietario tiene derecho a poseer, usar, aprovechar y disponer de sus bienes muebles o inmuebles de conformidad con la ley" (art. 240). "El propietario de un bien mueble o inmueble tiene derecho a constituir un derecho de usufructo y una garantía real sobre su bien mueble o inmueble. El usufructuario o el acreedor de la garantía real, al ejercer sus derechos, no perjudicará los derechos e intereses del propietario" (art. 241).

Bienes de propiedad estatal. "Cuando la ley dispone que una propiedad sea perteneciente al Estado, la propiedad pertenece al Estado, es decir, a todo el pueblo. Los derechos de propiedad sobre los bienes del Estado serán ejercidos por el Consejo de Estado en nombre del Estado, salvo disposición legal en contrario" (art. 246). Estos bienes incluyen: 1) recursos minerales, aguas y áreas marinas; 2) islas deshabitadas; 3) terreno urbano; 4) recursos naturales tales como bosques, montañas, pastizales, páramos y marismas, excepto cuando pertenezcan a los colectivos según lo prescribe la ley; 5) recursos de la vida silvestre propiedad del Estado según lo prescrito por la ley; 6) recursos del espectro de radiofrecuencia; 7) reliquias culturales propiedad del Estado según lo prescrito por la ley; 8) activos para la defensa nacional; 9) infraestructuras tales como ferrocarriles, carreteras, instalaciones eléctricas, instalaciones de telecomunicaciones y oleoductos y gasoductos que la ley dispone que sean propiedad del Estado; 10) los inmuebles y muebles bajo el control directo de órganos del Estado; 11) los inmuebles y muebles bajo el control directo de instituciones públicas establecidas por el Estado; y 12) empresas con inversión estatal. (arts. 247-257).

Bienes de propiedad colectiva. "Los bienes muebles e inmuebles de propiedad colectiva incluyen: 1) las tierras, los bosques, las cordilleras montañosas, los pastizales, los terrenos baldíos y las marismas que la ley dispone que sean de propiedad colectiva; 2) los edificios, las instalaciones de producción, las instalaciones de conservación de agua de terrenos agrícolas que sean de propiedad colectiva; 3) las instalaciones educativas, científicas, culturales, de salud pública y deportivas que sean de propiedad colectiva; y 4) cualesquiera otros bienes muebles e inmuebles que sean de propiedad colectiva" (art. 260).

Bienes de propiedad privada. "Una persona individual tiene derecho a poseer sus ingresos lícitos, viviendas, artículos de uso cotidiano, instrumentos de producción, materias primas, así como otros bienes muebles e inmuebles" (art. 266).

Derechos de usufructo. "El usufructuario tiene derecho a poseer, usar y aprovechar los bienes muebles o inmuebles que sean propiedad de otra persona conforme a la ley" (art. 323). El usufructuario no tiene el derecho de disponer los bienes usufructuados.

Las organizaciones y las personas naturales pueden ser usufructuarias de los recursos del Estado para la producción agropecuaria y la construcción. "Las organizaciones y las personas podrán, de conformidad con la ley, poseer, utilizar y aprovechar los recursos naturales de propiedad del Estado, los recursos naturales de propiedad estatal que sean de uso colectivo, y los recursos naturales de propiedad colectiva de acuerdo con la ley" (art. 324). "La persona que tiene derecho a la administración contractual de la tierra, está facultada, conforme a la ley, para poseer, usar y aprovechar las tierras de cultivo, bosques y pastizales que contrate y gestione, y para dedicarse a la producción agropecuaria, como el cultivo agrícola, la silvicultura y la ganadería" (art. 331). "Las personas con derecho a usar parcelas del Estado destinadas a la construcción, tienen derecho a poseer, utilizar y aprovechar el lote, y a emplearlo para construir edificios, estructuras e instalaciones auxiliares" (art. 344).

Garantías reales. "Cuando un deudor no cumpla con sus obligaciones vencidas, o se produzca cualquier evento sobre el cual deba hacerse efectiva una garantía real según lo convenido por las partes, la persona con derecho a la garantía real tiene prioridad para ser pagada de la garantía de conformidad con la ley, a menos que la ley disponga lo contrario" (art. 386).

Formas de garantías reales. "Para constituir una garantía real se deberá celebrar un contrato de garantía de conformidad a las disposiciones de este Código y demás leyes. Los contratos de garantía incluyen los contratos de hipoteca, los contratos de prenda y otros contratos con función de garantía. Un contrato de garantía es un contrato accesorio al contrato principal con demandas y obligaciones principales. Si el contrato principal es nulo, también es nulo el contrato de garantía, salvo disposición legal en contrario. Cuando se determina la nulidad de un contrato de garantía, si el deudor, el garante y el acreedor son culpables, cada uno será responsable civilmente en proporción a su culpa" (art. 388).

Hipoteca general. "Cuando un deudor o un tercero, para asegurar el cumplimiento de una obligación, hipoteca su propiedad al acreedor sin renunciar a la posesión del mismo, el acreedor tiene preferencia para ser pagado de la garantía si el deudor no cumple con su obligación vencida o tiene lugar un evento en cuya ocurrencia la garantía real sobre los bienes hipotecados debe ser ejecutada según lo acordado por las partes. El deudor o el tercero a que se refiere el párrafo anterior es el deudor hipotecario, el acreedor es el acreedor hipotecario y la garantía hipotecada para asegurar el crédito es el bien hipotecado" (art. 394).

Bienes que pueden ser hipotecados. "Los siguientes bienes, los cuales el deudor o un tercero tienen derecho a disponer, pueden ser hipotecados: 1) edificios y otras cosas adheridas al terreno; 2) el derecho a utilizar un lote de terreno para fines de construcción; 3) el derecho a usar las áreas marítimas; 4) equipo de producción, materias primas, obras en proceso y productos terminados; 5) edificios, embarcaciones y aeronaves en construcción; 6) vehículos de transporte; y 7) otros bienes que no estén prohibidos por leyes o reglamentos administrativos a ser hipotecados. El deudor podrá hipotecar simultáneamente los bienes enumerados en el párrafo anterior" (art. 395).

Bienes que no pueden ser hipotecados. "No pueden hipotecarse los siguientes bienes: 1) la propiedad de la tierra; 2) el derecho a usar la tierra propiedad de una colectividad, como terrenos para viviendas, terrenos y colinas retenidas para uso doméstico, a menos que pueda ser hipotecada según lo dispuesto por la ley; 3) instalaciones educativas, instalaciones médicas y de salud y otras instalaciones de bienestar público de personas jurídicas sin fines de lucro establecidas con fines de bienestar público, como escuelas, jardines de infancia e instituciones médicas; 4) bienes cuya propiedad o derecho de uso no está claro o está en disputa; 5) bienes que hayan sido secuestrados, retenidos o puestos bajo custodia de acuerdo con la ley; y 6) otros bienes que no puedan ser hipotecados según lo dispongan las leyes o reglamentos administrativos" (art. 399).

Constitución de una hipoteca. "Para constituir una hipoteca, las partes deberán celebrar por escrito un contrato de hipoteca. Un contrato de hipoteca generalmente contiene los siguientes términos: 1) el tipo y monto de la reclamación garantizada; 2) el término durante el cual el deudor cumplirá sus obligaciones; 3) datos tales como el nombre y la cantidad de la propiedad hipotecada; y 4) el alcance de la garantía real cubierta" (art. 400).

Prenda sobre bienes muebles. "Cuando el deudor o un tercero da en prenda al acreedor sus bienes muebles en posesión para garantizar el cumplimiento de una obligación, si el deudor no cumple la obligación debida u ocurre un hecho por el cual la prenda es ejecutada como han acordado las partes, el acreedor tiene preferencia para ser pagado de los bienes muebles. El deudor o tercero a que se refiere el párrafo anterior es el pignorante, el acreedor es el acreedor prendario y los bienes muebles entregados son los bienes pignorados" (art. 425).

Constitución de una prenda sobre bienes muebles. "Para constituir una prenda, las partes deberán celebrar por escrito un contrato de prenda. Un contrato de prenda generalmente contiene las siguientes cláusulas: 1) el tipo y monto de la reclamación garantizada; 2) el plazo para que el deudor cumpla la obligación; 3) detalles tales como el nombre y la cantidad de la propiedad dada en prenda; 4) el alcance de la garantía cubierta; y 5) el tiempo y el modo de la entrega de la propiedad dada en prenda" (art. 427).

Prenda sobre un derecho. "Pueden darse en prenda los siguientes derechos, los cuales el deudor o un tercero tiene derecho a disponer: 1) letras de cambio, pagarés y cheques; 2) bonos y certificados de depósito; 3) recibos de almacén y conocimientos de embarque; 4) acciones y acciones de fondos transmisibles;5) los derechos de propiedad transmisibles que constan en la propiedad intelectual, como el derecho al uso exclusivo de marcas registradas, derechos de patente y derechos de autor; 6) cuentas por cobrar existentes y adquiridas posteriormente; y 7) otros derechos patrimoniales que puedan ser pignorados de conformidad con las disposiciones de las leyes y reglamentos administrativos" (art. 440).

C. Libro Tercero. Contratos

El Libro Tercero se titula Contratos y se basa en la Ley de Contratos (1999). Tiene 526 artículos, distribuidos en 29 capítulos, los cuales se dividen en tres Títulos.

Definición de contrato. "Un contrato es un acuerdo para establecer, modificar o terminar una relación jurídica civil entre personas de derecho civil (art. 464, párrafo primero).

Protección legal y principio de relatividad de los contratos. "El contrato formado de conformidad con la ley está protegido por la ley. El contrato formado de acuerdo con la ley es legalmente vinculante solo para las partes, a menos que la ley disponga lo contrario" (art. 465).

Contratos innominados. "Para el contrato no previsto expresamente en este Código u otras leyes, se aplicarán las Disposiciones Generales de este Libro, y podrán aplicarse *mutatis mutandis* las disposiciones previstas en este Libro y otras leyes sobre el contrato más similar a dicho contrato" (art. 467, párrafo primero). Norma de aplicación necesaria. "Las leyes de la República Popular de China se aplicarán a los contratos de empresas mixtas de capital chino-extranjero, contratos de empresas mixtas contractuales chino-extranjeras o contratos de cooperación chino-extranjera en la exploración y explotación de recursos naturales que se realicen dentro del territorio de la República Popular de China" (art. 467, párrafo segundo).

Celebración de los contratos. "Las partes pueden celebrar un contrato por escrito, de palabra o en otras formas. Un escrito se refiere a cualquier forma que haga que el contenido del mismo se pueda representar en una forma tangible, como un acuerdo escrito, carta, telegrama, télex o facsímil. Un mensaje de datos en cualquier forma, como el intercambio electrónico de datos y correos electrónicos, que hace que el contenido del mismo pueda ser representado en una forma tangible y accesible para referencia y uso en cualquier momento se considerará como un escrito" (art. 469).

Contenido de un contrato. "El contenido de un contrato será acordado por las partes y generalmente incluye las siguientes cláusulas: 1) nombre o designación y domicilio de cada parte; 2) objetos; 3) cantidad; 4) calidad; 5) precio o remuneración; 6) período de tiempo, lugar y forma de ejecución; 7) responsabilidad por incumplimiento; y 8) resolución de disputas. Las

partes pueden celebrar un contrato con referencia a los distintos tipos de modelos de contratos" (art. 470).

Con base en los principios de equidad y buena fe, se establecen innovaciones para brindar mayor protección a los débiles jurídicos, como, por ejemplo, las referentes a las llamadas clausulas estándar. "Por cláusula estándar, se entiende la cláusula formulada de antemano por una de las partes con el propósito de uso repetido y que no ha sido negociada con la otra parte al celebrar el contrato. Al celebrar un contrato, cuando se utiliza una cláusula estándar, la parte que proporciona la cláusula estándar determinará los derechos y obligaciones de las partes de conformidad con el principio de equidad y, de manera razonable, llamará la atención de la otra parte sobre la cláusula sobre los principales intereses y preocupaciones de la otra parte, como una cláusula que exime o alivia la responsabilidad de la parte que proporciona la cláusula estándar, y dar explicaciones de dicha cláusula a solicitud de la otra parte. Cuando la parte que proporciona la cláusula estándar no cumple con la obligación antes mencionada de llamar la atención o dar explicaciones, lo que da como resultado que la otra parte no preste atención o no comprenda la cláusula relativa a sus principales intereses y preocupaciones, la otra parte puede alegar que dicha cláusula no se convierte en parte del contrato" (art. 496).

Responsabilidad precontractual. "En el curso de la celebración de un contrato, la parte que incurra en alguna de las siguientes circunstancias y cause un perjuicio a la otra parte, será responsable de la indemnización de daños y perjuicios: 1) con el pretexto de celebrar un contrato, realice consultas con intención maliciosa; 2) oculte intencionalmente hechos materiales o proporcione información falsa sobre la celebración del contrato; o 3) realice cualquier otro acto contrario al principio de buena fe" (art. 500).

Ejecución de los contratos. Principio *pacta sunt servanda* y principio de buena fe. "Las partes cumplirán íntegramente sus respectivas obligaciones contraídas. Las partes cumplirán con el principio de buena fe y cumplirán obligaciones tales como el envío de notificaciones, la prestación de asistencia y el mantenimiento de la confidencialidad de acuerdo con la naturaleza y objeto del contrato y el curso de las negociaciones" (art. 509, párrafo primero). Se introduce la prohibición de contaminar el ambiente y causar daños ecológicos, que será desarrollado en el Capítulo VII del Libro Séptimo. "Las partes evitarán desperdiciar los recursos, contaminar el medio ambiente o dañar la ecología en el curso de la ejecución del contrato" (art. 509, párrafo segundo).

Cláusula de excesiva onerosidad (*hardship*). Principio *rebus sic stantibus.* "Con posterioridad a la celebración de un contrato, cuando una condición fundamental sobre la cual se celebre el contrato se modifique significativamente, la cual sea imprevisible para las partes al celebrar el contrato y que no sea uno de los riesgos comerciales, si la continuación de la ejecución del contrato es evidentemente injusta para una de las partes, la parte perjudicada

puede volver a negociar con la otra parte; cuando no se pueda llegar a tal acuerdo dentro de un plazo razonable, las partes pueden solicitar al tribunal popular o a una institución de arbitraje que rectifique o rescinda el contrato. El tribunal popular o una institución de arbitraje rectificará o rescindirá el contrato de conformidad con el principio de equidad, teniendo en cuenta las circunstancias reales del caso" (art. 533).

Extinción de Derechos y Obligaciones bajo un Contrato. "El derecho de crédito o la obligación se extinguirá en cualquiera de las siguientes circunstancias: 1) la obligación ha sido cumplida; 2) las obligaciones se compensan entre sí; 3) el deudor ha colocado el objeto en depósito de conformidad con la ley; 4) el acreedor ha condonado la obligación; 5) el derecho de crédito y la obligación se fusionan para pertenecer a la misma persona; o 6) cualquier otra circunstancia en virtud de la cual se rescinda el acuerdo de las partes conforme a lo dispuesto por la ley o acordado por las partes. La relación de derechos y obligaciones bajo un contrato se extinguirá con la rescisión del contrato" (art. 557).

Rescisión de contratos. "Las partes pueden rescindir el contrato previo acuerdo mediante consulta. Las partes podrán convenir las causas de rescisión del contrato por una de las partes. Cuando surge una causa de rescisión del contrato, la parte que tiene derecho a la rescisión puede rescindir el contrato" (art. 562). "Las partes pueden rescindir el contrato en cualquiera de las circunstancias siguientes: 1) el propósito de un contrato no se puede lograr debido a fuerza mayor; 2) antes de la expiración del plazo de cumplimiento, una de las partes indica, expresamente o mediante su conducta, que no cumplirá la obligación principal; 3) una de las partes se retrasa en el cumplimiento de la obligación principal y sigue sin cumplirla dentro de un plazo razonable después de haber sido exigida; 4) una de las partes se retrasa en el cumplimiento de la obligación o comete otras violaciones contrato, por lo que hace imposible que se alcance el propósito del mismo; o 5) cualquier otra circunstancia prevista por la ley. Tratándose de un contrato en virtud del cual el deudor está obligado a cumplir continuamente una obligación por un plazo indefinido, las partes pueden rescindir el contrato en cualquier tiempo, siempre que se notifique a la otra parte dentro de un plazo razonable" (art. 563).

Responsabilidad por incumplimiento del contrato. "Cuando una parte no cumpla con su obligación contractual o su cumplimiento no se ajuste al acuerdo, asumirá la responsabilidad por incumplimiento del contrato, como continuar cumpliendo con sus obligaciones, tomar medidas correctivas o indemnizar las pérdidas" (art. 577).

Monto de la indemnización. "Cuando una de las partes incumpla su obligación contractual o su cumplimiento no se ajuste al contrato de manera que la otra parte sufra una pérdida, el monto de la indemnización será equivalente a la pérdida causada por el incumplimiento del contrato, incluidos los beneficios esperados a obtenerse si el contrato se hubiera cumplido, salvo que no podrá exceder de la pérdida que pueda causarse por el

incumplimiento que la parte incumplidora prevé o debería haber previsto en el momento de la celebración del contrato" (art. 584).

Acuerdo de indemnización por daños y perjuicios debido al incumplimiento del contrato. "Las partes pueden acordar que, en caso de incumplimiento de una de ellas, se pague a la otra una cierta cantidad por daños y perjuicios de acuerdo con las circunstancias del incumplimiento, o las partes pueden acordar el método de cálculo de la indemnización por pérdidas derivadas del incumplimiento. Cuando los daños y perjuicios acordados sean inferiores a la pérdida causada, el tribunal popular o una institución de arbitraje podrá aumentar la cantidad a petición de una de las partes. Cuando los daños y perjuicios acordados sean excesivamente superiores a la pérdida causada, el tribunal popular o una institución de arbitraje podrá hacer la reducción adecuada a petición de una de las partes. Cuando las partes acuerden los daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento, la parte incumplidora continuará cumpliendo la obligación después de pagar los daños y perjuicios" (art. 585).

En el Título II se regulan diecinueve contratos nominados:

1. Contrato de Compraventa. "El contrato de compraventa es aquel en virtud del cual el vendedor transfiere la propiedad de la cosa a un comprador que paga a cambio el precio" (art. 595). "El contrato de compraventa contiene, por lo general, cláusulas en las que se especifican el nombre, la cantidad, la calidad y el precio de la cosa, el tiempo, lugar y modo de ejecución, el embalaje, el estándar y métodos de inspección, el modo de pago, el idioma utilizado en el contrato, la validez del mismo, y otras cláusulas similares" (art. 596).

2. Contrato de Suministro de Energía Eléctrica, Agua, Gas o Calefacción. "Un contrato de suministro de energía eléctrica es un contrato en virtud del cual un proveedor proporciona energía eléctrica al consumidor que paga el precio a cambio. Un proveedor que suministre energía eléctrica al público no rechazará una solicitud razonable de un consumidor para celebrar un contrato" (art. 648). "Las disposiciones del contrato de suministro de energía eléctrica se aplicarán *mutatis mutandis* a los contratos de suministro de agua, gas o calefacción" (art. 656).

3. Contrato de Donación. "Contrato de donación es el contrato por el cual el donante da a título gratuito un bien propio al donatario, y el donatario manifiesta su aceptación de la donación" (art. 657). "El donante puede revocar la donación antes de la transmisión de los derechos sobre el bien donado. Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará a un contrato de donación notariado, ni a un contrato de donación de interés público o de obligación moral que, de conformidad con la ley, no sea revocable, como un contrato de donación para asistencia en casos de desastre, asistencia de la pobreza, asistencia por discapacidad, o propósitos similares" (art. 658).

4. Contrato de Préstamo. "Un contrato de préstamo es un contrato en virtud del cual un prestatario toma prestado un préstamo de un prestamista y paga el préstamo con intereses

cuando vence el préstamo" (art. 667). "El contrato de préstamo se hará por escrito, salvo pacto en contrario para el préstamo entre personas naturales. Un contrato de préstamo generalmente contiene cláusulas que especifican el tipo de préstamo, tipo de moneda, propósito, monto, tasa de interés, plazo y método de pago" (art. 668). Aparentemente el contrato de préstamo tipificado se refiere al préstamo de dinero, el cual es una especie de mutuo. No se tipifican los dos contratos de préstamo (mutuo y comodato) presentes en los códigos civiles occidentales. Sin embargo, dichos contratos pueden celebrarse conforme al artículo 467, párrafo primero (*vid. supra*).

5. Contrato de Fianza. "El contrato de fianza es aquel en que el fiador y el acreedor convienen, con el fin de asegurar la ejecución de un crédito subyacente, que el fiador cumplirá la obligación o asumirá la responsabilidad cuando el deudor no la cumpla cuando se venza o se produce una circunstancia acordada por las partes" (art. 681). "El contrato de fianza es un contrato accesorio subordinado a un contrato principal de crédito-obligación. Si el contrato principal es inválido, el contrato de fianza es inválido, a menos que la ley disponga lo contrario. Cuando se determine que un contrato de fianza es inválido, el deudor, el fiador o el acreedor que hayan incurrido en culpa, serán cada uno responsables civilmente en proporción a su respectiva culpa" (art. 682). "Ninguna persona jurídica de un órgano del Estado podrá actuar como fiador, salvo que un órgano del Estado pueda, previa aprobación del Consejo de Estado, actuar como fiador en el représtamo de los préstamos concedidos por un gobierno extranjero o una organización económica internacional. Ninguna persona jurídica sin fines de lucro constituida con fines de interés público u organización sin personalidad jurídica podrá actuar como fiador" (art. 683). De esta manera, se establecen prohibiciones para ciertas personas jurídicas de servir como fiadores.

6. Contrato de Arrendamiento. "Contrato de arrendamiento es el contrato por el cual el arrendador entrega la cosa arrendada al arrendatario para su uso o para la obtención de un producto, por el cual el arrendatario paga la renta" (art. 703). "El contrato de arrendamiento generalmente contiene cláusulas que especifican el nombre, la cantidad, el destino del uso de la cosa arrendada, el término del arrendamiento, la renta y el plazo y forma de su pago, y el mantenimiento de la cosa arrendada, y otras cláusulas similares" (art. 704).

7. Contrato de Arrendamiento Financiero (*leasing*). "Un contrato de arrendamiento financiero es un contrato en virtud del cual un arrendatario selecciona una cosa arrendada y su vendedor, y un arrendador compra la cosa arrendada al vendedor seleccionado y se la proporciona al arrendatario para su uso, quien paga la renta a cambio" (art. 735). "El contrato de arrendamiento financiero generalmente contiene cláusulas que especifican el nombre, la cantidad, las especificaciones, las prestaciones técnicas y el método de inspección de la cosa arrendada, el plazo del arrendamiento, la composición de la renta, el plazo, el método y la moneda para el pago de la renta, la propiedad sobre la cosa arrendada al vencimiento del plazo,

y otras disposiciones" (art. 736)[12].

8. Contrato de factoraje (*factoring*). "El contrato de factoraje es el contrato por el cual un acreedor de cuentas por cobrar transfiere las cuentas por cobrar existentes o adquiridas con posterioridad a un factor que presta servicios tales como financiamiento, administración o cobro de cuentas por cobrar, garantía para el pago de un deudor de las cuentas por cobrar, y otros servicios similares" (art. 761). "El contrato de factoraje generalmente contiene cláusulas que especifican el tipo de negocio, alcance del servicio, plazo del servicio, información sobre el contrato de transacción subyacente y las cuentas por cobrar, los fondos de financiamiento a través del factoraje, la remuneración del servicio, las formas de pago del mismo, y otras cláusulas similares. El contrato de factoraje se hará por escrito" (art. 762)[13].

9. Contrato de Obra. "Un contrato de obra es un contrato en virtud del cual un contratista, de acuerdo con los requisitos de un cliente, completa un trabajo y entrega el producto del trabajo al cliente quien paga una remuneración a cambio. Un trabajo contratado incluye procesamiento, fabricación por pedido, reparación, reproducción, prueba, inspección y otros trabajos" (art. 770). "El contrato de obra generalmente contiene cláusulas que especifican el objeto, la cantidad y la calidad del trabajo, la remuneración del trabajo, el modo del trabajo, el suministro de materiales, el período de ejecución, la norma y método de inspección, y otros trabajos" (art. 771)[14].

10. Contrato para Proyecto de Construcción. "El contrato para proyecto de construcción es un contrato en virtud del cual un contratista lleva a cabo la construcción de un proyecto y el contratante paga el precio a cambio. Los contratos para proyectos de construcción incluyen contratos de prospección, diseño y construcción" (art. 788). De esta forma, se regula un tipo de contrato de obra específico para proyectos de construcción, lo cual responde al auge de las enormes construcciones presente actualmente en China.

11. Contrato de Transporte. "Contrato de transporte es aquél en virtud del cual un transportista o un porteador transporta un pasajero o mercancías desde el lugar de expedición hasta el destino convenido por las partes, y el pasajero, consignador o consignatario paga el

---

[12] En Venezuela, el arrendamiento financiero está definido en la Ley Instituciones del Sector Bancario (Gaceta Oficial No. 6.154 Extraordinario, 19 de noviembre de 2014), art. 58: "…se considera arrendamiento financiero la operación mediante la cual una arrendadora financiera adquiere un bien mueble o inmueble conforme a las especificaciones indicadas por el interesado, quien lo recibe para su uso, por un período determinado, a cambio de una contraprestación dineraria que incluye amortización del precio, intereses, comisiones y recargos previstos en el contrato".

[13] En Venezuela, el contrato de factoraje no tiene una regulación específica. Sin embargo, en el Manual de Términos Bancarios del Banco Provincial, 4ª Ed., junio 1992, se define el *factoring*: "Voz inglesa. Sistema de financiación consistente en la transmisión de créditos sobre clientes a una institución financiera que anticipa un tanto por ciento sobre el porcentaje de éstos y se ocupa de cobrarlos, asegurando o no el riesgo de fallidos o incobrables. El *factoring* permite al vendedor pasar a la financiera sus partidas pendientes de cobro inscritas en los libros, encargándose la financiera de recibir los cheques en pago y obligar a los morosos".

[14] En la versión inglesa del Código Civil se utiliza el término "*work contracts*", cuya traducción literal es "contratos de trabajo"; pero, la ley que regula los contratos de trabajo individual y colectivo es la Ley de Contrato de Trabajo (2008, enmendada en 2013).

pasaje o el flete" (art. 809). El contrato de transporte incluye el transporte de pasajeros (arts. 814-824), el transporte de mercancías (arts. 825-837) y el transporte multimodal (arts. 838-842).

12. Contrato de Tecnología. "El contrato de tecnología es un contrato celebrado por las partes para establecer sus derechos y obligaciones reciprocas sobre el desarrollo, transferencia, licencia, consulta o servicio de tecnología" (art. 843). "La celebración de un contrato de tecnología deberá ser conducente a la protección de los derechos de propiedad intelectual y al avance de la ciencia y la tecnología, y promoverá la investigación y el desarrollo, la transformación, la aplicación y la difusión de los logros de la ciencia y la tecnología" (art. 844). El contrato de tecnología incluye el desarrollo de tecnología (arts. 851-861), la trasferencia de tecnología y la licencia de tecnología (arts. 862-877), la consultoría tecnológica y el servicio tecnológico (arts. 878-887). Esta novedosa regulación del contrato de tecnología responde al actual desarrollo científico y tecnológico de China.

13. Contrato de Depósito. "El contrato de depósito es el contrato por el cual el depositario se queda con la cosa entregada por el depositante y la devuelve. Cuando un depositante realiza compras, comidas, alojamiento u otras actividades en el lugar del depositario y deposita un artículo en un lugar designado, se considera que el artículo está bajo la custodia del depositario a menos que las partes acuerden lo contrario o lo exija el curso de la negociación (Art. 888). "El depositante pagará la tarifa de depósito al depositario de conformidad con el contrato. Cuando no hubiere acuerdo entre las partes sobre la tarifa de depósito o el acuerdo no fuere claro, si no pudiere determinarse conforme a lo dispuesto en el artículo 510 de este Código, la cosa se entenderá puesta en depósito a título gratuito" (art. 889). "El contrato de depósito se forma con la entrega de la cosa que ha de guardarse en depósito, salvo pacto en contrario de las partes" (Art. 890). "En el contrato de depósito no gratuito, el depositante pagará la tarifa de depósito al depositario dentro del plazo convenido por las partes" (art. 902, párrafo primero).

14. Contrato de Almacenamiento. "Contrato de almacenamiento es el contrato en virtud del cual el almacenista guarda las mercancías entregadas por el depositante por las que el depositante paga la tarifa de almacenamiento" (art. 904). "El contrato de almacenamiento se forma cuando hay consenso de expresión de voluntad entre el almacenista y el depositante" (art. 905). "El recibo de almacenaje es una prueba para recoger las mercancías almacenadas. Cuando un recibo de almacenaje esté endosado por el depositante o un tenedor del recibo, y esté firmado o sellado por el almacenista, el derecho a recoger los bienes almacenados puede cederse a otra persona" (art. 910). El contrato de almacenamiento es parecido al contrato de depósito, pero tiene varias diferencias. El contrato de depósito es un contrato real, el contrato de almacenamiento es un contrato consensual. El contrato de depósito se presume gratuito y en caso de ser oneroso se pagara la tarifa dentro del plazo convenido. En el contrato de

almacenamiento, se paga la tarifa al entregar las mercancías al almacenista. Además, el recibo de almacenaje es un título para recoger las mercancías y si esta endosado por el depositante o el tenedor del recibo, y está firmado o sellado por el almacenista, el derecho a recoger los bienes almacenados se puede ceder a otra persona.

15. Contrato de Mandato. "El contrato de mandato es un contrato en virtud del cual el mandante y el mandatario convienen en que el mandatario tramitará los asuntos por el mandante" (art. 919). "El mandante puede encomendar específicamente a un mandatario el manejo de uno o varios asuntos, y también en general puede encomendar a un mandatario el manejo de todos sus asuntos" (art. 920).

16. Contrato de Servicio de Administración de Inmuebles. "Un contrato de servicio de administración de inmuebles es un contrato en virtud del cual un proveedor de servicios de administración de inmuebles proporciona servicios de administración de inmuebles tales como reparación y mantenimiento de edificios y sus instalaciones auxiliares, saneamiento ambiental, gestión y mantenimiento de ordenes relacionadas dentro del área de servicio de administración de inmuebles, y los propietarios pagan las tarifas de administración del inmueble. Los proveedores de servicios de administración de inmuebles incluyen empresas de servicios de administración de inmuebles y otros administradores" (art. 937). "El contrato de servicios de administración de inmuebles generalmente contiene cláusulas que especifican el contenido de los servicios, la calidad del servicio, las tarifas y los métodos de cobro de la tarifa del servicio, el uso de los fondos de mantenimiento, la administración y uso de los locales de servicio, la término del servicio, el traspaso del servicio, y otras cláusulas similares. El compromiso de servicio hecho públicamente por un proveedor de servicios de administración de inmuebles a favor de los propietarios será parte integrante del contrato de servicios de administración de inmuebles. El contrato de servicio de administración de inmuebles se hará por escrito" (art. 938).

17. Contrato de Agencia. Contrato de agencia es el contrato en virtud del cual un agente realiza en su propio nombre actividades de comercio por cuenta de un cliente que paga a cambio una remuneración (art. 951). Los gastos en que incurra el agente en la tramitación de los asuntos encomendados, serán de cuenta del corredor, salvo pacto en contrario de las partes (art. 952).[15]

18. Contrato de Corretaje. "Un contrato de corretaje es un contrato en virtud del cual un corredor informa al cliente la oportunidad de celebrar un contrato o proporciona servicios de

[15] El contrato de agencia no está tipificado en el ordenamiento jurídico venezolano. Sin embargo, se puede encontrar, por ejemplo, en la Ley 12/1992 del 27 de mayo (España): art. 1. "Contrato de agencia. Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones".

mediación para la celebración de un contrato, por los cuales el cliente paga una remuneración" (art. 961). "El corredor deberá informar verazmente al cliente de los asuntos relacionados con la celebración del contrato. Cuando un corredor oculte intencionalmente hechos importantes en relación con la celebración del contrato o proporcione información falsa sobre los mismos, perjudicando así los intereses del cliente, no podrá solicitar una remuneración y asumirá la responsabilidad de la indemnización" (art. 962)[16].

19. Contrato de Sociedad. "El contrato de sociedad es un acuerdo entre dos o más socios para compartir beneficios y asumir riesgos por una empresa conjunta" (art. 967). "El socio cumplirá su obligación de aportar capital de acuerdo con la forma, cuantía y plazo de pago previstos en el contrato" (art.968).

En el Título III se regulan dos cuasicontratos

Gestión de Negocios. "Cuando una persona que no tenga obligación legal ni contractual actúe como gestor para administrar el negocio de otra persona a fin de evitar que ésta sufra una pérdida de intereses, ésta podrá pedir al beneficiario que le reembolse los gastos necesarios en que haya incurrido de eso. Cuando dicho gestor sufra pérdidas al administrar los asuntos de otra persona, el gestor puede solicitar al beneficiario que realice una compensación adecuada. Cuando la administración de los asuntos ajenos sea contraria a la verdadera voluntad del beneficiario, el gestor no tendrá el derecho previsto en el párrafo anterior, a menos que la verdadera voluntad del beneficiario sea contraria a la ley o al orden público o a las buenas costumbres" (art. 979).

Enriquecimiento sin Causa. "Cuando una persona se enriquezca sin causa y sin base legal, el que así sufre una pérdida tiene derecho a pedir al enriquecido que le devuelva el beneficio, salvo que concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1) el pago se realiza para cumplir una obligación moral; 2) el pago se hace para satisfacer una obligación aún no vencida; o 3) el pago se hace a una obligación sabiendo que no hay obligación de pagar" (art. 985). Por lo tanto, se excluyen los supuestos de pago de obligaciones naturales, obligaciones no vencidas y obligaciones en las cuales no hay obligación de pagar, para la repetición del pago.

D. Libro Cuarto. Derecho de la Personalidad

Libro Cuarto se titula Derechos de la Personalidad. Está compuesto de 51 artículos, distribuidos en 5 Capítulos. A diferencia de los otros Libros, este Libro no está basado en una ley específica, sino sobre leyes, reglamentos administrativos e interpretaciones jurídicas. En consecuencia, la incorporación de los Derechos de la Personalidad como un Libro

[16] El contrato de corretaje tampoco está definido en el ordenamiento jurídico venezolano. Sin embargo, en el Código de Comercio se define a los corredores en el art. 66: "Los corredores son agentes de comercio que dispensan su mediación a los comerciantes para facilitarles la conclusión de sus contratos".

independiente constituye una innovación en la legislación china. Este Libro contiene varias novedades en cuanto al derecho al nombre, a la imagen propia, al honor, incluyendo reglas sobre el uso de la imagen y el nombre en los medios de comunicación e internet.

Definición de los derechos de la personalidad. "Son derechos de la personalidad los derechos que gozan las personas de derecho civil, tales como el derecho a la vida, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la salud, el derecho al nombre, el derecho al nombre comercial, el derecho a la imagen propia, el derecho a la reputación, el derecho al honor, el derecho a la privacidad, y otros derechos que disfrutan las personas de derecho civil. Además de los derechos de la personalidad previstos en el párrafo anterior, una persona natural goza de otros derechos e intereses de la personalidad derivados de la libertad personal y la dignidad humana" (art. 990).

Derecho a la integridad personal respecto a la donación de partes anatómicas del cuerpo humano y prohibición de comercialización de las mismas. "La persona con plena capacidad para realizar actos jurídicos civiles tiene derecho a tomar una decisión voluntaria conforme a la ley para donar sus células, tejidos, órganos y restos. Ninguna organización o individuo puede obligar, engañar o inducir a la persona para donaciones similares. El consentimiento de una persona con plena capacidad para realizar actos jurídicos civiles para ser donante de los mismos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior, deberá hacerse por escrito o mediante testamento. Cuando una persona natural, durante su vida, no se haya opuesto a ser donante de la misma después de su muerte, su cónyuge, hijos mayores de edad y padres podrán, a su muerte, decidir conjuntamente hacer la donación, y tal decisión se hará por escrito" (art. 1006). "Queda prohibida cualquier forma de compra o venta de células, tejidos, órganos o restos humanos. Cualquier compra o venta en violación del párrafo anterior es nula" (art. 1007).

Regulación legal de las investigaciones biomédicas y prohibición de violación de principios bioéticos. "La actividad de investigación médica y científica relacionada con genes humanos, embriones, etc., se realizará de conformidad con las disposiciones pertinentes de las leyes, reglamentos administrativos y reglamentos del Estado, y no pondrá en peligro la salud humana, violar la ética y la moral, o perjudicar los intereses públicos" (art. 1009).

Mayor protección contra el acoso sexual. Actualmente hay tres sitios específicos donde se aplican las leyes contra el acoso sexual: escuela, empresas y órganos del Estado. Anteriormente solo se aplicaban a las unidades del trabajo del empleador. "La persona que ha sido acosada sexualmente en contra de su voluntad en forma verbal, por escrito, imágenes, actos físicos, etc., tiene derecho a solicitar al autor que asuma la responsabilidad civil conforme a la ley. Los órganos del Estado, las empresas, las escuelas y demás organismos deberán tomar las medidas razonables, aceptar y conocer las denuncias, investigar y tramitar los casos, y tomar otras medidas similares para prevenir y detener el acoso sexual realizado por una persona

aprovechándose de su posición y poder o una relación superior-subordinado, y otros tipos de acoso sexual" (art. 1010).

Derecho a la imagen propia y su protección. "La persona natural goza del derecho a la imagen propia, y tiene derecho a hacer, usar, publicitar o autorizar a otros a usar su imagen de conformidad con la ley. La imagen propia es una imagen externa de una persona natural específica reflejada en grabaciones de video, esculturas, dibujos u otros medios por los cuales la persona puede ser identificada" (art. 1018). "Ninguna organización o individuo podrá infringir el derecho a la imagen propia de otra persona difamando, desfigurando, o falsificando la imagen de la otra persona mediante el uso de tecnología de la información. Salvo disposición legal en contrario, nadie podrá hacer, utilizar o publicitar la imagen del titular del derecho sin el consentimiento de éste. Sin el consentimiento de la persona que tenga el derecho a la imagen propia, la persona que tenga un derecho sobre las obras de la imagen de la persona anterior no podrá usar ni publicitar dicha imagen por medios tales como la publicación, la duplicación, la distribución, el arrendamiento o la exhibición de la misma" (art. 1019). "Para el uso autorizado de nombres se aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones pertinentes sobre el uso autorizado de imagen propia. Para la protección de las voces de personas naturales se aplicarán *mutatis mutandis* las disposiciones pertinentes sobre la protección del derecho a la imagen propia" (art. 1023). De esta forma, el uso del nombre y la voz de una persona natural están igualmente protegidos.

Derecho a la reputación y calificación crediticia. "La persona de derecho civil goza del derecho a la reputación. Ninguna organización o individuo puede infringir el derecho a la reputación de otros mediante insulto, difamación o acciones similares. La reputación es una evaluación social del carácter moral, el prestigio, el talento y el crédito de una persona de derecho civil" (art. 1024). "Una persona de derecho civil puede indagar sobre su propia calificación crediticia de conformidad con la ley, y tiene derecho a presentar una objeción y solicitar que se tomen las medidas necesarias tales como corrección y supresión, cuando encuentre que la calificación crediticia es incorrecta. Los evaluadores del crédito verificaran la objeción sin demora y, si el reclamo está fundamentado, tomarán las medidas necesarias de manera oportuna" (art. 1029).

Derecho a la privacidad. "La persona natural goza del derecho a la privacidad. Ninguna organización o persona puede infringir el derecho a la privacidad de otra persona mediante espionaje, intrusión, revelación o divulgación. La privacidad es la vida privada sin perturbaciones de una persona natural y su espacio privado, actividades privadas e información privada que no están dispuestas a ser conocidos por otros" (art. 1032).

Protección de datos personales. Actualmente, la protección de los datos personales es de gran importancia en China, debido al rápido crecimiento de las Tecnologías de la

Información y las Comunicaciones (TIC) en el país. "Los datos personales de una persona natural están protegidos por la ley. Los datos personales son los datos registrados electrónicamente o de otra manera que pueden usarse, por sí solos o en combinación con otros datos, para identificar a una persona natural específica, incluidos los nombres de la persona natural, fecha de nacimiento, número de identificación, información biométrica, dirección residencial, número de teléfono, dirección de correo electrónico, información de salud, paradero, y otros datos de la persona. A los datos personales privados se le aplicarán las disposiciones sobre el derecho a la privacidad o, en su defecto, las disposiciones sobre protección de datos personales" (art. 1034).

E. Libro Quinto. Matrimonio y Familia

El Libro Quinto se titula Matrimonio y Familia. Contiene 79 artículos distribuidos en cinco Capítulos. Reemplaza la Ley de Matrimonio (1980) y la Ley de Adopción (1991). Este Libro refleja una visión tradicional confuciana y la voluntad política de fomentar y proteger la institución familiar.

Obligación de proteger los valores familiares. "Las familias establecerán buenos valores familiares, promoverán las virtudes familiares y realzarán el civismo familiar. El esposo y la esposa deben ser leales el uno al otro, respetarse y cuidarse mutuamente. Los miembros de la familia deberán respetar a los ancianos, cuidar a los jóvenes, ayudarse mutuamente y mantener una relación conyugal y familiar de igualdad, armonía y urbanidad" (art. 1043).

Matrimonio monógamo y heterosexual, prohibición de coacción, edad mínima para casarse y registro de matrimonio. "El hombre y la mujer contraerán matrimonio libre y voluntariamente. Ninguna de las partes puede obligar a la otra parte a contraer matrimonio en contra de su voluntad, y ninguna organización o individuo puede interferir con la libertad del matrimonio" (art. 1046). "Para contraer matrimonio, el hombre debe tener veintidós años y la mujer veinte" (art. 1047). "Tanto el hombre como la mujer que pretendan contraer matrimonio deberán presentar la inscripción del matrimonio en persona ante una autoridad de registro de matrimonio. Si se determina que el matrimonio propuesto se ajusta a las disposiciones de este Código, se registrará el matrimonio y se expedirá un certificado de matrimonio. Una relación marital se establecerá una vez completado el registro de matrimonio. La pareja que no haya presentado un registro de matrimonio deberá completar el registro" (art. 1049). El Código no establece que las parejas del mismo sexo puedan solicitar el registro de matrimonio; por consiguiente, no se admite el matrimonio de tales parejas.

Obligación de un cónyuge de informar al otro en caso de enfermedad grave. "Si una persona oculta una "enfermedad grave" antes del matrimonio, su cónyuge tiene derecho a solicitar la anulación. Si uno de los contrayentes padece alguna enfermedad grave, deberá

informarle verazmente de tal enfermedad al otro contrayente antes de la inscripción del matrimonio; cuando dicha información no se proporciona con veracidad, la otra parte puede solicitar al tribunal popular la anulación del matrimonio. La solicitud de nulidad del matrimonio se hará en el plazo de un año, contado a partir de la fecha en que la parte contrayente conozca o deba conocer la causa de la nulidad" (art. 1053)

Régimen supletorio de gananciales. "Los siguientes bienes adquiridos por los cónyuges durante su matrimonio constituyen bienes gananciales y son de propiedad conjunta de los cónyuges: 1) sueldos y salarios, así como bonos y otras remuneraciones recibidas por los servicios prestados; 2) los ingresos obtenidos de la producción, la operación comercial y la inversión; 3) ganancias derivadas de los derechos de propiedad intelectual; 4) salvo disposición en contrario en el Subpárrafo (3) del artículo 1063 de este Código, bienes adquiridos por herencia o dados como regalo; y 5) otros bienes que serán de propiedad conjunta de los cónyuges. El marido y la mujer tienen los mismos derechos a la hora de disponer de los bienes gananciales" (art. 1062).

Bienes propios de cada cónyuge. "Constituyen bienes propios de uno de los cónyuges los siguientes bienes: 1) bienes prematrimoniales de uno de los cónyuges; 2) la compensación o indemnización recibida por uno de los cónyuges por los daños que se le hayan infligido; 3) bienes que pertenecen a un solo cónyuge según lo dispuesto en un testamento o contrato de donación; y 4) artículos utilizados exclusivamente por uno de los cónyuges para la vida diaria" (art. 1063).

Capitulaciones matrimoniales. "Un hombre y una mujer pueden convenir que sus bienes prematrimoniales y los que hayan de adquirir durante su matrimonio sean de su propiedad por separado o en común, o en parte en propiedad separada y en parte en común. El acuerdo se hará por escrito. Cuando no exista acuerdo o el acuerdo no sea claro, se aplicarán los artículos 1062 y 1063 de este Código. El acuerdo sobre sus bienes prematrimoniales y los bienes adquiridos durante el matrimonio es legalmente vinculante para ambas partes del matrimonio. Cuando los cónyuges acuerden que los bienes adquiridos durante el matrimonio sean de propiedad separada, la deuda contraída por uno de los cónyuges se pagará con sus bienes separados en la medida en que el tercero interesado tenga conocimiento de tal acuerdo" (art. 1065).

Derecho y deber de los padres de educar y proteger a sus hijos menores, y responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos menores. "Los padres tienen el derecho y el deber de educar y proteger a sus hijos menores. Cuando un menor cause daños a otros, sus padres serán responsables civilmente de conformidad con la ley" (art. 1068).

Se consagra el principio de unidad de la filiación. "Los hijos nacidos fuera del matrimonio tienen los mismos derechos que los nacidos dentro del matrimonio, y nadie podrá perjudicarlos o discriminarlos" (art. 1071, párrafo primero).

El divorcio puede ser por mutuo acuerdo y contencioso.

Divorcio por mutuo acuerdo y "periodos de reflexión". "Cuando el marido y la mujer convinieren en divorciarse, deberán concertar un acuerdo de divorcio por escrito y presentar personalmente el registro de divorcio ante la autoridad del registro de matrimonio. El acuerdo de divorcio deberá incluir la manifestación de voluntad de ambas partes de divorciarse voluntariamente y su acuerdo mutuo sobre asuntos tales como manutención de los hijos, separación de bienes y distribución de deudas" (art. 1076). "Cuando cualquiera de las partes no esté dispuesta a divorciarse, podrá retirar la solicitud de registro de divorcio dentro de los treinta días siguientes a la recepción de dicha solicitud por la autoridad de registro de matrimonio. Dentro de los treinta días siguientes al vencimiento del plazo previsto en el párrafo anterior, ambas partes deberán acudir personalmente a la autoridad del registro de matrimonio para solicitar la expedición del acta de divorcio, y de no hacerlo, se tendrá por desistida la solicitud de registro del divorcio" (art. 1077). El Código Civil instituye los llamados informalmente "períodos de reflexión" de un mes, aparentemente con el propósito de impedir que los cónyuges soliciten el divorcio impulsivamente.

Divorcio contencioso, mediación previa y causales de divorcio. "Cuando el esposo o la esposa solicitan unilateralmente el divorcio, una organización competente puede ofrecer mediación, o dicha persona puede solicitar el divorcio directamente ante el tribunal popular. El tribunal popular, durante el juicio de divorcio, ofrecerá mediación y concederá el divorcio si ya no existe afecto mutuo entre las dos partes y la mediación fracasa. Se concederá el divorcio cuando la mediación fracase en alguna de las siguientes circunstancias: 1) uno de los cónyuges comete bigamia o cohabita con otra persona; 2) uno de los cónyuges comete violencia doméstica o maltrata o abandona a un miembro de la familia; 3) uno de los cónyuges tiene malos hábitos como juegos de azar y abuso de drogas, y se niega a corregir tal comportamiento a pesar de las repetidas advertencias; 4) los cónyuges han estado separados por no menos de dos años completos debido a discordia marital; 5) existen otras circunstancias en las que ya no existe afecto mutuo entre los cónyuges. Cuando se declare la desaparición de uno de los cónyuges y la otra parte solicite el divorcio, se concederá dicho divorcio. Cuando, después de que se haya dictado una sentencia contra el divorcio y los cónyuges hayan estado separados por un año más, dicho divorcio se concederá cuando uno de los cónyuges solicite nuevamente el divorcio ante el tribunal popular" (art. 1079).

Caso especial de prohibición de divorcio. "El marido no puede solicitar el divorcio durante el embarazo de su mujer, dentro del año siguiente al parto de la mujer, o dentro de los seis meses siguientes a la terminación de su embarazo, a menos que la mujer solicite el divorcio o el tribunal popular lo considere necesario para conocer de la solicitud de divorcio hecha por el marido" (art. 1082).

Condiciones del menor para ser adoptado. "Pueden ser adoptados los siguientes menores: 1) un huérfano privado de padres; 2) un menor cuyos padres naturales no pueden ser rastreados; o 3) un menor cuyos padres naturales son incapaces de criarlo debido a dificultades inusuales" (art. 1093).

Condiciones para ser adoptante. "El adoptante potencial deberá reunir todas las condiciones siguientes: 1) no tener hijos o tener solo un hijo; 2) ser capaz de criar, educar y proteger al adoptado; 3) no padecer ninguna enfermedad que se considere médicamente incapacitada para ser un adoptante; 4) no tener antecedentes penales desfavorables al sano crecimiento del adoptado; y 5) cumplir la edad de treinta años" (art. 1098).

Adopción individual y adopción conjunta. "El adoptante sin hijos puede adoptar dos hijos, y el adoptante con un hijo puede adoptar sólo un hijo más" (art. 1100, párrafo primero). "Cuando una persona con cónyuge pretenda adoptar un hijo, la persona y su cónyuge adoptarán conjuntamente al hijo" (art. 1101).

Diferencia de edad entre adoptante y adoptado. "Cuando una persona sin cónyuge pretenda adoptar un hijo de distinto sexo, el adoptante deberá tener al menos cuarenta años más que el adoptado" (art. 1102).

Adopción internacional. "Los extranjeros podrán adoptar niños en la República Popular China de conformidad con la ley. La adopción de un niño por parte de un extranjero en la República Popular China estará sujeta a la revisión y aprobación de las autoridades competentes del país de residencia del extranjero de conformidad con la ley de ese país. El adoptante extranjero deberá presentar los documentos expedidos por las autoridades competentes de su país de residencia en los que consten datos personales tales como su edad, estado civil, ocupación, situación económica, condición física y si tiene antecedentes penales. El adoptante extranjero debe celebrar un acuerdo por escrito con la persona que da al niño en adopción y registrar la adopción personalmente en el departamento de asuntos civiles del gobierno popular a nivel de provincias, regiones autónomas o municipios directamente bajo el Consejo de Estado. Los documentos de certificación previstos en el párrafo anterior deberán ser legalizados por las autoridades diplomáticas del país en que resida el extranjero o por una agencia autorizada por dichas autoridades diplomáticas, y luego legalizados por la embajada o consulado de la República Popular China en dicho país, a menos que el Estado disponga lo contrario" (art. 1109).

Efectos de la adopción. "Al establecerse una relación adoptiva, se aplicarán a los derechos y deberes entre los padres adoptivos y los hijos adoptados, las disposiciones de este Código que rigen la relación padres-hijos. Las disposiciones de este Código que rigen las relaciones entre los hijos y los parientes cercanos de sus padres se aplicarán a los derechos y deberes entre los niños adoptados y los parientes cercanos de sus padres adoptivos. Al

establecerse una relación adoptiva, se extinguen los derechos y deberes derivados entre el adoptado y sus padres biológicos, así como los demás parientes cercanos de estos últimos" (art. 1111).

Disolución de una relación adoptiva. "Ningún adoptante puede disolver la relación adoptiva antes de que el adoptado haya alcanzado la mayoría de edad, a menos que exista acuerdo entre el adoptante y el que da al niño en adopción para disolver dicha relación. Cuando el adoptado tenga ocho años o más, deberá obtenerse su propio consentimiento. Cuando un adoptante no cumple con el deber de criar al adoptado o comete malos tratos, abandono u otros actos que atentan contra los derechos e intereses legítimos del menor adoptado, la persona que ha dado al niño en adopción tiene derecho a solicitar que la relación adoptiva se disuelva. Cuando el adoptante y la parte que ha dado a un niño en adopción no logran llegar a un acuerdo para la disolución de la relación adoptiva, cualquiera de las partes puede presentar una demanda ante el tribunal popular" (art. 1114).

F. Libro Sexto. Sucesión

El Libro Sexto se titula Sucesión. Contiene 45 artículos distribuidos en cuatro Capítulos.

Apertura de la sucesión. Sistema de premoriencia y sistema conmoriencia. "La sucesión comienza por la muerte del causante. Cuando dos o más personas con derecho a heredar el patrimonio de la otra mueren en el mismo incidente y es difícil determinar el momento de la muerte de cada persona, se presume que la persona sin ningún otro heredero ha fallecido antes que aquellos con otro(s) heredero(s). Cuando los citados fallecidos pertenezcan a distintas generaciones y todos tengan otro(s) heredero(s), se presume que la persona de la generación anterior ha fallecido antes que la de la generación más joven; o, cuando los causantes pertenezcan a la misma generación, se presume que han muerto simultáneamente y no se produce sucesión entre ellos" (art. 1121). Se aplica el sistema de conmoriencia, pero se presume que la persona de la generación anterior ha fallecido antes que la persona de la generación más joven.

Deferimiento. "Abierta la sucesión, se tramitará como intestada; si hubiere testamento, se tramitara de acuerdo al testamento o al legado; o si hay un pacto de manutención y legado se tramitara de acuerdo al pacto" (art. 1123). Según este artículo, la sucesión mortis causa tiene tres fuentes: la ley, el testamento y el pacto. La sucesión testamentaria tiene prelación sobre la sucesión intestada. El pacto como causa o título de sucesión *mortis causa*, tanto a título universal como a título particular, es admitido en los sistemas jurídicos romano germánico; por ejemplo, los artículos 2274-2302, CC alemán; los artículos 602, 1249 y 1251-1254, CC austríaco; y los artículos 481, 494-495 y 534-536, CC suizo. El ordenamiento jurídico venezolano no permite pactos sobre sucesiones futuras y, por lo tanto, no admite el contrato

como título de sucesión *mortis causa*, tal como se establece en los artículos 1156, 1022 y 1484, CC[17].

Causas de indignidad. "El heredero es desheredado si ha cometido alguno de los actos siguientes: 1) matar intencionalmente al ahora causante; 2) matar a cualquier otro heredero en la lucha por la herencia; 3) abandonar al ahora causante, o maltratarlo y las circunstancias son graves; 4) falsificar, manipular, ocultar o destruir el testamento, y las circunstancias son graves; o 5) mediante fraude o coacción, obligar o interferir con el testador a redactar, modificar o revocar un testamento, y las circunstancias son graves. Un heredero que haya cometido uno de los actos enumerados en los Subpárrafos (3) a (5) del párrafo anterior no será desheredado si verdaderamente se arrepintió y enmendó sus caminos, y fue perdonado por el ahora causante o fue nombrado posteriormente como uno de los herederos en el testamento del causante. El legatario que haya cometido el hecho enumerado en el primer párrafo de este artículo pierde su derecho a recibir el legado" (art. 1125).

Sucesión intestada. Orden de sucesión. "La herencia del causante se sucede en el orden siguiente: primeros en orden, cónyuge, hijos y padres; segundos en orden, hermanos, abuelos paternos y abuelos maternos. Cuando se abre la sucesión, el(los) heredero(s) primero(s) en orden heredarán con exclusión del(los) heredero(s) segundo(s) en orden. El o los herederos siguientes en orden heredarán en defecto de cualquier heredero primero en orden. Los "hijos" a los que se refiere este Libro incluyen los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los hijos adoptivos, así como los hijastros criados por el causante. Los "padres" a los que se hace referencia en este Libro incluyen a los padres consanguíneos y a los padres adoptivos, así como a los padrastros que criaron al causante. Los "hermanos" a los que se hace referencia en este Libro incluyen a los hermanos de doble conjunción y de simple conjunción, y los hermanos adoptivos, así como los hermanastros que mantuvieron o fueron mantenidos por el causante" (art. 1127).

Derecho de representación. "Cuando un hijo del causante muere antes que éste, los descendientes directos del hijo premuerto heredarán en representación. Cuando un hermano del causante muere antes que éste, los hijos del hermano premuerto heredarán en representación. Los herederos por representación generalmente solo pueden tomar la parte de la herencia por estirpes" (art. 1128).

Distribución de la herencia. "Los herederos en el mismo orden heredarán, en general, por partes iguales. Al distribuir una herencia, se tendrá debidamente en cuenta a un heredero que tenga especiales dificultades económicas y no pueda trabajar. Al distribuir un patrimonio, un heredero que haya hecho contribuciones predominantes para mantener al ahora causante, o

[17] López Herrera, Francisco, *Derecho de Sucesiones*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4ª ed. revisada y actualizada, 2006, Tomo I, p. 26.

que haya estado viviendo con el ahora causante, puede recibir una parte mayor. Al distribuir una herencia, un heredero que tenía la capacidad y estaba en condiciones de mantener al ahora causante pero no cumplió con el deber de alimentos no se le dará parte alguna o se le dará una parte menor. Los herederos pueden tomar partes desiguales previo acuerdo entre ellos" (art. 1130).

Sucesión testamentaria. "Una persona natural puede, al hacer un testamento de acuerdo con las disposiciones de este Código, disponer de su patrimonio y nombrar un albacea en el testamento. Una persona natural puede, mediante testamento, designar a uno o más de sus herederos estatutarios para heredar su patrimonio. Una persona natural puede, mediante testamento, donar su patrimonio al Estado o a una colectividad, a una organización o a un individuo distinto de su heredero estatutario. Una persona natural puede, de conformidad con la ley, crear un fideicomiso testamentario" (art. 1133). Se prevé por primera vez la figura del albacea testamentario.

Se admite el testamento ológrafo. "Es testamento ológrafo el escrito de puño y letra del testador y firmado por él, con expresión del año, mes y día de su otorgamiento" (art. 1134).

Testamento en forma de grabación de audio y video. "El testamento hecho en forma de grabación de audio o video debe ser certificado por dos o más testigos. El testador y los testigos harán constar su nombre o imagen propia en el acta y especificarán el año, mes y día de su realización" (art. 1137). Se admite por primera vez el testamento en forma de video.

Pacto de manutención y legado. "Una persona natural puede celebrar un pacto de manutención y legado con una organización o persona distinta del heredero. De acuerdo con el pacto, la organización o la persona distinta del heredero asume la obligación de cuidar a la persona natural durante su vida y asistir en su funeral después de su muerte, a cambio del derecho a recibir el legado" (art. 1158). Este pacto constituye otra novedad del Código.

Bona vacantia. "La herencia que no tenga heredero ni legatario, pasará al Estado para fines de interés público. Si el causante era miembro de una organización colectiva en el momento de su muerte, la herencia pasará a la organización colectiva" (art. 1160).

G. Libro Séptimo. Responsabilidad por Hechos Ilícitos

El Libro Séptimo se titula Responsabilidad por Hechos Ilícitos. Consta de 95 artículos distribuidos en diez Capítulos. Está basado en la Ley de Responsabilidad por Hecho Ilícito (2009).

Categorías de responsabilidad por hecho ilícito. Se puede dividir en tres categorías, según si la persona es culpable: 1) responsabilidad por culpa: "El agente que por su culpa infrinja los derechos e intereses civiles de otra persona, asumirá la responsabilidad por hecho ilícito" (art. 1165, párrafo primero); 2) responsabilidad por presunta culpa: "Cuando se presume que

un agente es culpable de acuerdo con las disposiciones de la ley y no puede probar que no es culpable, el agente asumirá la responsabilidad por hecho ilícito" (art. 1165, párrafo segundo); 3) responsabilidad objetiva: "Cuando un agente lesione los derechos e intereses civiles de otra persona, si la ley dispone que la responsabilidad por hecho ilícito recaerá sobre dicho agente, independientemente de que tenga o no culpa, se observarán tales disposiciones" (art. 1166).

Daños y perjuicios. Se describen los elementos de los daños patrimoniales indemnizables: el *damnum emergens* y el *lucrum cesans. "*Cuando una persona causa lesiones personales a otra persona, deberá indemnizar por: 1) los gastos razonables para el tratamiento y la rehabilitación, tales como gastos médicos, enfermería, transporte, alimentación, asignaciones de alimentos para la hospitalización y pérdida de ingresos debido a la falta de trabajo de la víctima; 2) si la victima queda discapacitada, la indemnización incluirá el costo del equipo de asistencia y la indemnización por discapacidad; 3) si la victima fallece, la indemnización incluirá los gastos del funeral y la indemnización por muerte" (art. 1179).

Daño no patrimonial. Los daños no patrimoniales constituyen un aspecto delicado de la responsabilidad extracontractual, tanto por su reconocimiento reciente como por la complejidad en su identificación y cuantificación que caracterizan este tipo de daños. "Si se inflige a una persona natural un daño corporal que le cause un daño emocional grave, la víctima tiene derecho a exigir una indemnización por el daño emocional. Si por culpa dolosa o grave se lesiona la integridad física o los intereses personales especiales de una persona natural, se causa un daño moral grave, la víctima tiene derecho a exigir una indemnización por el daño moral" (art. 1183). El término "daño no patrimonial" es empleado por la doctrina alemana e italiana, mientras que el término "daño moral" es difundido por la jurisprudencia francesa. Existen dos criterios que se disputan en la doctrina para caracterizar el daño moral: daño moral sería todo daño que no afecta el derecho o interés patrimonial (primer criterio de clasificación) o todo daño que no tiene consecuencias económicas (segundo criterio de clasificación)[18].

Daño a la propiedad ajena. "En caso de infracción de la propiedad ajena, el daño a la propiedad se calculará según el precio de mercado en el momento en que se produzca el daño o por otros métodos razonables" (art. 1184).

Violación de la propiedad intelectual y daños punitivos. "En caso de infracción dolosa de los derechos de propiedad intelectual de otra persona, cuando las circunstancias sean graves, la victima tiene derecho a solicitar los daños punitivos correspondientes" (art. 1185). Los daños punitivos se prevén en algunos sistemas jurídicos, como el anglosajón, y son una sanción adicional al agente material del daño[19]. Los daños punitivos en la responsabilidad por hechos

[18] Mélich Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 3ª ed. actualizada de la doctrina, jurisprudencia y legislación, 2006, Serie Estudios 45-46, p. 45.
[19] Pittier Sucre, Emilio, *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 1074.

ilícitos del derecho anglo-americano a veces son otorgados por el tribunal, en la ley de contrato china en algunos casos son otorgados por el legislador. El Código Civil introduce los daños punitivos por violación de la propiedad intelectual[20].

Responsabilidad del tutor. "Cuando una persona sin capacidad o con capacidad limitada para realizar actos jurídicos civiles causa daño a otra persona, el tutor de ésta asumirá la responsabilidad por hecho ilícito. La responsabilidad por hecho ilícito del tutor puede atenuarse si el tutor ha cumplido con su deber de tutela. Cuando una persona que tiene bienes pero no tiene o tiene capacidad limitada para realizar actos jurídicos civiles, causa daño a otra persona, la indemnización se pagará con sus propios bienes y cualquier deficiencia será satisfecha por el tutor" (art. 1188).

Responsabilidad de los proveedores de servicios de red. "Un proveedor de servicios de red sabe o debería saber sabido que un usuario de la red ha infringido los derechos e intereses civiles de otra persona al utilizar sus servicios de red, pero no toma las medidas necesarias, asumirá responsabilidad solidaria con el usuario de la red" (art. 1197).

Responsabilidad de los fabricantes y vendedores de productos. "Cuando el defecto de un producto cause daño a otra persona, el fabricante asumirá la responsabilidad por hecho ilícito" (art. 1202). "Cuando el defecto de un producto cause daño a otra persona, la victima podrá reclamar una indemnización al fabricante o al vendedor del producto. Cuando el defecto es causado por el fabricante, el vendedor que ha pagado una indemnización tiene derecho a recuperarlo del fabricante. Cuando el defecto es causado por culpa del vendedor, el fabricante que ha pagado una indemnización tiene derecho recuperarlo del vendedor" (art. 1203).

Responsabilidad por accidentes de tránsito de vehículos de motor. "Cuando el propietario, administrador o usuario de un vehículo automotor no sean la misma persona en situaciones de arrendamiento, préstamo, etc., y ocurra un accidente de tránsito y cause daños a otra persona, el usuario del vehículo automotor será responsable de la indemnización cuando la responsabilidad se atribuya al conductor del vehículo de motor, y el propietario o administrador del vehículo que tenga la culpa asumirá la correspondiente responsabilidad de la indemnización" (art. 1209).

Responsabilidad por mala práctica médica. "Cuando un paciente sufra daños durante el diagnóstico y tratamiento médico, y la institución médica o su personal médico sea culpable, la institución médica asumirá la responsabilidad de la indemnización" (art. 1218).

Responsabilidad por contaminación ambiental y daño ecológico. Este es uno de los Capítulos de mayor relevancia en el Código, hasta el punto de que se le ha calificado como un "código civil verde". "Cuando la contaminación ambiental o el daño ecológico cause daño a otros, el agente de la contaminación será responsable del hecho ilícito" (art. 1229). "En

[20] Herbots, Jacques Henri, The Chinese new Civil Code and the law of contract, en: *China-EU Law Journal*, 2021, No. 7, pp. 39 ss.

cualquier controversia que se derive de la contaminación ambiental o del daño ecológico, corresponde al agente la carga de la prueba de que no es responsable o que su responsabilidad puede ser atenuada según lo dispuesto en la ley, y que no existe una relación de causalidad entre su acto y el daño" (art. 1230).

Violación de las leyes estatales. "Cuando se cause un daño ecológico por una violación de las disposiciones del Estado, los organismos autorizados por el Estado o los organismos autorizados por la ley tienen derecho a solicitar al agente del daño una indemnización por las siguientes pérdidas y gastos: 1) pérdidas causadas por daños a las funciones de servicio desde el momento en que se daña el medio ambiente ecológico hasta la finalización de la reparación; 2) pérdidas causadas por daños permanentes a la función del medio ambiente ecológico; 3) gastos de investigación, avalúo y evaluación de los daños al medio ambiente ecológico; 4) gastos para limpiar la contaminación y reparar el medio ambiente ecológico; y 5) otros gastos razonables incurridos para evitar que ocurra o se agrave el daño (art. 1235).

Responsabilidad por actividades ultrapeligrosas. La persona que se dedique a operaciones ultrapeligrosas y con ello cause daño a otra persona, incurrirá en responsabilidad por hecho ilícito" (art. 1236).

Responsabilidad por daños causados por animales domésticos. "Cuando un animal doméstico cause daño a otra persona, el guardián o custodio del animal asumirá la responsabilidad por hecho ilícito, pero su responsabilidad pueda ser atenuada o eliminada si se prueba que el daño es causado por la victima intencionalmente o por negligencia grave" (art. 1245).

Responsabilidad por objetos arrojados. "Está prohibido arrojar objetos desde el interior de un edificio. Cuando un objeto arrojado desde el interior de un edificio o que se cae de un edificio causa daño a otra persona, el autor del daño asumirá la responsabilidad por hecho ilícito de conformidad con la ley. Cuando sea difícil identificar al autor del daño específico después de la investigación, cualquier usuario del edificio que pueda haber causado el daño deberá hacer una indemnización, a menos que pueda probar que no es el autor del daño. El usuario del edificio que haya pagado una indemnización tiene derecho a la indemnización contra el causante del daño" (art. 1254, párrafo primero). En el Código se impone la obligación al Estado de investigar a fin de encontrar al culpable. En caso de no poderse identificar al mismo, el usuario del edificio que haya pagado una indemnización, tendrá derecho de recuperar la indemnización del verdadero causante del daño, una vez que sea encontrado posteriormente.

IV. Conclusiones

El Código Civil es el instrumento legal más importante de un Estado, después de la Constitución., puesto que regula las relaciones sociales de todas las personas desde su nacimiento hasta su muerte. Con la promulgación de su primer Código Civil desde la fundación

de la República Popular de China, se ha marcado un hito en la historia jurídica de ese Estado. Es el proyecto de ley más completo en la historia de la República Popular de China. Ha tardado unos 66 años en compilarse y codificarse, dado que las condiciones ahora están maduras para una mayor protección legal en todas las dimensiones de la sociedad.

Antes de la promulgación de un código civil unificado, China desarrolló un sistema de derecho civil de retazos con legislación fragmentada. Los legisladores pasaron años revisando, integrando y actualizando las diversas leyes sobre las cuales se basa el Código. Pero redactar un código civil efectivo no solo implica consolidar las leyes existentes, sino que también requiere un estudio cuidadoso de las reformas previas al sistema de derecho civil de China y una deliberación sobre cómo alinear el sistema legal para mantener el ritmo de la rápida modernización social y económica. Este Código responde al actual desarrollo social, económico, científico y tecnológico de China.

La promulgación del Código Civil marca un paso clave en la reforma judicial de China y la búsqueda del estado de derecho, por ejemplo, con la inclusión de un novedoso Libro sobre Derechos de la Personalidad se amplían y se desarrollan los derechos de los ciudadanos ya consagrados en el Capítulo II (Derechos y Deberes Fundamentales de los Ciudadanos) de la Constitución vigente. El énfasis en los Derechos de la Personalidad refleja la necesidad de hacer frente a los desafíos que surgen con las nuevas tecnologías, como la recopilación de datos, el reconocimiento biométrico y la edición de genes.

El Código Civil describe claramente los derechos de los ciudadanos que están bajo protección legal y que deben ser respetados por el Estado. Sin embargo, la capacidad, la sabiduría y la sensatez de los jueces y los tribunales pondrán a prueba el Código Civil para mostrar su impacto real en la práctica. En el presente trabajo se ha hecho referencia a algunos artículos del Código, debido a las limitaciones de espacio. Se prevé publicar otros trabajos donde se analizarán con más detalle cada uno de los Libros.

Notas preliminares sobre la eficacia y reconocimiento en Venezuela de divorcios notariales extranjeros: Su impronta en la región y las instituciones generales del Derecho internacional privado

Wilfredo Monsalve García[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 311-326.

Resumen

La diáspora venezolana ha ocasionado que nuestros nacionales se encuentren dispersos en diversos países del mundo. No obstante, esto no implica la paralización del desarrollo de sus vidas personales en el extranjero. Al contrario, los matrimonios y divorcios con elementos de extranjería relevantes se han vuelto mucho más frecuentes en el tráfico jurídico. Nos preguntamos si la marcada tendencia de los sistemas jurídicos regionales hacia la desjudicialización del divorcio tiene impacto sobre el reconocimiento y ejecución en Venezuela de estos actos jurídicos. Motivados por el deseo de obtener respuestas ante estas interrogantes analizaremos, en particular, el reconocimiento y eficacia en Venezuela de los divorcios notariales dictados en el extranjero a la luz de las instituciones generales del Derecho internacional privado.

Abstract

The Venezuelan diaspora has caused our nationals to be dispersed in various countries around the world. However, this does not imply the paralysis of their personal lives abroad. On the contrary, marriages, and divorces involving relevant foreign elements have become much more frequent in legal proceedings. We wonder if the strong trend of regional legal systems toward the dejudicialization of divorce has an impact on the recognition and enforcement in Venezuela of these legal acts. Motivated by the desire to obtain answers to these questions, we will analyze the recognition and effectiveness in Venezuela of notarial divorces issued abroad in light of the general institutions of Private International Law.

Palabras clave

Derecho procesal civil internacional; divorcio notarial; instituciones generales de Derecho internacional privado; exequátur

Keywords

International civil procedural law. Notarial divorce. General institutions of Private International Law. Exequatur.

Sumario

I. El inicio. II. Divorcio notarial. III. El problema. A. Naturaleza del acto: ¿un problema de calificación? B. Eficacia en Venezuela de los actos extranjeros de divorcio notarial. C. Situaciones jurídicas válidamente creadas o derechos adquiridos. IV. Decisiones. V. Desenlace.

I. El inicio

Luce apropiado iniciar estas líneas recordando las palabras del ilustre jurista Dr. Joaquín Sánchez Covisa, escritas con ocasión de la Sexta Conferencia Internacional de Abogados, celebrada en la ciudad de Oslo, Noruega, entre el 23 y 28 de julio de 1956: "Una eficacia

[*] Abogado (UCV). Admitido en la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV) y la Especialización en Derecho Procesal (UCV). Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Cofundador de la Red de Jóvenes de la Asociación Venezolana de Arbitraje. Socio Correspondiente Extranjero -40 del Club Español del Arbitraje.

incondicionada de las sentencias extranjeras de divorcio constituye en efecto, una peligrosa amenaza para la recta ordenación de la institución matrimonial, en la cual están interesados los más elevados principios éticos de la vida colectiva"[1]. Sin embargo, el Dr. Sánchez Covisa indica de inmediato que "una excesiva limitación de esa eficacia ocasiona resultados insostenibles"[2].

De modo que las aproximaciones que presentamos en las páginas siguientes no son más que la búsqueda del equilibrio entre ambos puntos de vista. Intentaremos conseguir —de ser posible— un punto de balance entre algunas de las instituciones generales del Derecho internacional privado y la realidad de las relaciones personales del individuo.

Varias cosas han cambiado desde que el Dr. Sánchez Covisa escribió su valioso estudio. Una de ellas es que, para ese momento, Venezuela se caracterizaba por recibir "un constante aporte humano inmigratorio procedente de los más diversos países del mundo"[3]. Ahora, en cambio, son los venezolanos quienes se encuentran repartidos por el mundo, debido a la diáspora causada por factores bien conocidos entre nosotros. Sin duda, la nueva realidad migratoria de los venezolanos tiene un importante impacto en el Derecho internacional privado[4].

Otra aspecto que cambió fue la impronta rígida que otrora estaba presente en la institución del divorcio y que actualmente —guste o no— ha sido relajada mediante la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en contra de la cual se han proferido justificadas críticas, especialmente en lo relativo a la violación del procedimiento constitucionalmente establecido para la modificación de leyes.

De tal suerte que ahora se plantea la posibilidad de reconocer la eficacia en Venezuela de actos extranjeros, distintos a una sentencia, mediante los cuales se declara la disolución del vínculo matrimonial. A tales fines, quizá sea pertinente flexibilizar la definición clásica del divorcio según la cual "es la disolución legal del matrimonio en vida de ambos cónyuges, como consecuencia de un pronunciamiento judicial dirigido precisamente a ese fin"[5].

II. El divorcio notarial

El divorcio notarial es una forma de disolución del vínculo matrimonial reconocida en varios ordenamientos jurídicos, que permite a los cónyuges tramitar el divorcio ante una autoridad notarial en lugar de hacerlo ante una autoridad jurisdiccional.

---

[1] Sánchez Covisa, Joaquín, La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio, en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 328 ss., especialmente p. 331.
[2] *Ídem*.
[3] *Ídem*.
[4] Hernández-Bretón, Eugenio, La fractura de la familia venezolana ante el Derecho internacional privado, en: *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 249 ss., especialmente p. 271.
[5] López Herrera, Francisco, *Derecho de Familia*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 167.

Esta corriente, calificada por algunos como una ola expansiva[6], ha calado en varios de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos. De esta manera, se ha consolidado una tendencia que apunta hacia la desjudicialización del divorcio.

En Brasil, el artículo 3 de la Ley 11.141 del 4 de enero de 2007 modificó el artículo 1.124-A de la Ley No. 5.869 del Código de Procedimiento Civil de 1973 y permitió la realización de separaciones y divorcios de mutuo acuerdo por medio de una escritura pública, siempre y cuando no existan hijos menores o dependientes de la pareja y se cumplan los plazos legales establecidos. Asimismo, la referida modificación estableció que la escritura pública deberá incluir detalles sobre la descripción y distribución de los bienes comunes, la pensión alimenticia y el acuerdo sobre el nombre a utilizar después de la disolución del matrimonio. Otro aspecto relevante de esta modificación es que se estableció que la escritura no requerirá la aprobación de un juez y será suficiente para el registro civil y el registro de propiedades.

En Colombia, el artículo 34 de la Ley 962 del 8 de julio de 2005 establece que los cónyuges pueden convenir, mediante un abogado, un acuerdo de divorcio ante un notario mediante escritura pública, para poner fin a los efectos civiles de su matrimonio religioso y civil. Este acuerdo tendrá los mismos efectos que un divorcio dictado por una autoridad judicial. Sólo en casos donde existan hijos menores, el Defensor de Familia debe ser notificado para que brinde su opinión sobre la protección de los hijos menores.

En Cuba, el Decreto-Ley No. 154 del 6 de septiembre de 1994 establece en el artículo 1 que el divorcio notarial procederá cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos, siempre que no exista un dictamen en contra emitido por el fiscal. En caso de no haber acuerdo entre los cónyuges o de existir un dictamen en contra del fiscal que no sea salvado, el divorcio deberá tramitarse por la vía judicial.

Por otra parte, el artículo 9 establece que la escritura notarial que declare el divorcio tendrá fuerza ejecutiva directa e inmediata y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre diversos aspectos, tales como: i) la disolución del vínculo matrimonial, ii) la conservación de la patria potestad sobre los hijos menores comunes, iii) la guarda y cuidado de los hijos menores comunes, iv) la cuantía de la pensión a conceder a los hijos menores comunes y al ex cónyuge, en su caso, v) el régimen de comunicación del padre/madre no custodio con los hijos menores, vi) el destino de la vivienda, si corresponde, y vii) las advertencias legales sobre la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en caso de que se declinen derechos al respecto.

En Ecuador, el ordinal 22 del artículo 18 de la Ley Notarial del 11 de noviembre de 1966 establece que los notarios pueden tramitar divorcios por mutuo consentimiento, siempre

---

[6] Pérez Gallardo, Leonardo, Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial, en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 2009, No. 27, pp. 331 ss., especialmente p. 334.

y cuando los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para ello, los cónyuges deben expresar en el petitorio, bajo juramento, su deseo de disolver el vínculo matrimonial y estar representados por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo con lo establecido en el artículo 107 del Código Civil de Ecuador.

En México, el artículo 272 del Código Civil del Distrito Federal —reformado el 18 de julio de 2018— establece que es posible tramitar un divorcio administrativo cuando ambos cónyuges acuerdan divorciarse, han liquidado su sociedad conyugal de bienes si están casados bajo ese régimen patrimonial y la cónyuge no está embarazada. Además, no deben tener hijos menores de edad que requieran alimentos y ambos cónyuges deben ratificar su solicitud de divorcio ante el Juez del Registro Civil[7], quien los identificará y, posteriormente, emitirá un acta en la que se declarará el divorcio y se anotará en el registro de matrimonio.

En Nicaragua, el artículo 159 del Código de Familia establece que los cónyuges, en caso de no tener hijos menores de edad o discapacitados, ni bienes en común, pueden acudir a un notario público, que tenga al menos diez años de experiencia, para que disuelva su matrimonio. El mismo artículo establece que si los cónyuges tienen bienes en común y están de acuerdo en su distribución, el notario puede disolver su matrimonio, siempre que se consigne dicho acuerdo en una escritura pública.

En Perú, la Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías (Ley No. 29.227) del 15 de mayo de 2008, mediante el artículo 3 otorgó competencia para conocer de las separaciones convencionales y ulteriores divorcios, a los alcaldes distritales y provinciales, así como a los notarios de la circunscripción del último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio.

De conformidad con lo anterior, los cónyuges podrán solicitar a las referidas autoridades la disolución del vínculo matrimonial. En efecto, el artículo 7 de la ley peruana indica que después de dos meses de haber sido emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial, cualquiera de los cónyuges tendrá la opción de solicitar ante el alcalde o notario la disolución del vínculo matrimonial. El alcalde o notario debe responder a la solicitud en un plazo máximo de 15 días. Si se declara la disolución, el alcalde o notario deberá protocolizarla en el registro correspondiente.

Para solicitar la separación convencional y ulterior divorcio, los cónyuges deberán cumplir con los requisitos del artículo 4 de la referida ley. En primer lugar, los cónyuges no deben tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o en caso de tenerlos, deben contar con una sentencia judicial o un acta de conciliación que establezca los regímenes de patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos. En segundo lugar, deben carecer de bienes

[7] La figura del Juez del Registro Civil es equivalente a la del Registrador Civil en Venezuela. Véase Varela Cáceres, Edison, El nuevo divorcio en Venezuela, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, No. 15, pp. 203 ss., especialmente p. 223.

sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o en caso de tenerlos, deben contar con una escritura pública inscrita en los Registros Públicos que establezca la sustitución o liquidación del régimen patrimonial.

En España, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, vigente desde el 23 de julio de 2015, admite el divorcio notarial cuando no hay contención entre los cónyuges y éstos no tienen hijos menores de edad. El artículo 24 de la referida ley establece que los cónyuges que no tengan hijos menores de edad o con capacidad modificada judicialmente a su cargo pueden acordar su separación matrimonial o divorcio de común acuerdo mediante la redacción de un convenio regulador en forma de escritura pública. Para ello, deberán dar su consentimiento ante un notario en el último domicilio común o en el domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. Además, los cónyuges deberán estar asistidos por un abogado en el momento de otorgar la escritura pública.

La Ley de Jurisdicción Voluntaria establece en sus disposiciones finales la modificación de algunos artículos del Código Civil Español. Nos interesa especialmente la modificación No. 21, relativa al artículo 87 que quedó redactado en los siguientes términos:

> Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.

Los únicos países que admiten el divorcio notarial cuando median hijos menores son Colombia y Cuba. Por tal motivo, la discusión doctrinal respecto de la regulación de estos dos países es más acentuada que en el resto[8].

Dado el carácter preliminar de este estudio, en adelante, cuando tratemos el reconocimiento y eficacia en Venezuela de divorcios notariales extranjeros deberá entenderse que nos referimos sólo a la declaración de disolución del vínculo matrimonial, excluyendo asuntos accesorios que pudieran ser parte de dichos actos, como la determinación de la obligación alimentaria de los hijos; obligaciones inherentes a la guarda y custodia de los hijos; liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; entre otros.

III. El problema

En Venezuela la disolución del vínculo matrimonial debe ser declarada por un juez mediante sentencia, por lo tanto, bajo el Derecho venezolano el divorcio sólo procede cuando así lo determina un acto jurisdiccional.

---

[8] Pérez Gallardo, Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial… ob. cit., p. 341.

La naturaleza jurisdiccional de los actos que declaran la disolución del vínculo matrimonial se ve reflejada en la Ley Orgánica del Registro Civil que establece en el artículo 110 los actos que deberán ser inscritos en el libro de matrimonios. En concreto, el numeral seis indica que uno de esos actos es la sentencia que declare la existencia, nulidad o disolución del matrimonio[9].

Por lo tanto, los actos de naturaleza no jurisdiccional dictados en el extranjero que disuelven el vínculo matrimonial presentan un carácter peculiar entre nosotros. Al preguntarnos sobre la eficacia y reconocimiento de tales actos en Venezuela nos encontramos con la dificultad de que la Ley de Derecho Internacional Privado se refiere sólo a sentencias y no a otro tipo de actos. Sin embargo, los actos extranjeros de divorcio notarial producen efectos que en Venezuela sólo podrían producir las sentencias.

Para resolver el problema se debe partir de la revisión de las fuentes internacionales aplicables y, en ausencia de ellas, de la Ley de Derecho Internacional Privado, que en el Capítulo I sobre disposiciones generales regula la mayoría de las instituciones generales del Derecho internacional privado y que dedica el Capítulo X a la eficacia de las sentencias extranjeras, aunque no se pronuncia sobre la eficacia de actos de otra naturaleza. Cuestión que nos lleva necesariamente a formularnos la interrogante relativa a si el acto mediante el cual se declara un divorcio notarial en el extranjero puede ser reconocido bajo el sistema venezolano de Derecho internacional privado.

A. Naturaleza del acto: ¿un problema de calificación?

No ignoramos que la calificación, como institución general del Derecho internacional privado, ha sido reconocida como "probablemente, la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho Internacional Privado"[10]. Sin embargo, creemos que la institución resulta especialmente útil para analizar el problema del reconocimiento y eficacia de los actos extranjeros de divorcio notarial.

Como afirma la profesora Claudia Madrid Martínez, "la teoría general del Derecho internacional privado ha estado tradicionalmente vinculada a los temas generales que rodean la determinación del Derecho aplicable a las relaciones jurídico-privadas de carácter internacional, sin limitarse a la metodología conflictual, más dejando de lado las cuestiones de Derecho procesal internacional"[11]. A nuestro entender, lo anterior no quiere decir que las instituciones

---

[9] Ley Orgánica del Registro Civil, publicada en Gaceta Oficial No. 39.264, 15 de septiembre de 2009, en: https://bit.ly/2TNXMV7

[10] Maekelt, Tatiana (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, ACPS, 5ª edición actualizada, 2012, p. 59. Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales de Derecho Internacional Privado: Más allá del problema conflictual, en: V.H Guerra / C. Madrid / Y. Pérez (coord.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2010, pp. 155 ss., especialmente p. 161.

[11] Madrid Martínez, Instituciones generales de Derecho Internacional Privado: Más allá del problema conflictual… ob. cit., p. 157.

generales del Derecho internacional privado no puedan trascender del ámbito de las normas de conflicto; al contrario, van "más allá del método conflictual"[12].

Por ello consideramos que en la búsqueda de soluciones relativas a los problemas relacionados con el reconocimiento y eficacia de actos extranjeros, es conveniente recurrir al auxilio de las instituciones generales del Derecho internacional privado; sobre todo teniendo en cuenta las particularidades de los actos extranjeros de divorcio notarial.

Antes de efectuar cualquier consideración sobre los actos de divorcio notarial y su reconocimiento en Venezuela conviene aclarar la naturaleza que, a la luz de nuestro sistema jurídico, se dará a tales actos.

Tengamos presente que los divorcios notariales dictados en el extranjero permiten la disolución del vínculo matrimonial a través de un acto distinto a una sentencia. Lo que quiere decir que tales actos carecen —al menos *prima facie*— de naturaleza jurisdiccional. Mientras que en Venezuela el divorcio sólo puede ser declarado por una autoridad jurisdiccional. Por lo tanto, la colisión con el ordenamiento jurídico venezolano es evidente.

En otras palabras, en Venezuela el divorcio es dictado mediante sentencia judicial y, en consecuencia, todo acto de naturaleza distinta que acuerde el divorcio es extraño para nosotros. Por ello, la calificación de tales actos es un asunto de primer orden.

En vista de esta divergencia en la forma en que se concibe y permite el divorcio en el extranjero, podría pensarse en efectuar la calificación del acto de conformidad con la *lex fori*. Sobre todo en los casos en que el Código Bustamante sea un tratado internacional vigente entre el Estado sentenciador y el Estado receptor.

Ciertamente, el Código Bustamante establece en el artículo 6 que en aquellos casos no previstos en el código, cada uno de los Estados contratantes deberá aplicar su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas. En otras palabras, en ausencia de normas especiales de calificación, cada Estado puede calificar las instituciones y relaciones jurídicas según su propio sistema.

El inclinarse por una calificación *ex lege fori* podría basarse en la tradicional visión venezolana del divorcio como institución fundamental, impregnada de elementos de orden público. Seguramente, para el juez venezolano, que tradicionalmente se decantaba por una concepción territorialista[13], sería complicado aceptar que un acto de naturaleza no jurisdiccional puede ser reconocido de plano en Venezuela.

De acuerdo con respetable doctrina nacional, uno de los aspectos en los que se observa con mayor fuerza la interacción entre el Derecho interno y el Derecho internacional privado es

[12] Ibíd., p. 225.
[13] Maekelt, Tatiana, *Teoría general de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, Serie Estudios No. 87, p. 330.

la calificación *ex lege fori* que se caracteriza por efectuar "la interpretación de las categorías utilizadas por las normas de Derecho internacional privado, mediante el recurso a los conceptos del Derecho interno"[14]. En efecto, la calificación *ex lege fori* —no exenta de críticas— tiene la ventaja de ser la más accesible al pensamiento de los operadores jurídicos nacionales[15].

Partiendo del hecho de que el acto de divorcio notarial se califica *ex lege fori*, no habría otra opción más que asumir que ese dictamen tiene naturaleza jurisdiccional y, en consecuencia, debe ser tratado como lo sería una sentencia. Lo anterior debido a que, como dijimos, en Venezuela el divorcio sólo es posible mediante actos jurisdiccionales.

De ahí que lo primero sería comprobar la existencia de una sentencia eficaz ante el derecho del Estado sentenciador. A tales fines es primordial demostrar que la sentencia ha sido dictada con arreglo a las normas del Estado sentenciador. Esto, tal como afirma Sánchez Covisa, "puede desembocar en los más complejos problemas de calificaciones, cuando difieren sustancialmente los dos sistemas jurídicos interesados y resulta difícil encajar los actos del sistema que ha decretado el divorcio en las categorías administrativas y procesales del sistema receptor"[16]. Opinamos que lo anterior no constituye una dificultad insuperable en este caso, pues no parece haber diferencias sustanciales entre el sistema jurídico venezolano y aquellos que permiten el divorcio notarial.

De hecho, el divorcio notarial ha sido permitido en países "que abrazan una misma historia, idéntico contorno geopolítico, una misma religión y con una comunidad lingüística"[17]. Salvando las diferencias propias de las particularidades de cada país —incluyendo las de política legislativa— Venezuela también comparte esas características con los países que permiten el divorcio notarial.

En consecuencia, los actos de divorcio notarial pueden ser calificados de conformidad con la *lex fori*, evitando cualquier argumento que predique la afectación de la esfera del orden público y facilitando la interpretación de los artículos relativos al reconocimiento y eficacia de sentencias extranjeras de la Ley de Derecho Internacional Privado, tal como veremos más adelante.

---

[14] Madrid Martínez, Claudia, Cambio en las concepciones del Derecho material que impactan al Derecho internacional privado: las causales de divorcio y el tiempo de las capitulaciones matrimoniales, en: *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2022, No. 4, pp. 415 ss., especialmente p. 416.

[15] Maekelt, *Teoría general de Derecho internacional privado*… ob. cit., p. 325. Aunque no por ello la calificación *ex lege fori* está exenta de críticas, tales como que conduce a la frecuente aplicación de la *lex fori*, cuestión que "refuerza la tendencia hacia el chauvinismo jurídico". Ibíd., p. 326.

[16] Sánchez Covisa, La eficacia de la sentencias…, ob. cit., p. 335.

[17] Pérez Gallardo, Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial… ob. cit., p. 335. Además, el autor citado añade lo siguiente: "Es cierto que cada país ha legislado bajo su impronta, teniendo en cuenta sus propias particularidades, pero con un denominador común: el descongestionar la función judicial y atribuirle competencia al notario, genuina expresión de la seguridad jurídica, garante ineludible del principio de legalidad, autor de un documento blindado en el orden del continente y en el del contenido".

B. Eficacia en Venezuela de los actos extranjeros de divorcio notarial

Dijimos que lo más conveniente parecía ser la calificación *ex lege fori* de los actos de divorcio notarial dictados en el extranjero. Ello genera como resultado que, entre nosotros, dichos actos deban ser examinados tal como lo sería una sentencia. En consecuencia, se deberá proceder con el análisis de las fuentes aplicables al caso, con arreglo al orden de prelación de fuentes previsto en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

En ausencia de un tratado internacional vigente entre el Estado sentenciador y el Estado receptor, no queda duda de que los actos de divorcio notarial deben ser analizados a la luz del Capítulo X de la Ley de Derecho Internacional Privado.

El artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece los requisitos que deben reunir las sentencias extranjeras para surtir efectos en Venezuela. Mientras que el artículo 55 *eiusdem* indica que para proceder a la ejecución de una sentencia extranjera se requiere la declaración de ejecutoria, que se obtiene mediante el procedimiento de exequátur.

La diferencia, que puede calificar de sutil, tiene considerable relevancia en la materia. En efecto, para que la sentencia extranjera surta efectos en Venezuela es necesario que cumpla los requisitos del artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la sentencia sólo deberá ser objeto de exequátur cuando sea necesaria la ejecución forzosa del acto jurisdiccional. Tal como afirma el profesor Eugenio Hernández-Bretón "siempre que no se exija ejecución, la sentencia extranjera surtiría sus efectos de plano en Venezuela sin necesidad de declaración previa de eficacia (exequátur)"[18].

Pensamos que este debe ser el criterio que oriente la interpretación venezolana de los artículos 53 y 54 Ley de Derecho Internacional Privado, especialmente cuando se trata de la eficacia de sentencias vinculadas al estado y capacidad de las personas. En particular, las sentencias que declaran la disolución del vínculo matrimonial tienen efectos meramente constitutivos y por tanto surten plenos efectos a partir del momento en el que son dictados.

Ello conectaría con el remoto precedente asentado por la Corte Federal y de Casación en sentencia de fecha 3 de mayo de 1943 mediante la cual estableció la doctrina que permitía "dar directamente, sin la formalidad previa del exequátur, valor probatorio a las sentencias

---

[18] Hernández-Bretón, Eugenio, Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, pp. 81 y ss., especialmente p. 106. Pensamos que el mismo razonamiento sería aplicable incluso en los casos en que resultare aplicable la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. En estos supuestos bastará con la satisfacción de los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Convención para que las sentencias de divorcio surtan efectos en Venezuela. Además, tal como afirma Briceño Laborí en una acertada analogía referida a este tema, "salvando las distancias puede decirse que, tal como un árbitro puede realizar actos ejecutivos que no implican el uso de la fuerza pública, la sentencia extranjera puede surtir efectos materiales que técnicamente implican su ejecución, pero la misma no es forzosa o coercitiva". Al efecto véase Briceño Laborí, José, Efectos de las sentencias extranjeras y procedimiento de exequátur, en: *Anuario de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado*¸ 2019, No. 1, pp. 425 ss., especialmente p. 432.

extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas, cuando a su reconocimiento no se opusieran razones de orden público"[19].

Lamentablemente, la Corte Federal y de Casación cambió radicalmente su posición casi tres años más tarde cuando dictó la sentencia del 8 de febrero de 1946 según la cual se estableció nuevamente "la necesidad de exequátur, por tratarse siempre de hacer valer en la República actos de autoridades extranjeras cumplidos en ejercicio de una función jurisdiccional extraña"[20]. Quizá la diáspora venezolana y la nueva realidad de las relaciones personales deba llevarnos a pensar seriamente en retomar la posición del primer criterio de la Corte Federal y de Casación.

Aunque las normas que condicionan la eficacia de las sentencias extranjeras están dirigidas especialmente a los actos dictados por órganos jurisdiccionales, pensamos que esto no es óbice para que las mismas normas sean aplicables a actos de naturaleza no jurisdiccional que, en atención a su función, puedan ser calificados *ex lege fori* como sentencias. En consecuencia, los actos de divorcio notarial dictados en el extranjero surtirán efectos en Venezuela en tanto cumplan con los requisitos exigidos por la fuente aplicable, en la medida que se correspondan con la naturaleza no jurisdiccional de tales actos.

Las sentencias de divorcio extranjeras e incluso los actos de divorcio notarial — prescindiendo momentáneamente de la calificación— pueden ser presentados directamente ante el funcionario competente y esto, como bien señaló el Dr. Sánchez Covisa, no significa que el funcionario se someta a un mandato extranjero. En efecto "tal argumento es inexacto si tenemos en cuenta que la sentencia extranjera, que carece de la indiscutibilidad inherente al efecto de cosa juzgada, no se impone necesariamente al funcionario del Estado receptor"[21].

El funcionario competente sólo debe aceptar la sentencia extranjera de divorcio tal como lo haría si se tratara de un acta matrimonial o un documento notarial extranjero[22] en tanto su criterio sobre el acto le lleve a la conclusión de que se trata de un acto regular[23].

---

[19] Madrid Martínez, Claudia, Eficacia extra exequátur de las resoluciones de nulidad, separación y divorcio en Venezuela, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Libro homenaje a Humberto Cuenca. Estudios de Derecho Procesal Civil*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección de Libros Homenaje No. 6, pp. 499 ss., especialmente p. 510.

[20] *Ídem*.

[21] Sánchez Covisa, Joaquín, La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio, en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 415 ss., especialmente p. 438.

[22] Como antes lo sugerimos, en el análisis efectuado en este artículo optamos por la calificación *ex lege fori* del acto extranjero de divorcio notarial y, dado que en el ordenamiento jurídico venezolano sólo permite el divorcio mediante un acto jurisdiccional, decidimos tratar estos actos como sentencias y no como documentos notariales en atención a la equivalencia de las funciones que cumplen.

[23] Sánchez Covisa, La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio… ob. cit., p. 438.

C. Situaciones jurídicas válidamente creadas o derechos adquiridos

La institución de las situaciones válidamente creadas también resulta relevante a los fines de nuestro estudio. En primer lugar, conviene aclarar que la denominación de "situaciones válidamente creadas" es un término empleado en sustitución del término "derechos adquiridos" que obedece al "justificado temor de que en las futuras interpretaciones pueda convertirse en otra institución negativa para el normal funcionamiento de la norma de conflicto"[24].

Hecha esta precisión terminológica, se debe tomar en cuenta que las situaciones jurídicas válidamente creadas presuponen el análisis, por una parte, de la instancia del nacimiento de la referida situación y, por otra parte, de la instancia relacionada con la eficacia de tal situación en un país extranjero[25].

En cuanto al reconocimiento y eficacia de actos extranjeros de divorcio notarial, creemos que siempre deberá efectuarse un análisis metodológico, examinando la aplicabilidad de la institución general de las situaciones válidamente creadas en cuanto a este tipo de actos.

A objeto de determinar las normas aplicables, el examinador deberá observar el orden de prelación de fuentes establecido en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En ese ejercicio deberá verificar la existencia de tratados internacionales vigentes entre Venezuela y el país donde se dictó el acto de divorcio notarial.

Particularmente podrán encontrarse normas relevantes sobre la institución de las situaciones válidamente creadas si en el país donde fue dictado el acto está vigente el Código de Bustamante (art. 8)[26] o la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (art. 7)[27].

De no existir tratados internacionales vigentes entre Venezuela y el país donde fue dictado el acto de divorcio notarial, el supuesto de hecho quedará regulado por la Ley de Derecho

---

[24] Maekelt, *Teoría general de Derecho internacional privado*… ob. cit., p. 343. Siguiendo a Francescakis, Phoción, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 196.

[25] Maekelt, *Teoría general de Derecho internacional privado*… ob. cit., p. 343.

[26] El artículo 8 del Código de Bustamante establece 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". Guerra Hernández recuerda la posición del Dr. Gonzalo Parra-Aranguren respecto de este artículo indicando que "la solución del Código Bustamante no agrega nada nuevo al método clásico para resolver tales problemas, pues el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foto, y no el reconocimiento de derechos adquiridos al amparo de soluciones extranjeras". Guerra Hernández, Víctor, Artículo 5. Derechos adquiridos, en: T. Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2008, pp. 231 ss., especialmente p. 236.

[27] El artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado indica que: "Las situaciones jurídicas válidamente 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". Es importante tener presente la interpretación del Dr. Gonzalo Parra Aranguren, Delegado por Venezuela durante la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, Uruguay en 1979. Para el Dr. Parra-Aranguren, la idea de incluir las palabras *todas las leyes con las cuales tengan conexión,* da la impresión de que el "operador jurídico del foro pudiese escoger entre aquellas que aseguran la validez de a situación frente a aquellas que la niegan". Esta interpretación es, a nuestro juicio, la más favorable para el correcto funcionamiento de la institución de las situaciones válidamente creadas. Al respecto véase Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos… ob. cit., p. 238.

Internacional Privado. El artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado regula la institución de la situaciones válidamente creadas, que podría ser muy útil para resolver el problema de la eficacia de los actos extranjeros de divorcio notarial en Venezuela.

La institución de las situaciones válidamente creadas en el extranjero está consagrada en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y entra en funcionamiento siempre que no opere alguna de las excepciones previstas en la norma, a saber, (i) que se contradigan los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto; (ii) que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia o (iii) que la situación jurídica específica sea manifiestamente incompatible con los principios esenciales del orden público nacional.

Si la situación válidamente creada en el extranjero no incurre en alguno de los supuestos excepcionales a los que nos referimos antes, se producirá la consecuencia jurídica del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, esto es, que "las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República"[28].

A nuestro juicio, la consecuencia del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado guarda una relación de armonía respecto del análisis del artículo 53 *eiusdem*. En este sentido, las consecuencias de los artículo 5 y 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado parecen indicar que la intención del legislador ha sido establecer como regla que las sentencias extranjeras y, en general, las situaciones válidamente creadas en el extranjero, surtan efecto en Venezuela siempre que no incurran en supuestos excepcionales que sean manifiestamente incompatibles con nuestro sistema jurídico.

IV. Decisiones

En la práctica los tribunales venezolanos han resuelto juicios de exequatur sobre actos de divorcio notarial, lo que difiere del análisis que efectuamos en el capítulo III. En algunas ocasiones se han declarado con lugar solicitudes de reconocimiento y eficacia de actos de divorcio notarial[29] y en otras se han rechazado de plano[30]. En los casos que revisamos, se declaró

---

[28] Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias… ob. cit., p. 20.

[29] Juzgado Superior de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes con sede en Barquisimeto, Estado Lara, sentencia No. 86-2013, del 14 de agosto de 2013 (*César Ernesto Jiménez v. Alejandra Alejos*), en: https://bit.ly/41uUNTw; Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de Zulia, sentencia del 9 de abril de 2014 (*Nerio Josa Izaguirre Meneses*), en: https://bit.ly/3LWlL0A; Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, sentencia del 26 de septiembre de 2014, en: https://bit.ly/41pVGwE; Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de Lara, sentencia No. 13-2362, del 20 de julio de 2015 (*Román Antonio Carrasco Jiménez*), en: https://bit.ly/42NGI4T; Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil del Estado Lara, sentencia del 27 de junio de 2016 (*Gloria Marina Machacón*), en: https://bit.ly/3nOmb14. Esta nota no agota exhaustivamente todas las decisiones sobre el tema, sólo busca ilustrar algunos casos en los que los tribunales venezolanos han declarado con lugar la solicitud de exequátur.

[30] Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, sentencia No. S2-063-10, 25 de marzo de 2010 (*Eddy Quintana Carbonell v. Maylin Armenteros*), en: https://bit.ly/3W0mFhh; Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y del Tránsito. Extensión Cabimas, Estado Zulia, sentencia No. 15-13, 12 de marzo de 2013 (*Nelson Calderón Chirinos*), en: https://bit.ly/3Mg0a4J. Esta

con lugar la solicitud de exequátur sólo cuando el solicitante pidió el reconocimiento y eficacia de los actos en los que únicamente se declaró la disolución del vínculo matrimonial, sin referirse a otras cuestiones accesorias como la determinación de la obligación alimentaria de los hijos; obligaciones inherentes a la guarda y custodia de los hijos o la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio.

Como indicamos en el capítulo III de este estudio, al menos en los casos en que se persigue sólo el reconocimiento y eficacia de la disolución del vínculo matrimonial, no es necesario el procedimiento de exequátur. Esto será así siempre que las sentencias —o actos equivalentes— cumplan con los requisitos del artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado, supuesto en el que surten automáticamente efectos en Venezuela.

Las sentencias extranjeras de divorcio —o actos equivalentes— tienen ahora un camino más transitable en cuanto al orden público venezolano se refiere. Esto se debe, principalmente, a la transformación de la institución del divorcio en Venezuela, aupada por la jurisprudencia asentada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha permitido el divorcio libre a través de las sentencias No. 446 del 15 de mayo de 2014, No. 693 del 2 de junio de 2015 y No. 1070 del 9 de diciembre 2016.

En la sentencia No. 446/2014[31] la Sala Constitucional, entre otros aspectos de carácter procesal, señaló que si se demuestra que ha habido un cambio en el consentimiento de los cónyuges para mantener el matrimonio, expresado libremente a través de los hechos, eso debe conducir a la disolución del vínculo matrimonial. Mantener un matrimonio infeliz, con las consecuencias que esto implica para los cónyuges y sus familias, va en contra del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad individual (art. 20) y al desarrollo integral de las personas (art. 75), así como del deber del Estado de proteger a la familia (art. 75)[32].

La sentencia No. 693/2015 estableció que las causales de divorcio previstas en el artículo 185 del Código Civil venezolano no tienen carácter taxativo. Esto hizo posible que los cónyuges puedan alegar causas distintas a las previstas en dicha disposición, incluyendo el mutuo consentimiento[33] que es, frecuentemente, la causal en la que se basan los divorcios notariales dictados en el extranjero.

---

nota no agota exhaustivamente todas las decisiones sobre el tema, sólo busca ilustrar algunos casos en los que los tribunales venezolanos han rechazado la solicitud de exequátur.

[31] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 446, 15 de mayo de 2014 (*Víctor José De Jesús Vargas Irausquín v. Carmen Leonor Santaella de Vargas*), en: https://bit.ly/42IIsvX

[32] *Ídem*.

[33] Varela, El nuevo divorcio en Venezuela… ob. cit., p. 208. Ver también: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 693, 2 de junio de 2015 (*María Cristina Santos Boavida v. Francisco Anthony Correa Rampersad*), en: https://bit.ly/3LWlQBq. La sentencia estableció lo siguiente: "cualquiera de los cónyuges podrá demandar el divorcio por las causales previstas en dicho artículo o por cualquier otra situación que estime impida la continuación de la vida en común, en los términos señalados en la sentencia No. 446/2014, ampliamente citada en este fallo; incluyéndose el mutuo consentimiento".

La sentencia No. 1070/2016 estableció el divorcio por desafecto señalando que la falta de afecto entre los cónyuges genera un alejamiento sentimental y una falta de cumplimiento de los deberes maritales. En el fallo también se trató la incompatibilidad de caracteres, que puede generar aversión y hacer imposible la vida en común. A pesar de que estas situaciones no se encuentran entre las causas previstas en la legislación para el divorcio, la Sala Constitucional estableció que el desafecto y la incompatibilidad pueden ser alegados como causas para disolver el vínculo matrimonial, en atención a los derechos constitucionales de libertad y desarrollo personal, protección de la familia y los hijos[34].

También se ha reconocido el divorcio libre mediante la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal que en el artículo 8.8 establece la competencia de los jueces de paz para declarar, en presencia de ambos cónyuges, el divorcio o la disolución de la unión estable de hecho sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento previo. Esta declaración se puede hacer únicamente si ambas partes están de acuerdo en ello, si están domiciliados en el ámbito territorial del juez de paz comunal y si no han tenido hijos o, en caso de tenerlos, si son mayores de 18 años al momento de solicitar la separación[35].

Esta modalidad de divorcio es respaldada por un sector la doctrina y de hecho, como se deduce de los capítulos anteriores, ha sido reconocida en los ordenamientos jurídicos de otros países. Sin embargo, tanto la jurisprudencia como la referida ley son censurables debido a la forma arbitraria de incluir esta institución en nuestro ordenamiento jurídico, violando el principio constitucional de reserva legal[36].

En efecto, al margen de la discusión ideológica que subyace al tema tratado, la jurisprudencia citada modifica la regulación adjetiva y sustantiva del divorcio, generando una situación de incertidumbre y violando el procedimiento para la modificación de leyes previsto en la Constitución de 1999. En sentido similar, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal es altamente cuestionable dado que "autoriza a través de una norma atributiva de competencia el 'divorcio libre', sin ribetes, ni rubor, tesis que, si bien es plausible, exige una regulación sustantiva y adjetiva a los fines de evitar problemas en la hermenéutica"[37].

Consignada la crítica pertinente, debemos señalar también que los precedentes vinculantes dictados por la Sala Constitucional y el artículo 8.8. de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, con todos sus defectos y las críticas fundadas que han recibido —y seguirán recibiendo— son frecuentemente aplicados en la práctica.

---

[34] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1070, 9 de diciembre de 2016 (*Hugo Armando Carvajal Barrios v. Gladys Coromoto Segovia González*), en: https://bit.ly/3LVBv3R

[35] Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, publicada en Gaceta Oficial No. 39.913, 2 de mayo de 2012.

[36] Varela, El nuevo divorcio en Venezuela… ob. cit., p. 204.

[37] Varela Cáceres, Edison, *El Registro del Estado Civil*, Vol. I Organización y principios sectoriales, Caracas, Editorial Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2018, p. 73.

Es necesario recordar que en el pasado, la CSJ se caracterizó por interpretar extensivamente los casos de divorcios dictados en el extranjero, aún cuando diferían de las causales taxativas establecidas en la legislación material venezolana. Por recordar algunos, el 3 de agosto de 1961 la CSJ examinó una sentencia de divorcio dictada en Ecuador fundamentada en la incompatibilidad de caracteres de los cónyuges —no prevista en la ley venezolana— y encontró que había completa analogía entre esa causal y la causal de exceso, sevicia o injuria grave, que si era reconocida por el derecho material venezolano[38].

En sentido similar, la CSJ durante un procedimiento exequátur de una sentencia de divorcio dictada en Cuba basada en el mutuo consentimiento, consideró que en Venezuela era válido el divorcio obtenido mediante esta causal. Para ello se basó en el artículo 189 del Código Civil que "admite como causa para la separación de cuerpos las seis causales que establece el artículo 185 *eiusdem* para el divorcio y, además, el mutuo consentimiento"[39].

Para concluir, dada la actual tendencia jurisprudencial en materia de divorcio, no se observa limitación alguna para que los actos de divorcio notarial surtan efectos en Venezuela. Sobre todo, en virtud de que existe un mínimo de equivalencia[40] entre las instituciones jurídicas venezolanas y las de los países que prevén el divorcio notarial.

V. Desenlace

La realidad no puede negarse, mucho menos cuando se trata de la verdad detrás de las relaciones familiares. En ese sentido, recordamos una frase de la profesora María Candelaria Domínguez Guillén quien escribió que, desde una perspectiva práctica, "no existe poder humano ni jurídico que logre mantener unidas a dos personas contra su voluntad"[41].

El tema elegido para este estudio parece demostrar la utilidad de las instituciones generales del Derecho internacional privado para dar respuestas a problemas de actualidad que no necesariamente están vinculados con el funcionamiento de las normas de conflicto, sino con problemas de Derecho procesal civil internacional. No dejamos de advertir que este trabajo se restringe a formular algunas notas preliminares y no tiene carácter exhaustivo. Sin embargo, del análisis efectuado en las páginas anteriores se deduce que el enfoque de las instituciones generales del Derecho internacional privado puede contribuir a la búsqueda de soluciones equitativas adaptadas al caso concreto, en atención al contexto jurídico nacional.

---

[38] Guerra Iñíguez, Daniel, El efecto extraterritorial de las sentencias de divorcio y la necesidad de unificar la jurisprudencia venezolana sobre esa materia, en: *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1976, pp. 163 ss., especialmente p. 165.

[39] Guerra Iñíguez, Daniel, *Derecho Internacional Privado*, Caracas, El Grupo Editorial, 6ª ed., 1993, p. 178.

[40] Guerra Iñíguez, El efecto extraterritorial de las sentencias de divorcio y la necesidad de unificar la jurisprudencia venezolana sobre esa materia… ob. cit., p. 169. El autor sigue a Jean-Paulin Niboyet, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/f, p. 384.

[41] Domínguez Guillén, María, *Manual de Derecho de Familia*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos No. 20, 2008, p. 151.

La justa solución de los casos con elementos de extranjería relevantes no sólo orienta las respuestas del Derecho internacional privado en sentido estricto, sino que también facilita la obtención de soluciones al examinar los aspectos de Derecho procesal civil internacional presentes en la Ley de Derecho Internacional Privado.

No es casualidad que el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado, ubicado dentro del Capítulo I sobre disposiciones generales, señale que la aplicación del derecho extranjero deberá hacerse "de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto". En cierta manera, el reconocimiento y eficacia de las sentencias dictadas más allá nuestras fronteras constituye una aplicación indirecta del derecho extranjero; por esa razón, estas cuestiones no escapan de la necesidad imperiosa de realizar los objetivos de las normas venezolanas de conflicto que "se traducen, de manera general, en la solución equitativa del caso concreto"[42].

En consecuencia, el acto mediante el cual se declara un divorcio notarial en el extranjero puede ser reconocido bajo el sistema venezolano de Derecho internacional privado, al menos en cuanto la eficacia de la disolución del vínculo matrimonial. La razón por la cual hacemos esta salvedad es que, tal como indicamos al inicio, el objeto de nuestro estudio se restringe a la declaración de disolución del vínculo matrimonial por parte de autoridades notariales extranjeras y no a otros asuntos que pudieran ser resueltos en estos mismos actos, tales como la determinación de la obligación alimentaria de los hijos; obligaciones inherentes a la guarda y custodia de los hijos; liquidación del régimen patrimonial del matrimonio; entre otros.

La falta de reconocimiento y eficacia en Venezuela de los actos de divorcio notarial dictados en el extranjero sólo conduciría a un resultado absurdo, según el cual se desconocería la verdadera realidad detrás de las relaciones personales. Además, levantar barreras ante estos actos tales como como la exigencia de exequátur, sólo dificultaría el normal desenvolvimiento de la vida personal de los individuos.

Recordemos que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en la primera parte del artículo 75 el deber del Estado de proteger a las familias "como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas". La complicación innecesaria del reconocimiento y eficacia de sentencias o actos que declaran el divorcio en pleno siglo XXI no parece estar en armonía con la evolución del divorcio, cuya impronta ha influido profundamente en la región.

---

[42] Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*… ob. cit., p. 18.

La protección internacional de las familias y la niñez en el Código Civil y Comercial de la Nación argentina

Nieve Rubaja[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 327-344

Resumen

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación argentina ha incorporado disposiciones relativas tanto a aspectos generales del Derecho internacional privado como a áreas específicas, entre ellas al domicilio de la persona humana, al matrimonio, a las uniones convivenciales, a los alimentos, a la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, a la adopción internacional, a la responsabilidad parental y figuras de protección y a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. Este trabajo presenta las principales disposiciones de Derecho internacional privado contenidas en ese Código relativas a las familias y la niñez, tomando muy en cuenta la protección de los derechos humanos y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Abstract

The new Civil and Commercial Code of Argentina contains rules on general aspects as well as on specific areas of Private international law, such as domicile of individuals, marriage, de facto marriages, child support, filiation by nature and by assisted human reproduction techniques, international adoption, parental responsibility and protection, and international restitution of children and adolescents. This paper introduces the main provisions of that Code relating to families and children, with a special emphasis on the protection of human rights and the best interests of children and adolescents.

Palabras clave

Derecho de familia. Niños. Adolescentes. Derecho internacional privado. Código Civil y Comercial. Argentina.

Keywords

Family Law. Children. Adolescents. Private International Law. Civil and Commercial Code. Argentina.

Sumario

Introducción. I. El sistema de Derecho internacional privado argentino. La prelación de fuentes y la sistematización que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación en sus disposiciones de Derecho internacional privado. II. Diálogo de fuentes entre las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comerciao de la Nación y los tratados de derechos humanos. A. Capítulo 1, arts. 2594 a 2600. Disposiciones generales. B. Capítulo 2, arts. 2601 a 2612. Jurisdicción internacional. III. Persona humana. IV. Matrimonio y uniones convivenciales.

[*] Abogada y Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta de Derecho internacional privado en la Universidad Nacional de Avellaneda y Adjunta en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de posgrado de las Universidades de Buenos Aires, Nacional del Litoral y Nacional del Sur. Profesora de Derecho internacional privado de la familia en la Maestría de Derecho Internacional de la Universidad de La Sabana (Colombia). Miembro de la Comisión Asesora del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina en materia de Derecho internacional privado (2019-2021). Vicepresidenta Académica de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP). Miembro del Grupo de Expertos en materia de reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos en disputas familiares que involucren niños y del Grupo de Expertos sobre filiación/maternidad subrogada, ambos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

A. Matrimonio. B. Uniones convivenciales. V. Derecho internacional privado de la niñez. A. Perspectiva sustancial. B. Perspectiva procesal. VI. Algunas reflexiones.

Introducción

A nivel global, y cada día con mayor habitualidad, nos encontramos frente a casos de familia que toman contacto con más de un ordenamiento jurídico. Se advierte así que la protección de las familias en este contexto resulta inexorable y es por ello por lo que las regulaciones más modernas han incorporado disposiciones que regulan temáticas/cuestiones propias del Derecho internacional privado ("DIPr") de las familias. La regulación introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación argentina ("CCyCN") ha incorporado disposiciones relativas tanto a aspectos generales del DIPr como a áreas específicas, entre ellas al domicilio de la persona humana, al matrimonio, a las uniones convivenciales, a los alimentos, a la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida, a la adopción internacional, a la responsabilidad parental y figuras de protección y a la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes ("NNA").

En este capítulo procuraremos presentar las disposiciones del CCyCN que se ponen en juego en casos con elementos extranjeros. Para ello, en primer lugar, presentaremos el esquema que propone el sistema de DIPr argentino para razonar los casos de la materia, atendiendo a la obligada prelación normativa que impone la Constitucional Nacional y al diálogo de fuentes entre las propias disposiciones de DIPr, pero fundamentalmente con los tratados de derechos humanos. Luego, presentaremos las principales disposiciones contenidas en el CCyCN en relación al DIPr de las familias y de la niñez, sin ánimos de exhaustividad.

Ello nos permitirá advertir el impacto de la protección de los derechos humanos en el sistema, la protección de las variadas formas familiares y cómo los recursos que ofrece el DIPr fueron tomados por en aras de perseguir soluciones justas en este campo y que atiendan especialmente al interés superior de NNA.

I. El sistema de Derecho internacional privado argentino. La prelación de fuentes y la sistematización que ofrece el Código Civil y Comercial de la Nación en sus disposiciones de Derecho internacional privado

Es necesario recordar que el ordenamiento jurídico argentino se erige sobre la prelación normativa establecida constitucionalmente. Es decir, la Constitución Nacional (reformada en el año 1994) establece una jerarquía normativa que queda plasmada en su artículo 75 inciso 22. Esta disposición consagra expresamente la jerarquía supralegal de los tratados internacionales —entre ellos aquéllos que poseen disposiciones de DIPr—, en consonancia con lo previsto por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y siguiendo los lineamientos que ya

venía señalando la Corte Suprema de Justicia de la Nación[1]. Además, se establece que los tratados de derechos humanos que allí se enuncian poseen jerarquía constitucional e integran, junto con la Constitución Nacional, el conocido "bloque de constitucionalidad".

Esta última circunstancia ha repercutido en la constitucionalización del Derecho privado (y, por supuesto del DIPr). En efecto, se observa que los derechos humanos y los estándares interpretativos elaborados en torno a ellos —en especial los que provienen del sistema interamericano de protección de los derechos humanos— han tenido un importante impacto en la reforma del CCyCN. Además, cobran protagonismo en la labor de los tribunales nacionales en la resolución de casos de la materia. A modo de ejemplo, cabe aludir a las fuentes que expresamente contemplan el derecho fundamental a contraer matrimonio y a formar una familia, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 16 y 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (arts. 6 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 23.2), el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 16).

De estas fuentes puede inferirse la consagración de la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, que tiene derecho a la protección del Estado. Asimismo, la Constitución Nacional contempla este derecho en el párrafo 3 del artículo 14 bis. En igual inteligencia cobrarán relevancia los derechos expresamente reconocidos a NNA en la Convención sobre los derechos del niño, entre ellos y en situaciones internacionales, los artículos 9, 10 y 11 especialmente en casos de sustracción internacional de NNA; los arts. 9 y 10 en casos de responsabilidad parental; los arts. 7, 8, 20, 21 en casos de adopción internacional; el artículo 27.4 en casos de cobro internacional de alimentos; el artículo 35 en casos de tráfico internacional de NNA; entre otros[2].

Al momento de resolver un caso que toma contacto con más de un ordenamiento jurídico, la prelación normativa implica que primero se deberá establecer si entre los Estados conectados con el caso se encuentra en vigor algún tratado internacional y si el caso se encuentra comprendido dentro de su ámbito de aplicación material, personal, espacial y temporal[3], sobre todo si se tiene en cuenta que la Argentina es parte en numerosos tratados de DIPr que abordan

---

[1] CSJN, 7 de julio de 1992 (*Ekmedjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*); CSJN, 7 de julio de 1993 (*Fibraca Constructora S.C.A.c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*); CSJN, 13 de octubre de 1994 (*Cafés La Virginia s/apelación*), todos disponibles en: https://bit.ly/3McwWDL

[2] Para ampliar ver Rubaja, Nieve, La protección de los derechos del niño en las fuentes de derecho internacional privado, en: M. Herrera / A. Gil / L. Giosa (dirs.), *Avances, críticas y desafíos de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes a 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Buenos Aires, Ediar, 2019, pp. 115-138.

[3] Véase, Noodt Taquela, María Blanca, Cuándo deben aplicarse los tratados de Derecho internacional privado, en: La Ley, 14 de marzo de 2018, p. 1, AR/DOC/449/2018.

cuestiones de familia[4]. En defecto de una fuente internacional aplicable al caso, deberán consultarse las disposiciones de DIPr del CCyCN contenidas en el Título IV del Libro VI, que constituyen fuente interna o autónoma de DIPr en el ordenamiento jurídico argentino.

En el aludido título del CCyCN se han incorporado, por primera vez, de manera sistematizada las disposiciones de DIPr que hasta entonces se encontraban desperdigadas por el ordenamiento jurídico y con importantes lagunas, especialmente en lo relativo a las cuestiones del DIPr de la niñez. Si bien hay algunas materias que conservan una regulación especial, es destacable el aporte que implica que se encuentren organizadas, reunidas y ordenadas en el mismo cuerpo legal que regula las relaciones privadas en nuestro ordenamiento jurídico. Con una terminología clara y accesible, se ha buscado dar respuesta a los problemas que generan el abordaje y la búsqueda de soluciones de los casos con elementos extranjeros, principalmente en el sector de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable. No se han incorporado normas relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, lo que ha sido considerado como una lamentable pérdida de la oportunidad por gran parte de la doctrina, por lo que esta cuestión queda regulada por los códigos procesales de cada una de las provincias de nuestro país[5]. Los dos primeros capítulos del Título se han ocupado de los aspectos generales en torno a los sectores del derecho aplicable y de la jurisdicción internacional respectivamente (en el segundo capítulo se incorporan algunas cuestiones relativas a la cooperación internacional), luego en el Capítulo 3 se ha procurado ofrecer soluciones relativas a la parte especial de la materia para variados problemas del derecho privado cuando la situación toma contacto con más de un ordenamiento jurídico; entre ellas, en las Secciones 1 a 8 se abordan aspectos relativos al DIPr de las familias y de las personas.

La técnica legislativa ha sacado provecho de la pluralidad normativa y metodológica que ofrece el DIPr, destacándose la orientación material que presentan muchas de sus normas a los fines de proteger y garantizar los derechos humanos que se ponen en juego en cada situación regulada[6]. Además, resulta destacable la amplia apertura de jurisdicción en cada temática y la incorporación de la figura del foro de necesidad para concretar el acceso a la justicia como todos los otros derechos que éste trae concatenado. En tal sentido, sólo se recurre limitadamente a la figura de la jurisdicción exclusiva, por ejemplo, en materia de adopción internacional como se verá más adelante. Si bien, tal como hemos adelantado, el CCyCN no contiene normas

---

[4] Resultan particularmente útiles a tales efectos los sitios: https://tratados.cancilleria.gob.ar; https://www.oas.org; https://www.hcch.net/; https://www.mercosur.int/

[5] No obstante, cabe destacar que el CCyCN se ha ocupado de la inserción de situaciones creadas en el extranjero al incluir en forma explícita en la fuente interna ciertas normas llamadas de "reconocimiento" cuya verdadera naturaleza es la de normas de "conflicto de sistemas" (véanse arts. 2634, 2637 y 2640). Najurieta, María Susana, Principios y caracteres del Derecho internacional privado de la infancia con especial referencia las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en: *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2015, No. 41, Año 93, p. 148.

[6] Conforme se expresó en los Fundamentos de la reforma "las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos".

relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias, resulta una gran innovación la incorporación de normas de reconocimiento o inserción de institutos o situaciones creadas al amparo del derecho extranjero con especial ponderación del interés superior de NNA en cada caso[7]. De este modo, la normativa aporta la previsibilidad y seguridad jurídica necesarias en una materia que, en principio, no resulta disponible para la autonomía de la voluntad de las partes pero procurando cierta flexibilidad en el caso concreto como para materializar los derechos de los sujetos de que se trate.

II. Diálogo de fuentes entre las disposiciones de Derecho internacional privado del Código Civil y Comercial de la Nación y los tratados de derechos humanos

Tal como hemos adelantado, la constitucionalización del derecho privado, el "bloque de constitucionalidad" y especialmente los artículos 1 y 2 del CCyCN[8] invitan a un diálogo de fuentes entre las disposiciones del CCyCN que regulen en concreto el problema a resolver (ej. filiación, alimentos, etc.) y los derechos humanos consagrados en la Constitución Nacional y en los tratados de derechos humanos en la búsqueda de una justa solución al caso con elementos extranjeros.

Sumado a ello, deberá también atenderse al diálogo que se produzca entre las disposiciones del CCyCN que regulen el problema concreto (nótese que tales disposiciones en general resuelven la cuestión de la jurisdicción y del derecho aplicable en cada tema, por ejemplo en materia de divorcio el artículo 2621 resuelve el interrogante en torno a la jurisdicción internacional y el artículo 2626 el problema respecto al derecho aplicable) y las disposiciones de los Capítulos 1 y 2 del Título que refieren a cuestiones generales correspondientes a los sectores del derecho aplicable y de la jurisdicción internacional. Las disposiciones de estos Capítulos se tornarán claves al momento de razonar cada caso conforme lo establece la lógica de la disciplina; por lo tanto, se mantendrá un diálogo necesario entre éstas y las disposiciones de la parte

---

[7] Así, en los Fundamentos se explica que el hecho de conectar distintos ordenamientos jurídicos y la metodología empleada impone una actitud particular al juez que debe asumir el esfuerzo de la interpretación y de la argumentación y que ello obliga a una lógica del razonamiento distinta a la que se desarrolla generalmente frente al ordenamiento material propio. En definitiva, se ha procurado facilitar la aplicación del sistema jurídico iusprivatista internacional al operador jurídico y a los magistrados, y respetar su carácter de sistema normativo dentro del orden jurídico que integra.
En similar inteligencia la regulación uruguaya contempla esta figura en el art. 9 cuando dispone "(Derechos adquiridos).- Una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero, de conformidad con el derecho de ese Estado, debe ser reconocida en la República siempre que al momento de su creación haya tenido una conexión relevante con ese Estado y no sea contraria al orden público internacional de la República". Nótese que el Código cubano recoge esta impronta en relación en el art. 470 cuando regula el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y en el art. 473.2. en relación a figuras de protección regularmente constituidas según el derecho extranjero. Ver también el art. 5 de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado.

[8] Art. 1. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho. Art. 2. Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

especial. Ello podría ofrecer ciertas herramientas que brinden flexibilidad al razonamiento de DIPr y que faciliten la concreción de los derechos en juego. Por ello, pasaremos revista de algunas de las cuestiones que abordan estos capítulos (1 y 2) de modo general para todos los casos de DIPr sin ánimos de exhaustividad.

A. Capítulo 1, artículos 2594 a 2600. Disposiciones generales

Este capítulo contiene normas sobre la aplicación del derecho del extranjero y su interpretación (art. 2595 inc. a y b)[9], la armonización o adaptación frente a la pluralidad de derechos aplicables a un supuesto (art. 2595 inc. c), la figura del posible reenvío al que puede conducir la aplicación de una norma de conflicto (art. 2596) y la posibilidad de recurrir a la cláusula de excepción como un mecanismo flexibilizador del razonamiento rígido y abstracto al que pueden conducir las normas de conflicto (art. 2597). Asimismo, contiene disposiciones relativas al fraude a la ley (art. 2598), a las normas internacionalmente imperativas (art. 2599) y, finalmente, al orden público internacional (art. 2600).

B. Capítulo 2, artículos 2601 a 2612. Jurisdicción internacional

Entre estas disposiciones mencionaremos: i) la inclusión del "foro de necesidad" para aquéllos casos en que el Código no atribuyan jurisdicción internacional a los tribunales argentinos, autorizando la intervención de los tribunales nacionales, de modo excepcional, con la finalidad de evitar la denegación de justica y siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero bajo las condiciones de que la situación presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz (art. 2602); ii) jurisdicción internacional de tribunales argentinos para dictar / ejecutar medidas provisionales y cautelares (art. 2603); iii) recepción del foro general de la parte demandada —del domicilio o residencia habitual— (art. 2608); iv) determinación de la jurisdicción exclusiva de los tribunales argentinos en las siguientes materias: a) derechos reales sobre inmuebles situados en la Argentina b) nulidad y validez de las inscripciones practicadas en un registro público argentino y c) inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños, etc. en las condiciones allí dispuestas; v) el artículo 2611 recepta expresamente el principio de cooperación jurisdiccional indicando que los tribunales argentinos deben brindar amplia cooperación en materia civil, comercial y laboral; vi) el artículo 2612 se refiere a la asistencia procesal internacional y establece en su primer párrafo que, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convencionales internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras debe hacerse mediante exhorto. Y, agrega en su segundo párrafo, una importante disposición para temas de DIPr de Familia puesto que admite que "cuando la situación lo requiera,

[9] Recogiendo la conocida "teoría del uso jurídico".

los jueces argentinos estarán facultados para establecer comunicaciones judiciales directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso".

Entendemos que esta vía se encontraba habilitada en la legislación anterior, pero celebramos su inclusión en la legislación a los fines de que el recurso sea utilizado con mayores certezas y tomando las garantías necesarias[10]. El artículo concluye imponiendo el cumplimiento de medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras mientras no afecten el orden público internacional argentino. Además, se establece su tramitación de oficio y sin demoras

III. Persona humana

La Sección 1º del Capítulo 3 refiere a las personas humanas. Allí se definen o califican las categorías domicilio y residencia habitual "a los fines del DIPr" (art. 2613). Así, se determina que el domicilio se encuentra en el Estado en que la persona humana reside con la intención de establecerse en él; mientras que la residencia habitual se encuentra en el Estado en que la persona humana vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado.

En esta Sección, además, se define el domicilio de las personas menores de edad, considerando que se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental y si el ejercicio es plural y los titulares se domicilian en Estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual (art. 2614)[11]. Esto resulta apropiado desde un enfoque infantocéntrico, a la vez que tiene en cuenta que cada vez son más los/las NNA cuyos progenitores/as se domicilian en distintos Estados. Además, se determina que los/las NNA sustraídos/as o retenidos/as ilícitamente no adquieren el domicilio del lugar al que hubieran sido desplazados/as (art. 2614). También se hace referencia al domicilio de las personas incapaces, considerando como tal el de su lugar de residencia habitual (art. 2615)[12].

Además, se determina que la capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio y que el cambio de domicilio no afecta su capacidad (art. 2617). El nombre se somete al derecho del domicilio de la persona al tiempo de su imposición, aunque su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo (art. 2618). Finalmente, se establecen directivas en relación a la jurisdicción y al derecho aplicable en materia de ausencia y presunción de fallecimiento (arts. 2619/20).

---

[10] Rubaja Nieve, La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles, en: *Revista de Derecho de Familia*, 2013, No. 59, pp. 99-110.

[11] Esta previsión resulta novedosa puesto que en la legislación anterior sólo se contemplaba la posibilidad de que los titulares vivan en el mismo Estado (art. 89.6. CC).

[12] También esta previsión resulta novedosa puesto que el art. 89.6 CC entendía que el domicilio en estos casos se encontraba en el de quienes ejercían, respectivamente, la patria potestad, tutela o curatela.

IV. Matrimonio y uniones convivenciales

A. Matrimonio

La Sección 2º del Capítulo 3 introduce disposiciones relativas a las problemáticas derivadas del matrimonio. La normativa reproduce casi íntegramente la regulación anterior dispuesta por Ley 23515 (que data del año 1987) y luego incorporada al Código Civil anterior; dicha regulación ya había aprovechado del pluralismo metodológico y normativo que ofrece el DIPr. Es decir que la reforma en esta materia, en principio, siguió con los lineamientos de la legislación anterior, aunque se concentraron sistemáticamente las disposiciones y se mejoraron algunos aspectos. Sin embargo, subsisten algunos desafíos e interrogantes que toman relevancia a razón del devenir actual del derecho de las familias; además, se advierte un limitado ámbito para la autonomía de la voluntad[13]. Sin perjuicio de ello, el gran cambio se observa en relación a los efectos patrimoniales del matrimonio.

Así, en materia de jurisdicción internacional para los problemas derivados del matrimonio (validez, efectos personales y patrimoniales y divorcio) se brindan dos criterios atributivos de jurisdicción —último domicilio conyugal efectivo y domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado— (art. 2621)[14]. Se ofrece, además, una calificación autónoma o autárquica del término "domicilio conyugal" que será funcional para esta disposición como para las normas del sector del derecho aplicable que lo emplean como punto de conexión.

En el sector del derecho aplicable se incluyen disposiciones en relación a la validez del matrimonio —capacidad, forma, existencia y validez quedan sometidas a la ley del lugar de celebración—, al reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero —con expresa referencia a los impedimentos regulados en el derecho interno[15]—, así como disposiciones relativas a la prueba del matrimonio (art. 2622). Se regula el matrimonio a distancia (art. 2623), se establece que el derecho aplicable a los efectos personales del matrimonio será el del domicilio conyugal efectivo (art. 2624) y al divorcio el derecho del último domicilio de los cónyuges (art. 2626).

---

[13] Se advierte un mayor margen para la autonomía de la voluntad en esta materia en otros ordenamientos jurídicos, incluso de las Américas. Así, el nuevo Código de las Familias cubano —sometido a consulta popular y referendo el 25 de septiembre de 2022 y aprobado en la Asamblea General— establece en el art. 464 que ley aplicable a la disolución y extinción del matrimonio puede ser convenida por los cónyuges por documento público limitando tal opción a las alternativas que ofrece el artículo en los incisos a) a d). Luego, y en defecto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, el art. 465 establece que en subsidio se aplica la ley del domicilio común de los cónyuges o la del último domicilio común, siempre que uno de ellos aún resida allí o, en última instancia, la Ley cubana.

[14] Art. 2621 *in fine*. "Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges".

[15] También el código cubano opta por regular la cuestión mediante una norma de policía o internacionalmente imperativa cuando en el art. 458.4 dispone: "Para el reconocimiento de un matrimonio celebrado en el extranjero se tiene en cuenta la no existencia de ninguna de las prohibiciones previstas en los artículos 205 y 206 de este Código". En el caso del código argentino se incluyen los impedimentos del art. 575 que hace referencia a la utilización de gametos de terceros en filiaciones establecidas mediando técnicas de reproducción asistida.

Cabe advertir que en esas dos últimas disposiciones se recoge un único punto de conexión que alude al domicilio conyugal y ello puede ocasionar dificultades en la aplicación práctica. Así, hemos entendido que en el paradigma actual de las familias no todas las parejas conviven. Sumado a ello, tampoco es este un deber que actualmente impone el CCyCN —ver artículo 431.

En consecuencia, hemos aseverado que cabe preguntarse si la calificación que actualmente brinda el artículo 2621 resulta suficiente a los fines de determinar la jurisdicción internacional y/o el derecho aplicable o si podría resultar provechoso que la disposición contenga alguna calificación en subsidio —por ejemplo, si ante la falta de convivencia común pudiera tomarse como tal al domicilio o residencia habitual de cada cónyuge mientras se encuentren en el mismo Estado o al último domicilio común—, o bien que se recurra a otros puntos de conexión que funcionen de manera alternativa o subsidiaria[16].

En este sentido, y en el ámbito del derecho aplicable, la circunstancia de que la legislación brinde un único punto de conexión para determinar el derecho aplicable a esta cuestión (domicilio conyugal) es susceptible de aparejar cierta dificultad en la identificación de este derecho en supuestos en que las personas que integren el matrimonio no convivan o cuando las circunstancias del caso tornen compleja tal determinación. Al respecto, hemos sostenido que la opción podría ser recurrir la lógica que emplea la cláusula de excepción contenida en el artículo 2597 y, cuando resulte manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con el derecho conectado por la norma de conflicto, rastrear el derecho que presente vínculos muy estrechos con el caso, cuya aplicación resulte previsible y bajo cuyas reglas la relación conserve su validez. Otra alternativa podría proponerse recurriendo a la técnica de la adaptación entre los derechos conectados al caso (art. 2595, inc. c)[17].

Es dable advertir que las legislaciones más recientes de la región toman un camino distinto en este aspecto. Así, el de las familias cubano ofrece una más variada gama de posibilidades, especialmente en el artículo 459 en el que regula la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges ofreciendo además otros puntos de conexión ante la imposibilidad de determinar el domicilio conyugal, a saber: la ciudadanía común al momento de su formalización, o la ley del lugar de la formalización del matrimonio.

Por su parte, el artículo 465, y ante la falta del ejercicio de la autonomía de la voluntad para determinar el derecho aplicable al divorcio, se determina que se aplica la ley del domicilio común de los cónyuges o la del último domicilio común, siempre que uno de ellos aún resida

---

16 Harrington, Carolina y Nieve Rubaja, Comentarios a los artículos 2621 a 2626 del Código Civil y Comercial de la Nación, en: M. Herrera y N. de la Torre (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado con perspectiva de géneros*, Buenos Aires, Editorial Editores del Sur, en prensa.

17 *Idem*.

allí o, en última instancia, la Ley cubana. Por su parte, la nueva Ley de DIPr uruguaya[18] en el artículo 24 establece que las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal, pero que si este no existiere, dichas relaciones se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal siempre que permanezca en el mismo alguno de los cónyuges. Igualmente establece que fuera de los casos anteriores, las cuestiones que se susciten sobre relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio de cualquiera de ellos. Si se produjere una controversia ante un tribunal judicial, el actor podrá optar por la ley de cualquiera de esos domicilios. En relación separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del domicilio conyugal; asimismo se establece que cuando los cónyuges tuvieren domicilios en Estados diferentes, la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor (conf. art. 25).

Al respecto reiteramos que, teniendo en cuenta que han transcurrido más de diez años del momento de elaboración de estas normas que hoy contiene el CCyCN y tomando en consideración el incesante, dinámico y progresivo cambio social que atraviesa tanto la sociedad como la concepción de las familias, resulta necesario reflexionar y debatir sobre la posibilidad de que, en una futura reforma, se incorporen puntos de conexión alternativos o subsidiarios[19], para lo que la legislación comparada podría servir de inspiración.

La mayor innovación del CCyCN en este campo es la incorporación de novedosas disposiciones relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio en el artículo 2625. En primer lugar, se admiten las convenciones matrimoniales respecto de los bienes, lo que resulta en sintonía con el derecho de fondo. Luego, se distinguen las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio, que se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal, y las celebradas posteriormente, a las que se les aplica el derecho del domicilio conyugal al momento de la celebración de dicha convención. En defecto de convenciones matrimoniales, se establece que el régimen de bienes se regirá por el derecho del primer domicilio conyugal[20]. Todas estas alternativas con la única excepción de lo que siendo de estricto carácter real esté prohibido por la ley de situación de los bienes. Finalmente, el CCyCN también admite la facultad de los cónyuges de optar por la aplicación del derecho argentino en caso de cambio de domicilio a la

[18] Ley 19920, promulgación: 27 de noviembre de 2020; vigencia: 16 de diciembre de 2020.

[19] Idem.

[20] Esta solución es la misma que preveía el art. 163 introducido por la Ley 23.515 y que ya entonces despertaba reparos en la doctrina. Se había sostenido que la elección del punto de conexión con este corte temporal resultaba inadecuada por establecer una regla para los casos anormales (cuando el fin del cambio de domicilio fuera abusivo o fraudulento por parte de uno de los/as cónyuges —en ese momento se aspiraba a proteger a la mujer frente al hombre—), mientras que, en general, la modificación del domicilio conyugal se realiza de acuerdo y sin expectativas de fraude. Este argumento ha perdido hoy su fuerza a partir de la incorporación legal de los matrimonios igualitarios. Además, subsiste el interrogante en cuanto a la posibilidad de que los/ as cónyuges no hubieran convivido a lo largo de la relación. Por todo ello hemos sostenido que la elección de este único punto de conexión puede —en el caso concreto— resultar inconveniente, máxime en matrimonios de larga data o con variados cambios de domicilio. Idem.

República, mientras la voluntad sea expresada por instrumento público, y no se afecten derechos de terceros.

Pese a la novedad, diversos aspectos han sido señalados en cuanto a la regulación. En tal sentido, hemos sostenido que la nueva propuesta resulta apropiada porque responde al paradigma actual de derechos humanos y de las familias en las que toma protagonismo el derecho la autonomía personal de modo coherente con la apertura que propone el derecho de fondo[21].

Asimismo, cabe advertir que la nueva regulación permite cierta mutación del régimen que rige los efectos patrimoniales del matrimonio. Sin embargo, si se compara por ejemplo con la nueva regulación cubana, a simple vista se advierte que el ámbito cedido a la autonomía de la voluntad puede ser mucho mayor en la medida que se admite que las partes pacten el derecho a aplicar entre las tres opciones que brinda el artículo 460[22]. Incluso la opción que se brinda en subsidio[23] —ley del domicilio conyugal y, a falta de este, la ley del último domicilio conyugal, la de la ciudadanía común al momento de su formalización, o la del lugar de la formalización del matrimonio— responde con mayor proximidad y variedad de alternativas a la cuestión a atender.

B. Uniones convivenciales

Esta figura recoge una realidad que se vislumbraba históricamente a nivel global. Es sabido que en el derecho comparado los distintos ordenamientos jurídicos se posicionan de diferente modo en relación con el tema. Así, en general, optan por: a) equiparación al matrimonio; b) reconocimiento de determinados efectos diferenciándolo del matrimonio; o c) abstención de regular y reconocimiento de esta forma familiar. Por ello, la determinación del asiento jurisdiccional de un caso de esta especie y, consecuentemente, las soluciones de DIPr en torno al derecho a aplicar, pueden resultar claves en la búsqueda de soluciones al caso concreto.

La Sección 3º del Capítulo 3 refiere a las uniones convivenciales en casos con aristas de internacionalidad. Se incorporan disposiciones que abarcan las cuestiones atientes a la jurisdicción internacional (art. 2627) y al derecho aplicable (art. 2628). Para la primera, se establece

---

[21] *Idem*. Además, allí agregamos que pese a ello, en la interpretación y aplicación de esta disposición deberá atenderse especialmente a que no se genere ninguna desigualdad entre los/as cónyuges y extremar los recaudos para detectar cualquier asimetría que genere una posición desventajosa en función de la transversalidad que caracteriza a la perspectiva de género. Ello, tanto en la solución a la que se arribe aplicando el derecho extranjero como al analizar las cuestiones relativas al consentimiento en torno a: el ejercicio de la autonomía de la voluntad, la mutabilidad o cambio del régimen y/o a la elección del derecho aplicable a estos efectos.

[22] a) La del domicilio de cualquiera de los contrayentes en el momento de la formalización del pacto; b) la del domicilio de los cónyuges tras la formalización del matrimonio; y c) la de la ciudadanía de cualquiera de los contrayentes en el momento de la formalización del pacto.

[23] Art. 460.4. A falta de tal elección, las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se rigen por la ley aplicable a las relaciones personales. A su vez, el art. 459 dispone "1. Las relaciones personales entre cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal. 2. A falta de este, se rigen por el último domicilio conyugal, por la ley de la ciudadanía común al momento de su formalización, o por la ley del lugar de la formalización del matrimonio".

que las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual de la parte demandada. Para la segunda, se determina que regirán por el derecho del Estado donde se pretenda hacer valer la unión.

De este modo, se asegura el acceso a la justicia y se deja librado al ordenamiento de cada lugar las cuestiones relativas a los efectos de estas uniones. Sin embargo, uno de los puntos de divergencia pasa por el alcance del tipo legal que contempla esta norma de conflicto. Mientras parte de la doctrina entiende que deben comprenderse de manera amplia[24], otros consideran que debe acotarse únicamente a los efectos de la unión[25].

La regulación uruguaya desagrega algunos aspectos en relación al derecho aplicable a estas uniones que las denomina "uniones no matrimoniales". Así, dispone que la capacidad de las personas para constituirlas, la forma, la existencia y la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente; los efectos derivados de estas uniones se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer; la disolución se rige por la ley del domicilio común de las partes. Finalmente, se establece que cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

La regulación cubana, por su parte, desagrega en el artículo 463 distintos aspectos a regular y otorga un mayor margen a la autonomía de la voluntad respecto estas uniones que las denomina "uniones de hecho afectivas". Así, se establece que la ley aplicable a las condiciones de su instrumentación, registro o reconocimiento, los efectos sobre los bienes y las condiciones de su disolución será la del lugar de instrumentación o reconocimiento de las mismas. Además, se prevé la posibilidad de convenir por escrito durante la vigencia de la unión someter su régimen económico a la ley del domicilio o de la ciudadanía de cualquiera de ellos, o a la ley del Estado donde se haya inscrito la unión de hecho afectiva. Finalmente, se dispone que todo efecto de la unión de hecho afectiva que no tenga atribuida una solución específica se somete a la ley del lugar donde se pretenda hacer valer.

V. Derecho internacional privado de la niñez

El Capítulo 3 de las disposiciones de DIPr contiene diversas Secciones (4 a 8) en las que se regulan situaciones con elementos extranjeros para proteger los derechos humanos de la

[24] Iñiguez, Marcelo, Relaciones de familia en el Derecho internacional privado, en La Ley, 2014-F, p. 146; Dreyzin de Klor, Adriana y Candela Villegas, Unión convivencial en el Derecho internacional privado actual, en: *Revista de Derecho de Familia*, 2020, No. 93, La Ley Online: AR/ DOC/276/2020; Scotti, Luciana B., Comentario al artículo 2628, en: M. López / E. Barreira (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, Vol. 15, p. 235.
[25] Uriondo de Martinoli, Amalia, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Córdoba, Lerner, 2017, p. 83.

niñez: alimentos (arts. 2629 y 2630)[26]; filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 2631 a 2634); adopción internacional (arts. 2635 a 2638); responsabilidad parental e institutos de protección (art. 2639); y, restitución internacional de NNA (art. 2642). Las soluciones allí diseñadas por el legislador han conferido suficiente certeza y seguridad jurídica, sacando provecho para ello del pluralismo normativo y metodológico y de otros recursos propios del DIPr, destacándose la previsión de soluciones en ámbitos en los que el sistema carecía de regulación en la fuente autónoma (alimentos derivados de la filiación, filiación internacional, restitución internacional de niños, responsabilidad parental, tutela y otros institutos de protección, medidas urgentes para la protección de niños). Incluso, las disposiciones han permitido la coordinación con la fuente internacional vigente (ej. art. 2642) y han previsto la sintonía con fuentes aún no vigentes en nuestro país (ej. 2637)[27].

En varias de las disposiciones de estas Secciones se hace expresa referencia a la satisfacción del interés superior del NNA y sus derechos fundamentales; pero aun cuando la referencia no sea expresa, del diálogo de fuentes antes descrito se desprende este camino de manera inexorable. En definitiva, la intención del legislador ha sido dotar a las disposiciones de las aludidas Secciones de esta impronta u orientación material[28], pero al fin del día será el/la juez/a quien en el caso concreto deberá recurrir a la aplicación integral de las fuentes y disposiciones vigentes en la búsqueda de la solución que garantice la concreción de los derechos del NNA y, en consecuencia, de su interés superior.

A continuación, señalaremos algunos lineamientos que permiten advertir cómo se ha canalizado este objetivo desde una perspectiva sustancial y procesal.

A. Perspectiva sustancial

Señalaremos a continuación algunos aspectos en los que se destaca la protección del interés superior del NNA en las disposiciones de las Secciones aludidas, en las que se deja ver la clara intención o propósito del legislador de brindar la mayor previsibilidad posible a las situaciones conflictivas en las que los derechos de NNA puedan verse afectados pero, a su vez, admitiendo suficiente flexibilidad como para alcanzar la satisfacción de su interés superior en el caso concreto.

En primer lugar, y a propósito del pluralismo normativo y metodológico que caracteriza a la disciplina, cabe advertir que el CCyCN contiene diversas normas de conflicto con puntos

---

[26] También capta en sus soluciones a las cuestiones derivadas del matrimonio y de las uniones convivenciales.

[27] Véase especialmente la solución que brinda el art. 2637 en relación a la adopción internacional y las previsiones del Convenio de La Haya de 1993 en la materia que es la fuente por la que se otorgan gran cantidad de adopciones internacionales en el extranjero. Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 160.

[28] Conforme se expresó en los Fundamentos de la reforma "las soluciones aportadas están inspiradas e impregnadas por el derecho internacional de los derechos humanos".

de conexión rígidos y alternativos (art. 2630 alimentos[29], 2632/3 filiación[30], 2636 adopción[31], etc.). Estas circunstancias conllevan a que, por un lado, se brinde una mayor seguridad jurídica pero, por el otro, a que se ofrezca cierta flexibilidad a los fines de atender al interés superior del NNA en cada caso. Nótese que algunas de estas disposiciones hacen expresa alusión a dicho interés expresado en cada contexto —ej. "interés del acreedor alimentario", artículo 2630; "derechos fundamentales del hijo", artículo 2632—; aunque tal como hemos expresado anteriormente, todas las disposiciones en materia de DIPr de la niñez deben ser interpretadas siempre en clave de derechos humanos.

Incluso, esta seguridad aumenta cuando el criterio elegido es el domiciliar (arts. 2632/3 para la filiación, 2636 para la adopción internacional, 2640 para la tutela y otras figuras de protección) justamente para alcanzar las certezas que necesita el derecho de la niñez; aunque, asimismo, podemos aseverar que con una razonable justificación se ha optado por criterios dotados de mayor flexibilidad como es el de la "residencia habitual", por ejemplo para regular las cuestiones atientes a la responsabilidad parental (art. 2639) o cuando se prevé una calificación del término "domicilio" relativo a los menores de edad, atendiendo a la particular situación de estos —cuando sus progenitores/as no residan en el mismo Estado— y con un enfoque infantocéntrico (art. 2614) .

En definitiva, podemos aseverar que el conflictualismo que caracteriza a las soluciones de los problemas del DIPr de la niñez, especialmente en las Secciones 4 a 7, no es neutral[32], principalmente puesto que la elección de los puntos de conexión se caracteriza por un contenido material e incluso en varios casos la orientación material ha sido expresamente proveída por el legislador (ej. arts. 2630 para alimentos, 2632 para la filiación, 2639 para la responsabilidad parental)[33].

---

[29] Pudiéndose optar por la aplicación del derecho de derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Se advierte que en la regulación cubana también se establecen estos puntos de conexión pero en subsidio se dispone que "La ley cubana se aplica si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor conforme a la ley designada", conf. art. 466. Por su parte, la regulación uruguaya ofrece los mismos puntos de conexión aunque la determinación del derecho a aplicar queda a criterio de la parte actora, conf. art. 29.

[30] Pudiéndose optar por la aplicación del derecho del domicilio del hijo/a al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

[31] Debiéndose aplicar el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción.

[32] En similar sentido se ha sostenido que desde una perspectiva funcional el DIPr puede difícilmente seguir siendo tomado como un mero instrumento "neutral" para la repartición de competencias a poco que se preste atención al rampante proceso de materialización que lo viene animando en las últimas décadas. Fernández Arroyo, Diego P., Algunas reflexiones acerca de las relaciones entre el Derecho internacional privado y el Derecho internacional público, en: *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 22 de junio de 2012, disponible en: https://bit.ly/3Bgtly9

[33] En los términos del Dr. Boggiano: "…El nuevo Código, en sus disposiciones de derecho internacional privado, está imbuido de esta dialéctica conflictual-material". El autor pasa detallada revista de esta circunstancia y analiza cómo el materialismo impregna cada una de las áreas del DIPr y del DIPr de familia en particular en Boggiano, Antonio, *Tratado de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 6ª ed., 2017, Tomo I, p. XI y ss.

El materialismo hacia la concreción del interés superior de NNA también se hace presente en otros recursos que, a su vez, ofrecen la flexibilidad necesaria al intérprete en aras de concretar los derechos humanos comprometidos en cada situación evitando que la rigidez del razonamiento repercuta negativamente en dicho interés. A modo de ejemplo, la incorporación de la noción del orden público internacional matizado por el interés superior del niño/a para garantizar la continuidad de sus emplazamientos filiatorios a pesar del fenómeno de la frontera (arts. 2634 para el caso de la filiación y 2637 para el caso de la adopción internacional)[34]. Incluso la flexibilidad puede darse mediante el recurso a otras herramientas que se encuentran en el Capítulo 1 del título, por ejemplo en la cláusula general de excepción (arts. 2597) o en el método de la adaptación recogido en el artículo 2595 c)[35]. Asimismo, puede resultar una herramienta flexibilizadora las diversas posibilidades que ofrece el de funcionamiento del reenvío, artículo 2596, por ejemplo el reenvío equidad o "*in favorem*"[36]; entre otros.

En definitiva, si bien uno de los principales objetivos de la regulación es la aspiración a la previsibilidad y seguridad jurídica, a veces la rigidez puede conducir a soluciones que no estén dotadas de justicia como para materializar el interés superior del NNA en el caso concreto. Por ello, la regulación de fuente autónoma ha recurrido a diversas herramientas flexibilizadoras en aras de alcanzar este objetivo.

En tal sentido, hemos sostenido que se debe procurar hallar un balance apropiado sin pecar por abandonarse a ninguno de los dos extremos: ni respuestas rígidas que no permitan alcanzar o realizar la justicia de la solución; ni soluciones que abandonen el razonamiento propio del DIPr y que pongan en riesgo la previsibilidad y debida defensa de los derechos de las partes. En otras palabras, la flexibilización deberá estar justificada, argumentada

---

[34] Nótese que este es el posicionamiento que ha tomado la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver los casos que se han presentado en casos de gestación por sustitución transfronteriza. En tal sentido, se sostuvo que el margen de apreciación de los Estados para regular las técnicas de gestación por sustitución se restringe frente la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños. "*Mennesson c. Francia*" (No. 65192/11) y "*Labassee c. Francia*" (No. 65941/11). El Tribunal siguió el mismo criterio en los casos: "*Foulon y Bouvet c. Francia (asuntos 9063/14 y 10410/14)*" y "*Laborie c. Francia (asunto 44024/13)*". Puede apreciarse el impacto de la doctrina de estos casos en la jurisprudencia europea, entre otros, en Álvarez González, Santiago, Gestación por sustitución y orden público, en: *InDret*, 2017, Vol. 2, pp. 165 ss. (disponible en: https://bit.ly/42xvPVa); Quiñones Escámez, Ana, El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley, en: *InDret*, 2017, Vol. 2, pp. 201 ss. (disponible en: https://bit.ly/42ro5Uy).

[35] La Prof. Najurieta ha sostenido que este puede consistir en una corrección modificadora de un derecho sustancial a fin de armonizarlo materialmente con el otro o bien en una corrección de los derechos nacionales. Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 152.

[36] Boggiano, *Tratado de Derecho internacional privado*…, ob. cit., p. 570; Uzal, María Elsa, *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 136; Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado…, ob., cit., p. 160. La Prof. Najurieta sostiene que estos institutos no funcionan de manera automática o abstracta, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes.

razonablemente y deberá procurar proteger y asegurar los Derechos Humanos de todos los sujetos involucrados en el caso[37].

En palabras de la Prof. Najurieta "…en el Derecho internacional privado de la infancia, la previsibilidad no debe imponer un marco excesivamente rígido y abstracto, que impida a los jueces efectuar los ajustes necesarios a las necesidades de los niños, en constante dinamismo"[38].

B. Perspectiva procesal

También desde la perspectiva procesal el CCyCN muestra una metodología orientada a garantizar los derechos humanos y, en materia de DIPr de la niñez, contribuye a asegurar el interés superior de NNA. Además, nótese que tanto desde la parte general (Capítulo 2) como desde las Secciones relativas al DIPr de la niñez (4 a 8) diferentes disposiciones recogen esta impronta. Recuérdese que las Secciones 4 a 7 contienen una disposición que refiere a la jurisdicción internacional.

Mencionaremos algunos de estos recursos, sin pretensiones de exhaustividad. Así, la amplitud en acceso a la jurisdicción en cada materia busca facilitar el acceso a justicia cuando están en juego los derechos de NNA, admitiendo incluso en este abanico el foro del actor (ej. arts. 2629, 2631), y adicionando a estas alternativas la posibilidad de recurrir al foro de necesidad cuando se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 2602. Esta perspectiva tan abierta únicamente se ve notoriamente restringida en el artículo 2635 cuando se trate del proceso de adopción de NNA con domicilio en nuestro país, en los que la jurisdicción será exclusiva de los tribunales nacionales en una temática que encuentra una razonada justificación[39].

En cuanto a la cooperación internacional, es dable recordar que hoy se recoge de manera expresa en la fuente autónoma (art. 2611) y que también es abordada en algunas disposiciones de la parte especial. Así, el artículo 2642 en materia de sustracción internacional de NNA, aporta novedosas riquezas al sistema de DIPr, entre ellas: hace extensiva la aplicación de los instrumentos internacionales en la materia —con la expresa incorporación de los principios de *hard* y de *soft law* que emanan de dichos instrumentos—; incorpora disposiciones para

[37] Rubaja, Nieve, Desafíos actuales del Derecho internacional privado de la familia", XIX Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Relato Sección Derecho internacional privado, en: *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2017, XXVI, pp. 131 ss.

[38] Najurieta, Principios y caracteres del Derecho internacional privado…, ob. cit., p. 160.

[39] Es sabido que la Argentina ha mantenido una posición de rechazo hacia la figura de la adopción internacional, especialmente a raíz de la sustracción y sustitución de la identidad de niños durante la dictadura militar en nuestro país. Esta posición resulta acorde con la reserva efectuada por la Ley 23849 a la CDN art. 21, incs. b), c), d) y e) y con las disposiciones de la ley de fondo. Concretamente, con el art. 600 que exige entre sus recaudos que los/las adoptantes cuenten con una residencia continua en la República por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción, exceptuando de esa exigencia a las personas de nacionalidad argentinas o naturalizadas en el país. Es decir, de estas disposiciones se desprende el principio de que NNA domiciliados en la Argentina puedan ser adoptados únicamente por personas con residencia en Argentina, nacionalidad Argentina, naturalizados, o por argentinos/as que se domicilian en el extranjero.

asegurar el regreso del NNA una vez que es ordenada la restitución y para promover los acuerdos entre los/las progenitores/as en todo momento a lo largo de estos procesos, como para garantizar las medidas anticipadas de protección como una forma de proteger el interés superior de NNA en estos casos —con extensión a la protección de los adultos cuyos derechos se encuentren en juego.

Por último, tal como mencionáramos previamente, es un gran aporte la incorporación expresa de las comunicaciones judiciales directas en materia de niñez, sobre todo por la urgencia que caracteriza a estas problemáticas donde la celeridad repercutirá en el derecho a restablecer sus derechos en un plazo razonable (art. 2612)[40].

Finalmente, y tal como hemos adelantado, cabe tener en cuenta que, sin perjuicio de que en el CCyCN no ha podido ser incorporada la regulación relativa al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, sí se ha insertado en el ordenamiento jurídico el deber de reconocer situaciones jurídicas otorgadas al amparo del derecho extranjero, concretamente filiaciones por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (art. 2634), adopciones (art. 2637) y otros institutos de protección de la niñez más allá de los contemplados en nuestra fuente interna (art. 2640). Nótese que ello implica obviar el mecanismo que prevén los códigos procesales para el reconocimiento de sentencias (por ejemplo, art. 517 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), limitándose la labor del operador en cada caso a verificar los pertinentes requisitos formales y los otros recaudos establecidos en las aludidas disposiciones[41].

En relación al rol del interés superior del NNA en aquéllos, cabe destacar que este matizará o focalizará el control del orden público que se efectúe para el reconocimiento o inserción de las situaciones creadas en el extranjero[42]. En definitiva, se establece el deber de reconocimiento y admisión del despliegue de efectos en nuestro país de esas situaciones jurídicas creadas al amparo del derecho extranjero en aras de garantizar la continuidad del estatuto familiar, el derecho a la igualdad, a la identidad y demás derechos humanos de NNA; es decir, asegurar su interés superior.

---

40 La facultad de los tribunales argentinos de establecer comunicaciones directas con sus pares en el extranjero está sujeta únicamente al cumplimiento de ciertos requisitos allí enunciados: necesidad de la situación, que la autoridad extranjera acepte la práctica y que se respeten las garantías del debido proceso. Así, hemos sostenido que la laguna respecto de la formalidad en el empleo de este recurso ha sido deliberada en aras de concretar su finalidad, mientras se cumpla con el último de los recaudos aludidos. Además, entendimos que la práctica no resulta limitativa a autoridades judiciales, ya que se estima que también puede sacarse provecho de este recurso a nivel administrativo. Iud, Carolina y Nieve Rubaja, Algunas herramientas para mejorar el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino, en: *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP-ASADIP, Mizrachi & Pujol, pp. 244 ss.

41 Nótese que especialmente el art. 2634 refiere al deber de "las autoridades competentes" por lo que la directiva está destinada tanto a la autoridad judicial como a la autoridad administrativa, según como se presente en cada caso.

42 Hemos sostenido que esta reducción que efectúa el legislador en relación a la consideración de los principios que ordenan nuestro orden público internacional resulta justificada y razonable en función de los derechos que procuran protegerse y asegurarse. Rubaja, Nieve, Las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial sobre la triple fuente de filiación: por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción, en: Revista Código Civil y Comercial, 2017, septiembre, pp. 63 ss.

VI. Algunas reflexiones

El paradigma del derecho de las familias ha ido evolucionando y ha sido fuertemente impactado por los principios que se desprenden de la protección de los derechos humanos; en este escenario, la internacionalidad de las relaciones también se ha vuelto cada vez más frecuente. Todo ello se refleja en las regulaciones más modernas de DIPr que se encaminan hacia un mayor reconocimiento de la autonomía personal y, en razón de ello, también amplían el margen de la autonomía de la voluntad de las partes en materias en las que históricamente no ha sido admitida —en las condiciones adecuadas y bajo las garantías de solidaridad familiar necesarias. Asimismo, la protección de la niñez en situaciones internacionales se ha constituido en una preocupación y, en consecuencia, se ha tornado una prioridad en la elaboración de estas regulaciones, orientadas hacia la realización de sus derechos y en especial atendiendo a su interés superior.

En estas páginas se ha podido apreciar cómo tanto la nueva regulación argentina en materia de DIPr de las familias recoge estos lineamientos. En definitiva, en se advierte un contenido sustancial u orientación material en las soluciones propuestas para los casos con elementos extranjeros que procura la protección, garantía y realización de los derechos humanos que se ponen en juego en estos casos. Asimismo, se introducen diversos recursos propios del DIPr en función de estos objetivos tales como la adaptación o el reconocimiento de institutos creados al amparo del derecho extranjero. Sin embargo, el continuo dinamismo que caracteriza a las familias conduce a un interrogante constante respecto a la necesidad / posibilidad de revisar la regulación jurídica respecto a estas relaciones.

III. Aportes de los Estudiantes de Derecho

La interpretación del interés superior del niño en los casos de obligación alimentaria de Derecho internacional privado venezolano

Leisbeth Berríos González[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 347-359.

Resumen

Aunque no se conoce una cifra exacta, es ampliamente conocido que en Venezuela durante los últimos años millones de personas han emigrado a diferentes partes del mundo en búsqueda de nuevas oportunidades y mejor calidad de vida. Es probable que todos los venezolanos conozcan, al menos, a una persona cercana, ya sea un familiar, amigo o conocido que haya emigrado del país por estas razones. Cuando las migraciones implican la dispersión familiar, surgen diversas circunstancias que deben ser analizadas desde la perspectiva del Derecho internacional privado (DIPr) y el Derecho de Familia. Una de esas circunstancias es la importancia de proteger el interés superior de los niños y adolescentes cuando existe la obligación de alimentos entre padres e hijos que viven en diferentes Estados. Esta obligación tiene su razón de ser en la ayuda o auxilio recíproco que nace de la relación familiar y puede extenderse a lo económico. En caso de que surjan controversias respecto al cumplimiento de este deber, será fundamental que se examine en primer lugar, la jurisdicción de los tribunales que tengan potestad de conocer y decidir sobre el asunto, así como el derecho aplicable que debe considerar la autoridad judicial.

Abstract

Although the exact number is not known, it is widely known that in Venezuela during the last few years, millions of people have emigrated to different parts of the world in search of new opportunities and a better quality of life. It is likely that all Venezuelans know at least one close person, whether a family member, friend, or acquaintance, who has emigrated from the country for these reasons. When migrations involve family dispersion, various circumstances arise that must be analyzed from the perspective of Private International Law and Family Law. One of these circumstances is the importance of protecting the best interests of children and adolescents when there is an obligation of support between parents and children living in different states. This obligation arises from the mutual assistance that stems from the family relationship and can extend to economic support. In case disputes arise regarding the fulfillment of this duty, it will be fundamental to examine first the jurisdiction of the courts that have the power to know and decide on the matter, as well as the applicable law that the judicial authority must consider.

Palabras clave

Interés superior del niño. Obligación de alimentos. Jurisdicción. Derecho aplicable. Derecho de Familia.

Keywords

Best interests of the child. Maintenance obligation. Jurisdiction. Law applicable. Family Law.

Sumario

I. Noción de interés superior del niño. II. Noción de obligación de alimentos. III. El elemento extranjero relevante para la determinación de los casos de Derecho internacional privado IV. Metodología de Derecho internacional privado venezolano. A. Jerarquía de las fuentes. B. Determinación de la jurisdicción. C. Determinación del Derecho aplicable. V. Desafíos y soluciones sobre la aplicación del interés superior del niño.

[*] Estudiante de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Asistente legal en LEĜA Abogados. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

I. Noción de interés superior del niño

El interés superior del niño es un principio fundamental que guía todo lo concerniente en materia del Derecho de la Niñez y la Adolescencia, y que tiene como objetivo proteger los derechos y garantías de los niños y adolescentes, en favor de su desarrollo integral[1].

La Convención sobre los Derechos del Niño[2] consagra el interés superior del niño, estableciendo que este principio debe ser una consideración primordial en todas las acciones que las instituciones públicas y privadas tomen en relación con la vida del niño. Por lo tanto, la Convención contiene normas que cada Estado parte debe desarrollar en su legislación interna a los fines de asegurar la protección y cuidados necesarios para el bienestar del niño.

En Venezuela, la CRBV establece que los niños y adolescentes son sujetos de derecho y están protegidos por la legislación, así como por los órganos y tribunales especializados. El texto constitucional en su artículo 78 reconoce este principio al establecer protección especial a los niños y adolescentes, e implica que "… El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan…".

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo, LOPNNA) no se limita a definir el interés superior del niño como principio de interpretación del Derecho de menores. En cambio, establece en forma imperativa los elementos que deben ser tomados en cuenta por el respectivo funcionario para su determinación[3]. Ciertamente, el artículo 8 indica que:

> El Interés Superior de Niños y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.
>
> Parágrafo Primero: Para determinar el Interés Superior de niños y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:
>
> a) La opinión de los niños y adolescentes;
>
> b) La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños y adolescentes y sus deberes;
>
> c) La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño o adolescente;

---

[1] Abreviaturas: Derecho internacional privado (DIPr); Ley de Derecho internacional privado (LDIPr); Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA).

[2] Véase artículo 3 y 9 de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, ratificada por Venezuela el 29 de agosto de 1990. Disponible en: https://bit.ly/2uLeERX . Véase además, Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 065, 18 de febrero de 2011 (*María Julia Méndez Casal v. Domingo José Rodríguez Polanco*), en: https://bit.ly/42j0vco. La Sala afirmó que la "Convención contiene normas programáticas de derecho sustancial, que establecen los derechos fundamentales que tienen los niños y los principios que cada Estado parte tienen que desarrollar en su legislación".

[3] Wills, Lourdes, Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2012, No. 136, pp. 149 ss., especialmente p. 149.

d) La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño o adolescente;

e) La condición específica de los niños y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior del Niño, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Además de la referida ley, se han fijado criterios jurisprudenciales con la intención de interpretar y establecer el alcance del principio de interés superior del niño. En este sentido, se analizarán algunos criterios del TSJ:

La Sala Político-Administrativa del TSJ, en sentencia No. 00587, de fecha 19 de octubre de 2022[4], para definir el interés superior del niño cita el criterio de dos decisiones de la Sala Constitucional (No. 1917, 14 de julio de 2003[5] y No. 2320, 18 de diciembre de 2007). La Sala afirma que este

> …**es un principio que excluye el interés individual y coloca por encima de éste la protección de los niños, niñas y adolescentes, por lo que al estar en conflicto** '(…) **los derechos e intereses de los niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros** (…)' (parágrafo segundo del artículo 8 de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes). En razón de ello, este principio debe ser considerado obligatoriamente por el juez en cualquier etapa del procedimiento judicial donde se encuentren involucrados derechos de menores de edad, como sucede en el caso de autos, a fin de brindar una máxima protección a estos. (Subrayado nuestro).

En otro asunto, la Sala Político-Administrativa, en sentencia No. 00586 del 28 de abril de 2011[6] interpreta la definición de interés superior del niño basándose en la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño de 1989. En tal sentido, la Sala considera que se trata de "un principio jurídico garantista que, conforme a doctrina especializada, obliga a la autoridad, en razón de que toda decisión concerniente al niño, debe fundamentalmente considerar los derechos de éste, como norma de interpretación y de resolución de conflictos".

---

[4] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 00587, 19 de octubre de 2022 (*Ana Victoria Pulido Sánchez v. Iván Alejandro Daza Dávila*), en: https://bit.ly/3VLJcOV

[5] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1917, 14 de julio de 2003 (*José Fernando Coromoto Angulo y Rosalba María Salcedo De Angulo*), en: https://bit.ly/3B8Wxr0. La Sala al examinar el interés superior del niño alegado por los progenitores de una adolescente involucrada en un proceso de amparo, consideró que el concepto "interés superior del niño" constituye un principio de interpretación del Derecho de Menores, estructurado bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado. Asimismo, la Sala expresó que, en casos como el presente, el Juez constitucional debe ser cauteloso, pues detrás de la alegación de conceptos jurídicos indeterminados como el del "interés superior del niño", independientemente de su evidente y legítimo carácter tuitivo hacia los menores de edad, pueden escudarse y configurarse auténticos supuestos de fraude a la Ley, con miras a desvirtuar el proceso y su fin último, cual es la consecución de la justicia. Véase además Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1649, 19 de noviembre de 2013 (*Onilda Gómez Paz),* en: https://bit.ly/3MctA3H. La Sala reitera que el principio de interés superior del niño es un "concepto jurídico indeterminado", lo que significa que "las decisiones en las cuales debe privar el interés superior del niño, deben responder al caso en concreto".

[6] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Exp. No. 2011-0071, 28 de abril de 2011 (*Luis Beltrán Millán Quijada v. Carsten Schulz Haak*), en: https://bit.ly/3MaGlMe

Así la Sala continúa señalando que el reconocimiento de este principio

> …**supone en sede judicial o jurisdiccional un análisis holístico de los derechos afectados y el impacto de la decisión de la autoridad judicial en estos derechos y en la forma como esa decisión es percibida en la vida emocional del niño**; lo que impone al sentenciador reflexionar en relación al impacto psicológico y espiritual que pudiere tener su decisión sobre el niño. (Subrayado nuestro).

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, entendemos que el interés superior del niño es un concepto amplio que busca proteger los derechos y garantías de los niños y adolescentes para asegurar su desarrollo integral[7]. La determinación de lo que se entienda por dicho interés requiere de la valoración previa del legislador. Este principio no sólo considera la condición del niño o adolescente como persona en etapa de desarrollo, sino también el equilibrio entre sus derechos y garantías, los deberes que la Constitución y las leyes les imponen, las exigencias del bien común y los derechos de las demás personas.

En consecuencia, a pesar de que el párrafo segundo del artículo 8 de la LOPNNA establece que "En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros", esto no significa que dicho interés tenga prevalencia incluso por encima de las normas legales y, por consiguiente, de la seguridad jurídica de todos los destinatarios del ordenamiento jurídico[8]. Por eso, en toda decisión que involucre a los niños y adolescentes se debe realizar una evaluación integral de las previsiones legales para alcanzar el adecuado balance en el caso concreto.

II. Noción de obligación de alimentos

La obligación de alimentos[9] es el deber jurídico que tiene una persona de proveer los medios necesarios para la subsistencia de otra[10], siempre que el sujeto obligado cuente con los

---

[7] Sira, Gabriel, El interés superior del niño en las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (2013-2017), en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, No. 10, pp. 981 y ss., especialmente p. 1002. El autor señala que el interés superior del niño es "concepto paraguas que tiene por objeto garantizar los derechos de los niños en pro de su desarrollo debiendo, en consecuencia, evaluarse cómo la decisión puede afectar dicho bien jurídico a fin de elegir la solución más beneficiosa y sin que por ello pueda desconocerse el resto de los derechos que consagra el ordenamiento jurídico, ya que lo correcto es que se ponderen los intereses en cada caso y no que se pongan perennemente uno sobre el otro".

[8] Wills, Lourdes, Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño…, ob. cit., p. 170. La autora afirma que "Ciertamente, en la formulación normativa venezolana, podemos evidenciar el reconocimiento (…) de diversos tipos de interés entre los cuales cabe citar el interés general, el interés colectivo o difuso, el interés familiar, el interés individual y el interés del niño, de los cuales exclusivamente este último tiene el calificativo de *superior*. No obstante, la inclusión de este calificativo en la denominación del interés del niño, niña o adolescente (…) no comporta la prevalencia de dicho interés incluso por encima de las reglas legales".

[9] Aguilar Mawdsley, Andrés, La obligación alimentaria en el Derecho venezolano, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1967, No. 4, pp. 9 y ss., especialmente p. 9. El autor sigue a Bonet Ramón, Francisco, *Compendio de Derecho Civil,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, p. 694. "En el lenguaje jurídico —dice Bonet— la palabra alimentos comprende en general, todo lo que es necesario para la satisfacción de las necesidades de la vida".

[10] Domínguez Guillén, María Candelaria, *Manual de Derecho de Familia,* Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, Colección Estudios Jurídicos No. 20, p. 41. La autora explica que por subsistencia ha de entenderse como todo lo necesario para vivir, como alimentación, vivienda, vestido, medicamentos, estudios, recreación, etc.

recursos económicos para poder soportar la ayuda económica que se le solicita, sin menoscabar su propia subsistencia y la de los familiares más allegados.

La obligación de alimentos puede surgir por mandato legal, por un negocio jurídico (puede ser un contrato o testamento), o por sentencia como forma de reparación del daño causado por un hecho ilícito[11]. Este tema alimenticio suele ser resuelto —generalmente en juicio— junto con otros temas discutidos como el divorcio, la separación de cuerpos, la nulidad del matrimonio y la ruptura de la unión de hecho[12]. En las siguientes líneas nos dedicaremos particularmente a explicar la obligación alimentaria entre padres e hijos, en virtud de su vínculo jurídico filial[13].

El artículo 76 de la CRBV[14] consagra expresamente la obligación alimentaria en los siguientes términos:

> …El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquellos no puedan hacerlo por sí mismos. **La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria** (subrayado nuestro).

El texto constitucional reconoce el deber jurídico de los padres de proveer alimentos a sus hijos, y a su vez el derecho de los hijos a recibirlos. Además, establece la obligación del Estado de garantizar la prestación de alimentos a los niños y adolescentes, para lo cual los órganos y tribunales especializados deben obedecer y desarrollar las normas contenidas en la CRBV y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Venezuela en esta materia. Por tanto, en todas las acciones que involucren a niños y adolescentes, el principio del interés superior debe ser considerado.

Resulta relevante señalar que la LOPNNA[15] cambió la denominación "alimentos" por "manutención". En este sentido, la doctrina distingue entre la obligación de alimentos propiamente dicha y la obligación de manutención. La primera supone el estado de necesidad del solicitante, es decir, que le sea imposible al requirente satisfacer sus necesidades por sí mismo; mientras que la segunda debe cumplirse independientemente de la fortuna de los hijos[16] y en razón de la existencia de un nexo jurídico.

---

[11] López Herrera, Francisco, *Derecho de Familia*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 137.

[12] Domínguez Guillén, María Candelaria, Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999, en: *Revista de Derecho*, 2005, No. 17, pp. 215 ss., especialmente pp. 236-237.

[12] Véase el artículo 77 de la CRBV. Partimos de esta norma para sostener que la obligación alimentaria es extensible a las uniones estables de hecho que cumplan los requisitos establecidos en la ley, esto en virtud de la equiparación de los efectos con el matrimonio.

[13] Rodríguez, Luis, La filiación y el sistema de Derecho internacional privado venezolano, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje, No. 12, pp. 779 ss., especialmente p. 780. El autor define la filiación como "la relación inmediata de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo o hija".

[14] Artículo 76, último aparte de la CRBV. Este artículo está relacionado con el artículo 78 del mismo texto normativo.

[15] LOPNNA, Gaceta Oficial, No. 6.185 Extraordinario, 8 de junio de 2015. Véase artículos 365 ss.

[16] Aguilar Mawdsley, La obligación alimentaria en el Derecho venezolano…, ob. cit., p. 42.

En cuanto a la obligación de los padres de proporcionar alimentos al hijo menor de edad, no aplica la exigencia del estado de necesidad del requirente[17], respecto a los cuales procede la obligación alimentaria que incluye los denominados alimentos *congruos*[18], es decir, aquellos que cubren las necesidades básicas de comida, bebida, vivienda y vestido.

La expresión "alimentos" no se limita únicamente a la comida, sino que debe ser entendida en un sentido más amplio, incluyéndose los aspectos esenciales para garantizar la subsistencia de la persona. La subsistencia abarca todo aquello necesario para vivir, como la alimentación, vivienda, vestido, medicamentos, estudios y recreación[19]. Esta amplia noción de alimentos se observa en el artículo 365 de la LOPNNA que en materia de niñez y adolescencia señala además de sustento a "vestido, habitación, educación, cultura, asistencia, atención médica, medicinas, recreación y deportes".

Si bien la doctrina venezolana distingue entre la obligación alimentaria propiamente dicha y la obligación de manutención a niños y adolescentes, ambas tienen —evidentemente— caracteres en común. Sin embargo, el objetivo de esta investigación no es profundizar en las diferencias doctrinales entre estas obligaciones familiares.

En consecuencia, a partir de este momento, nos referiremos solamente a las expresiones "obligación de alimentos" u "obligación alimentaria" y examinaremos específicamente el tema del interés superior del niño en los casos de la obligación de los padres de proporcionar alimentos a sus hijos cuando éstos tienen domicilios en diferentes Estados. Ante esta situación que relaciona a ordenamientos jurídicos extranjeros, surge la necesidad de, en primer lugar, determinar qué tribunal es competente y, una vez afirmada la jurisdicción, estudiar en segundo lugar el problema del Derecho aplicable.

III. El elemento extranjero relevante para la determinación de los casos de Derecho internacional privado

El DIPr se aplica en situaciones en las que se presenta un problema que involucra a ordenamientos jurídicos de diferentes Estados. Para que haya una relación entre estos ordenamientos, es necesario que exista una conexión previamente valorada por el legislador nacional o extranjero. Esa conexión es considerada como un elemento extranjero relevante que internacionaliza el supuesto de hecho planteado[20]. Es por eso por lo que este elemento debe ser analizado en cada caso concreto.

---

[17] Véase artículo 295 CCV: "No se requiere la prueba de los hechos o circunstancias a que se refiere el encabezamiento del artículo anterior, cuando los alimentos se pidan a los padres o ascendientes del menor de edad, y la filiación esté legalmente establecida."
[18] Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de Familia*…, ob. cit., p. 53.
[19] *Ibid.,* p. 41.
[20] Hernández-Bretón, Eugenio, Casos de Derecho de familia internacional. Aproximación metodológica, en: V. Guerra / Y. Pérez / C. Lugo (coord.), *Derecho Familiar Internacional. Metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Dike, Universidad del Rosario, Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela, 2014, pp. 17 ss., especialmente p. 20.

Si existen elementos extranjeros relevantes en la controversia planteada, se deberá aplicar el DIPr venezolano para su resolución. La LDIPr[21] identifica a estos elementos en su artículo 1 como "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros…". Por el contrario, si no existen elementos extranjeros relevantes, o si los mismos no tienen ninguna relevancia jurídica en la controversia, el asunto se resolverá de acuerdo con el sistema de Derecho privado nacional, de manera similar a como se resolvería un caso estrictamente nacional[22].

El análisis anterior resulta válido tanto para abordar el problema procesal de la jurisdicción como para determinar el derecho aplicable a los casos sobre obligaciones alimentarias jurídicamente internacionalizadas.

IV. Metodología de Derecho Internacional Privado venezolano

A. Jerarquía de las fuentes

Para determinar tanto la jurisdicción y el derecho aplicable en casos jurídicamente internacionalizados, se debe seguir el orden de prelación de las fuentes de DIPr venezolano que establece el artículo 1 de la LDIPr[23].

En primer lugar, se deben examinar las normas de Derecho Internacional Público que rigen la materia, sobre las cuales la LDIPr no establece una jerarquía. En segundo lugar, si no hay una norma de Derecho Internacional Público que rija el asunto, se deben evaluar las normas venezolanas de DIPr[24].

Seguidamente, si se verifica la ausencia de una norma positiva, hay que recurrir a la analogía y, si es necesario, buscar soluciones en los principios de DIPr generalmente aceptados. Sin embargo, en cuanto a la determinación de la jurisdicción del juez venezolano, no se aplican como fuentes la analogía y los principios de DIPr generalmente aceptados. En su lugar, la

---

21 Gaceta Oficial No. 36.511 de fecha 06/08/1998.

22 Madrid Martínez, Claudia, Relaciones de las empresas con sus pares. Los contratos internacionales, en: C. Madrid Martínez (ed.), *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, Serie Cuadernos 1, p. 101. La autora considera que para determinar la relevancia de los elementos extranjeros es necesario activar el sistema de DIPr, lo que permitirá determinar si el elemento en examen deber ser descartado o no en el caso concreto que se plantee.

23 Véase el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CINGDIP), publicada en Gaceta Oficial No. 33.252 26 de junio de 1985, CIDIP II, Montevideo Uruguay, 1979. Los artículos 1 de la CINGDIP y 1 de la LDIPr son un reflejo de la convivencia de las fuentes convencionales y estatales del sistema venezolano de DIPr. Cuando los ordenamientos jurídicos conectados con el caso pertenecen a Estados entre los cuales está vigente la CINGDIP, se debe aplicar el artículo 1 de dicha Convención de manera preferente. Sin embargo, si esos ordenamientos jurídicos pertenecen a Estados no contratantes de la Convención, entra en funcionamiento el artículo 1 de la LDIPr.

24 Hernández-Bretón, Casos de Derecho de Familia Internacional…, ob. cit., p. 24. El autor sostiene que cuando el artículo 1 de la LDIPr refiere a las normas de Derecho Internacional Privado venezolano, esto implica tomar en cuenta, principalmente pero no exclusivamente, las normas contenidas en la LDIPr, sino que también se incluye el derecho preexistente no derogado y el derecho sobrevenido que se haya producido desde la entrada en vigor de la LDIPr el 6 de febrero de 1999.

atribución de la potestad jurisdiccional vendrá determinada por una norma expresa contenida en un tratado internacional o en una ley nacional[25].

La interpretación adecuada del orden de suceder de las fuentes de DIPr es fundamental para evitar errores al determinar la jurisdicción y el derecho aplicable. Desafortunadamente, en la práctica se han presentado casos en los que se ha aplicado incorrectamente ese orden, lo cual examinaremos con mayor detalle en las siguientes líneas, enfocándonos específicamente en los casos de obligación alimentaria de DIPr.

B. Determinación de la jurisdicción

Tras analizar el orden de prelación de las fuentes de DIPr establecido en el artículo 1 de la LDIPr, se ha señalado que, en ausencia de una norma de Derecho Internacional Público aplicable al caso planteado, se deben considerar las fuentes nacionales de DIPr. En este sentido, de acuerdo con el artículo 39 de la misma ley, la jurisdicción se atribuye a los tribunales venezolanos si el demandado tiene su domicilio[26] en el territorio nacional.

Por otro lado, cuando el demandado no tiene su domicilio en Venezuela, se aplican los criterios especiales atributivos de jurisdicción establecidos en los artículos 40, 41 y 42 de la LDIPr. Para los propósitos de este trabajo, solo consideramos oportuno explicar los criterios del artículo 42, que prevén los supuestos en que se atribuye la jurisdicción para conocer los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares: "… 1. Cuando el derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de la LDIPr, para regir el fondo del litigio"; y "2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República".

Como se ha venido señalando, en materia jurisdiccional si hay silencio del legislador sobre un caso que involucre elementos de extranjería, los tribunales venezolanos no tendrán potestad de conocer y decidir el mismo. En todo caso se exige que estos elementos estén previamente identificados por el legislador nacional o internacional. Por tanto, en esta materia no existen casos no previstos o lagunas que permitan la aplicación por analogía de las normas sobre competencia territorial interna[27] .

---

[25] Véase el art. 137 de la CRBV: "La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

[26] Véase el artículo 11 de la LDIPr: "El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual".

[27] Hernández-Bretón, Eugenio, Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (especial referencia a los litisconsorcios pasivos) en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2020, No. 2, pp. 531 ss., especialmente p. 551.

En la práctica, no siempre se ha logrado una determinación adecuada de la jurisdicción en casos que contienen elementos extranjeros. Esto se debe a que se han dado situaciones en las que se ha tratado un asunto nacional como si fuere internacional, a pesar de que los elementos extranjeros presentes en el caso no eran jurídicamente relevantes.

En este sentido, resulta preocupante que, en asuntos relacionados con menores se ha violado la advertencia anterior al utilizar el principio del interés superior del niño como criterio atributivo de jurisdicción, lo que ha llevado a que los jueces venezolanos conozcan y decidan casos que no les corresponden[28]. Esta situación es especialmente problemática debido a que dicho principio no ha sido establecido como criterio atributivo de jurisdicción por el legislador.

Este problema se presentó en un caso de divorcio solicitado por una ciudadana venezolana contra un ciudadano boliviano en el que también se solicita la regulación del régimen de patria potestad, responsabilidad de crianza, custodia, obligación de manutención y régimen de convivencia familiar de su hijo menor de edad[29].

La Sala Político-Administrativa del TSJ, en primer lugar, reconoció el sistema de prelación de las fuentes de DIPr venezolano y comprobó que no existieran tratados vigentes entre Venezuela y Bolivia sobre la materia. Seguidamente efectuó el análisis de la regulación interna y citó el artículo 13 de la LDIP, que establece el domicilio como factor de conexión para determinar el derecho aplicable en materia de estado, capacidad y relaciones familiares de los hijos.

Además, la referida Sala del TSJ afirmó que el principio del "interés superior del niño" está relacionado con el concepto de domicilio y que se entiende como el factor de conexión para determinar la ley aplicable. Asimismo, la Sala resaltó que este principio está consagrado y reconocido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989.

---

[28] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 00586, 28 de abril de 2011 (*Luis Beltrán Millán Quijada v. Carsten Schulz Haak*), en: https://bit.ly/3BcJHYB. Especialmente véase el voto salvado del 4 de mayo de 2011. En este voto, la magistrada disidente se opone al fallo que declara apropiadamente la falta de jurisdicción del juez venezolano. Según su criterio, la aplicación del criterio del domicilio de una menor y su padre demandado, como factor de conexión para determinar el Derecho aplicable descartaba la posibilidad de concretarse un paralelismo conforme al artículo 42 numeral 1 de la LDIPr, en razón de que ese domicilio se encontraba en Alemania. La magistrada argumenta que la sentencia transgredía los principios de la CRBV y las leyes, así como las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, y se apartaba del principio del interés superior del niño. Por lo tanto, consideraba que Venezuela sí tenía jurisdicción. Además, véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0005, 13 de enero de 2010 (*Rubén Darío Godoy Lucena v. Adely Beatriz Salcedo Guerrero*), en: https://bit.ly/3HUL0PP. La Sala afirmó la jurisdicción del juez venezolano para conocer y decidir la solicitud de custodia temporal incoada por el ciudadano Rubén Darío Godoy Lucena contra la ciudadana Adely Beatriz Salcedo Guerrero. Para formular la decisión, la Sala tomó en consideración el interés superior del niño, visto que en el caso discutido se encontraban directamente involucrados los derechos e intereses de dos niños menores de edad. En consecuencia, la Sala declaró que el domicilio de lo niño se encuentra en Venezuela, por tanto, la Sala consideró que corresponde al juez venezolano el conocimiento del asunto. Este mismo análisis lo utiliza en Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1137, 11 de noviembre de 2010 (*María Gabriela Pérez Romero v. Olivier Pierre Rene Helle*), en: https://bit.ly/3NVJUqF. En la cual la Sala para afirmó la jurisdicción de juez venezolano para conocer y decidir sobre la demanda de divorcio interpuesta por María Gabriela Pérez contra su cónyuge Olivier Pierre Rene Helle.

[29] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 00587, 19 de octubre de 2022 (*Ana Victoria Pulido Sánchez v. Iván Alejandro Daza Dávila*), en: https://bit.ly/3NX4maW

La Sala también señaló que el principio del interés superior del niño debe ser considerado obligatoriamente por el juez en cualquier etapa del procedimiento judicial donde se encuentren involucrados derechos de menores de edad, a fin de brindar una máxima protección a estos. Para definir el interés superior del niño, la Sala examinó varias fuentes, incluyendo el artículo 78 de la CRBV y las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ Nos. 1917 y 2320 del 14 de julio de 2003 y 18 de diciembre de 2007, respectivamente. Adicionalmente, la Sala citó el segundo párrafo del artículo 8 de la LOPNNA.

La Sala también invocó el artículo 173 de la LOPNNA[30], y conforme a esta norma que establece un criterio de competencia material interna y al artículo 13 de la LDIPr, una norma que califica el domicilio de los menores e incapaces, la Sala entiende que ambas fijan el domicilio del niño o adolescente como factor de conexión para determinar la jurisdicción y la competencia por el territorio del tribunal que habrá de conocer de los asuntos o de las demandas relacionadas con el ejercicio de las acciones relativas a las relaciones familiares y régimen de convivencia familiar[31].

Por las razones antes expuestas, considerando que la demandante y su hijo tienen su domicilio en Venezuela, la Sala decidió —sin tomar en cuenta los criterios atributivos de jurisdicción establecidos en el sistema de DIPr venezolano— que los tribunales venezolanos tenían jurisdicción para conocer el caso.

La Sala fundamentó su decisión en que la demanda de divorcio estaba directamente relacionada con los derechos del niño en lo concerniente a la guarda, la obligación de alimentos y el régimen de visitas, que son consideradas instituciones de orden público según lo establecido en el artículo 12 de la LOPNNA. Además, tomó como fundamento el artículo 1 de la referida ley, que establece el deber del Estado venezolano de garantizar la protección integral de los niños y adolescentes que se encuentran en el territorio nacional.

Por otra parte, en la sentencia No. 01200 del 25 de mayo de 2000, la Sala Político-Administrativa del TSJ[32] al resolver un recurso de regulación de jurisdicción con ocasión de una demanda de divorcio, aplicó indebidamente las normas venezolanas de DIPr en un caso que no presentaba elementos de extranjería relevantes ya que, aunque los cónyuges habían establecido su domicilio conyugal en el Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica, ambos se encontraban domiciliados en el territorio venezolano en el momento

[30] Art. 173 de la LOPNNA: "Corresponde a los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme con lo establecido en este Título, las leyes de organización judicial y la reglamentación interna".

[31] Madrid Martínez, Claudia, Venezuela: de nuevo el interés superior del niño como criterio de jurisdicción, en: *Hablemos de Derecho Internacional Privado*, 21 de octubre de 2022. Disponible en: https://bit.ly/3psX18V

[32] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 01200, 25 de mayo de 2000 (*Boris Galo Grunblatt Guerra v. Blanca Nieves Elisa Clotilde Perina Benito*), en: https://bit.ly/3nN5GlT. La parte demandante además del divorcio, solicitó la prohibición de salida del país de sus dos hijos y la fijación de una pensión alimenticia a favor de los mismos.

en que se presentó la demanda ante la Sala de Juicio de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sala II.

C. Determinación del Derecho aplicable

Una vez afirmada la jurisdicción venezolana en los casos de obligación alimentaria internacionalizada, es necesario determinar el derecho aplicable, siguiendo el orden jerárquico establecido en el artículo 1 de la LDIPr.

Como se ha señalado antes, en primer lugar, es necesario examinar las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia alimentaria. Al respecto, el Código Bustamante (CB)[33] en sus artículos 67 y 68 establece los asuntos relativos a los alimentos entre parientes y considera que las disposiciones sobre alimentos son de orden público internacional. Sin embargo, las soluciones del CB en materia de alimentos no tienen mayor relevancia para el sistema de DIPr venezolano debido al reducido número de Estados parte del mismo (sin reservas genéricas); por la reserva que hizo Venezuela del artículo 67[34]; y la inconstitucionalidad de varias de sus soluciones[35].

Además, es importante tener en cuenta que Venezuela ratificó la Convención sobre Derechos del Niño, la cual prioriza el interés superior del niño y del adolescente. También existen otros instrumentos internacionales en materia de alimentos, por lo tanto, en cada caso concreto será necesario evaluar cuáles son los instrumentos aplicables tanto para Venezuela como para los ordenamientos jurídicos extranjeros vinculados al caso planteado.

Cuando se apliquen las normas de DIPr venezolano, especialmente las normas conflictuales, es necesario interpretarlas cuidadosamente. Uno de los problemas más delicados en este ámbito se refiere a la interpretación del factor de conexión. En materia de familia actualmente el domicilio es el principal factor de conexión[36]. En este sentido, se entiende por domicilio el territorio del Estado donde una persona tiene su residencia habitual[37]. Específicamente en lo referido a la obligación de los padres respecto a sus hijos, es importante considerar —aunque no de forma exclusiva— las disposiciones contenidas en los artículos 11, 13, 15 y 24 de la LDIPr.

El artículo 13 de la LDIPr establece que "El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen

33 Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.
34 El artículo 67 del CB establece que el régimen aplicable al Derecho de alimentos está determinado por la ley personal del obligado. No obstante, este artículo fue reservado por Venezuela.
35 Rodríguez, La filiación y el sistema de Derecho internacional privado venezolano…, ob. cit., p. 815.
36 Hernández-Bretón, Casos de Derecho de familia internacional…, ob. cit., p. 29.
37 Véase el artículo 11 de la LDIPr. La norma define que el domicilio de la persona física debe entenderse como el territorio del Estado donde esta tiene su residencia habitual.

su residencia habitual"[38]. Por lo tanto, en los casos de obligación alimentaria de DIPr, si el hijo tiene su residencia habitual en Venezuela, el ordenamiento jurídico venezolano será el aplicable.

El artículo 24 de la LDIPr señala que tanto el establecimiento de la filiación como las relaciones entre padres e hijos se rigen por el Derecho del domicilio del hijo, obligando su regulación por un único Derecho a los fines de evitar perjudiciales fraccionamientos entre supuestos de hecho claramente vinculados. Aunque la norma no lo indica expresamente, en tales relaciones está contemplado el derecho a la obtención de alimentos[39]. Este artículo concede al Derecho del domicilio del hijo una importancia decisiva para regir todas aquellas relaciones jurídicas que le conciernen.

En consecuencia, si las normas conflictuales indican que el Derecho material competente es el venezolano, el juez deberá decidir con arreglo a las disposiciones del CCV que prevé la obligación legal de alimentos entre padres e hijos por el vínculo paternofilial que los une (arts. 282 ss. CCV). Además, deberán observar las normas previstas en la LOPNNA.

V. Desafíos y soluciones sobre la aplicación del interés superior del niño

Durante el desarrollo de este ensayo se ha explicado que el interés superior del niño es un principio esencial en materia del Derecho de la Niñez y la Adolescencia. Su objetivo es proteger los derechos y garantías de los niños y adolescentes con el fin asegurar su desarrollo integral. Además, la determinación este principio dependerá de la valoración previa que realice el legislador y en Venezuela se encuentra expresamente consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución de 1999 y la LOPNNA.

Cuando se presentan controversias que implican la dispersión entre familiares domiciliados en diferentes Estados, tales asuntos suelen resolverse en juicio junto con la exigencia de la obligación de alimentos de los padres hacia sus hijos. Debido a que se trata de una situación que involucra a niños y adolescentes, es inevitable tomar en cuenta el interés superior del niño al considerar la solución más adecuada.

Para resolver ese tema alimenticio es necesario determinar si existe alguna relación entre los sistemas jurídicos de los distintos Estados involucrados. Esto requerirá que el legislador

[38] Hernández-Bretón, Eugenio, El domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado venezolano actual, en: *Liber Amicorum Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 131 ss., especialmente p. 142. El autor considera que "resultaría más sencillo hablar tan solo de residencia habitual y así evitar confusiones".

[39] Esis, Ivette, La obligación alimentaria en el Derecho internacional privado: Nuevos desafíos y realidades, en: en: V.H Guerra / C. Madrid / Y. Pérez (coord.), *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2010, pp. 75 ss., especialmente p. 89.

haya establecido previamente una conexión entre dichos sistemas, ya que será esta conexión la que permita la aplicación del DIPr al problema en cuestión.

En este sentido, si se verifica que el problema planteado tiene carácter jurídicamente internacionalizado, será necesario determinar tanto la jurisdicción como el derecho aplicable para resolver el asunto, siguiendo el orden de prelación de las fuentes del DIPr venezolano que se establece en el artículo 1 de la LDIPr.

No obstante, en la práctica no siempre se ha logrado una adecuada determinación de la jurisdicción en casos de obligaciones alimentarias que involucran elementos extranjeros. Esto se debe a la interpretación equivocada que se le ha dado al interés superior del superior del niño, al entenderlo como un criterio atributivo de jurisdicción. Como resultado, los jueces venezolanos han asumido la potestad de juzgar en casos no les corresponde, ya que este principio no está establecido por el DIPr como criterio de jurisdicción.

La situación descrita es preocupante porque se ha invocado el principio del interés superior del niño para justificar decisiones contrarias a las normas legales, lo que afecta la seguridad jurídica que se debe garantizar a todos los destinatarios del ordenamiento jurídico. Por tanto, aunque es cierto que en casos de obligación alimentaria internacional entre padres e hijos se debe evaluar el interés superior del niño, este principio no puede ser utilizado como un criterio para atribuir jurisdicción.

Para garantizar la protección de los niños y adolescentes en los casos de obligación alimentaria de DIPr, será fundamental realizar una adecuada interpretación de las normas de DIPr venezolano. De esta manera, se podrá determinar correctamente la jurisdicción de los tribunales y el derecho aplicable al asunto planteado.

La Doctrina del *Forum non Conveniens* ¿Amigo o enemigo del Derecho internacional privado?

Sebastián Zabaleta[*]

Raúl Ruiz[**]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 361-385.

Resumen

Este artículo pretende analizar en qué consiste la doctrina del *forum non conveniens* y cuál es su estado actual, con especial énfasis en los problemas que ha generado en su práctica y aplicación en el Derecho internacional privado. A tales fines, en el artículo se esboza una breve reseña sobre lo que es y no es tal doctrina, desde un punto de vista de Derecho comparado y tomando en cuenta la creencia generalmente aceptada sobre el origen de la doctrina, para luego pasar a explorar las críticas y halagos que ha recibido su aplicabilidad tanto en sistemas de *common law*, como de *civil law*; todo con la finalidad de intentar responder si la doctrina del *forum non conveniens* es una solución, o un problema más para el derecho.

Abstract

This paper seeks to analyze the forum non conveniens doctrine and its status, with a special reference to the issues that have arisen because of its practical application in Private International Law. With this purpose, in this paper we elaborate a short idea about what is and what is not such a doctrine, starting from a comparative point of view and analyzing the generally accepted belief about the origins of the doctrine of *forum non conveniens*, then moving forward to explore the criticism and accomplishments that its use has caused in *common law* and *civil law* systems; all of this to answer whether the *forum non conveniens* doctrine is a solution or rather a problem for the law.

Palabras clave

Derecho internacional privado. *Forum non conveniens*. Jurisdicción. Arbitraje. *Forum shopping*. Acceso a la justicia.

Keywords

Private International Law. Forum non conveniens. *Jurisdiction. Arbitration. Forum shopping. Access to justice*.

Sumario

Introducción. I. Noción del *forum non conveniens* A. La relación del *forum non conveniens* con el *forum non competens* 1. El *forum non competens* como ancestro conceptual del *forum non conveniens* B. El estado actual del *forum non conveniens* 1. El *forum non conveniens* en el *civil law* 2. El *forum non conveniens* en el *common law* C. El *forum non conveniens* y el *forum necessitatis,* dos caras opuestas de una misma moneda 1. *Forum necessitatis* vs. *Forum non conveniens*. II. Consideraciones sobre la utilidad del *forum non conveniens* A. El acceso a la justicia como protagonista B. Sobre el uso de la palabra conveniencia. III. Consideraciones sobre los problemas del *forum non conveniens* A. La práctica del *forum shopping* B. El *forum non conveniens* en el arbitraje. Comentarios finales.

[*] Estudiante de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Asistente Legal de Consultores Jurídicos: Ayala Dillon Fernández & Chavero y Asistente de Investigación del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

[**] Estudiante de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Asistente Legal en Araque, Reyna, Sosa, Viso & Asociados (AraqueReyna), miembro estudiantil del Chartered Institute of Arbitrators (CiArb) y del American Bar Association Section of Dispute Resolution (ABA-DR).

Introducción

El presente trabajo es un esfuerzo por acercarse a la discutida doctrina del *forum non conveniens* en el panorama comparado y como institución de derecho en un mundo que se encuentra sujeto a constantes tensiones. En la opinión de los autores, el *forum non conveniens* representa un desarrollo jurídico que vale la pena analizar, pues es posible que su entendimiento guarde una de las piezas fundamentales para el avance y mejora de la práctica del jurídica en el mundo.

Bajo esa premisa, este trabajo pretende ilustrar en qué consiste esta doctrina y de donde proviene, ejemplificando su aplicación práctica y la manera en la que subsiste hoy en día. Nuestra aproximación a la figura pasa por analizar cómo ha sido aplicada en el mundo actual, tanto en la llamada jurisdicción ordinaria, como en otras instancias o espacios dedicados a la resolución de conflictos.

Creemos que la aplicabilidad de esta doctrina pasa por un conjunto de argumentos que son de relevancia para el entendimiento y crecimiento del derecho en la actualidad, y sobre todo que es, como algunos la han llamado, una herramienta procesal del Derecho internacional privado.

Acercarse a esta doctrina supone un esfuerzo de extensión y propagación que creemos es importante compaginar en la práctica del jurídica en general, pero muy especialmente en la práctica del Derecho internacional privado, toda vez que su entendimiento puede ayudar a materializar la justicia de forma más genuina, a ello aludimos como una de esas piezas fundamentales que representan el siguiente escalón en el desarrollo de la práctica jurídica a nivel mundial.

La pregunta que buscamos responder en estas breves líneas es si el *forum non conveniens* es una doctrina amiga o enemiga del Derecho internacional privado, muy especialmente pretendemos responder si ha solucionado algún problema o no; en nuestro trabajo, cavilamos muy especialmente alrededor del concepto de lo conveniente.

I. Noción del *forum non conveniens*

La doctrina del *forum non conveniens*, como su nombre sugiere, es una doctrina mediante la cual un juez con competencia decide declinar su jurisdicción para resolver determinada controversia, ello en razón de argumentos de peso identificados con la palabra conveniencia y en virtud del ruego opuesto por la parte demandada[1]. En nuestra opinión, la palabra conveniencia (*conveniens*) se encuentra sujeta a amplias interpretaciones, las cuales pueden llegar

[1] Pérez Calle, Ana María, *Forum non conveniens Instrumento Procesal del Derecho internacional privado*, (trabajo de grado), Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 2018, p. 6. Así por ejemplo, la doctrina nace por problemas esencialmente prácticos como la recolección de pruebas, citación de testigos, entre otros, y evoluciona al considerar problemas como las garantías ofrecidas en determinado sistema jurídico.

a ser de naturaleza teórica, práctica y en muchas ocasiones generar una colisión con los principios de derecho.

La aplicación de esta doctrina se caracteriza por la petición del demandado, pues al acercarnos a la doctrina existente y a los orígenes del concepto nos daremos cuenta que el demandado es el que invita al juez a considerar que existe una jurisdicción, paralelamente válida, más conveniente. Esta invitación es de carácter exhortativo, pues recae sobre el juez declinar o no su jurisdicción, ya que se trata de una facultad discrecional.

En definitiva, el *forum non conveniens* resulta ser la doctrina que describe la facultad aparentemente discrecional que tiene el juez de declinar su propia jurisdicción bajo la petición de la parte demandada en la causa que conoce, con fundamento en motivos de orden superior tales como la justicia y su acceso, la igualdad y la pertinencia del foro para la conveniencia del ejercicio de los derechos de la parte interesada.

A. La relación con el *forum non competens*

Algunos autores han afirmado que la doctrina del *forum non conveniens* desciende de la doctrina del *forum non competens*, ambas de origen europeo pero ligeramente diferentes[2], como cosa curiosa, dicha diferencia se encuentra en una sola palabra. Para poder entender la noción de esta doctrina, nos resulta particularmente importante entender a cabalidad sus orígenes.

Empero, antes de adentrarnos en el estudio del *forum non conveniens* y su relación con el *forum non competens*, vale la pena advertir que, existe un debate sobre la vinculación de este último con el primero, pues incluso en nuestra opinión y basándose meramente en un rigor gramatical, resulta difícil entender la doctrina bajo estudio como evolución del *forum non competens*. Así pues, la doctrina ha caracterizado al *forum non competens* como el ancestro conceptual del *forum non conveniens*, y aunque dedicaremos un espacio a ello más adelante, nos parece importante informar al lector que la no competencia, difiere en lógica jurídica de la no conveniencia.

Con aquello dicho, en el momento histórico en el cual empieza a concebirse la doctrina bajo estudio, fue entendida de primeras como una extensión de la doctrina vigente en el lugar de concepción, el *forum non competens*. Escocia fue el receptáculo de la doctrina que intentamos clarificar, pero antes de su concepción en el caso *Société de Gaz de Paris vs. Société*

[2] Aunque como lo explicamos más adelante, el *forum non competens* y el *non conveniens* son doctrinas que se refieren a la oponibilidad de argumentos jurídicos como desafío al proceso, empero, la primera es un desafío a la competencia del tribunal y la segunda es un ruego.

Anonyme de Navigation "Les Amateurs Français", la doctrina por excelencia para rechazar el foro era la del *forum non competens*[3].

El caso en el cual se acoge formalmente a la doctrina bajo estudio fue conocido en 1925, pero en el siglo anterior, se presentaron otra serie de casos que sin duda fueron el fundamento esencial para ir dándole forma al *forum non conveniens*. Parece sumamente importante aclarar que, para el juzgador escocés, el *forum non competens* muchas veces recaía en un error de nombre, pues a menudo el alegato de esta doctrina no significaba la falta de competencia del tribunal, sino la falta de conveniencia[4].

Así, el desarrollo histórico del *forum non conveniens* se extiende hasta que en 1873, en el caso *Macadam vs. Macadam* cambia la terminología. En el fallo, los lores se refieren al desafío a la jurisdicción de la demandada como una cuestión que no era de *competens* o *conveniens*. Luego en el caso *Sim vs. Robinow* también se presentó una situación en la cual se tomó a bien el uso de la expresión *forum non conveniens* en vez de *forum non competens*[5].

De hecho, fue este último caso el que fijó un estándar sumamente sólido en la materia al establecer que el *forum non conveniens* debía estar basado no solo en la necesidad práctica, sino en una razón de orden trascendental para la prosecución de la justicia, toda vez que no debía atentar contra el principio del derecho según el cual un tribunal con jurisdicción válida puede adjudicar cualquier controversia, entre cualquier parte[6].

1. El *forum non competens* como ancestro conceptual del *forum non conveniens*[7]

Ahora bien, a los fines de ilustrar de manera cabal los orígenes de la doctrina que nos proponemos estudiar en este artículo, nos es necesario hacer mención directa a los comentarios de Arzandeh, quien en su estudio cuestionó el consenso generalizado que existe en la doctrina y que toma al *forum non competens* como el predecesor directo del *forum non conveniens*.

---

[3] C. M., Jr., The Doctrine of Forum non Conveniens, en: *Virginia Law Review*, 1948, Vol. 34, No. 7, p. 812. El autor diferencia entre el *forum non competens* y el *forum non conveniens,* toda vez que en el esbozo temprano de este último se alegaba la falta de competencia del foro por una situación inconveniente, lo que resultó siendo el punto diferenciador de la primera, pues empezaba a regir una distinción sustancial entre alegar la falta de competencia e invocar la falta de conveniencia para la continuidad del proceso.

[4] Barret Jr., Edward L., The Doctrine of "Forum Non Conveniens", en: *California Law Review*, 1947, Vol. 35, No. 3, 1947, p. 387 (nota 35). Para distinguir la naturaleza de las doctrinas, es muy conveniente el caso de *Longworth vs. Hope (1865) 3 M 1049*, en el que como parte de la decisión se afirma que el *forum non competence* a menudo no refiere a la falta de competencia del tribunal, sino a la preferencia de otro tribunal.

[5] Arzandeh, Ardavan, The origins of the Scottish *Forum Non Conveniens* Doctrine, en: *Journal of Private International Law*, 2017, Vol. 13, No. 1, pp. 137-138.

[6] Jernigan, Finity E, Notes Forum Non Conveniens: Whose Convenience and Justice?, en: *Texas Law Review*, 2008, Vol. 86, 2008, p. 1114. En la opinión de Arzandeh, el caso de *Société de Gaz de Paris vs. Société Anonyme de Navigation "Les Amateurs Francais"*, sólo reafirma el criterio fijado en *Sim vs. Robinow*.

[7] Arzandeh, The origins of the Scottish *Forum Non Conveniens* Doctrine…, ob. cit., referimos a esta discusión para el mejor estudio de la relación entre ambas doctrinas.

Retomando nuestros comentarios preliminares, a nuestro parecer y en el rigor gramatical de ambas expresiones, el *forum non competens* refiere a un alegato que insinúa que el tribunal no es competente por una diversidad de razones que, como es bien sabido, distan de las que se encuadran en el adjetivo conveniente. Es así que Arzandeh hace notar en su estudio el recorrido que siguió el sentenciador escoces respecto del *forum non competens*, aunque como lo establecimos antes, en ciertas sentencias el sentenciador escoces empieza a usar indistintamente ambas alocuciones[8].

En nuestra opinión, resulta imperativo en el repaso del origen del *forum non conveniens* establecer su origen histórico, pues en definitiva esta es una doctrina que, al menos en apariencia, parece ser producto de la práctica reiterada del *forum non competens*, pero que como lo hicimos notar, difícilmente debe entenderse de esa forma[9].

Corolario de ello y a los fines de este aparte, sólo nos resta aseverar que el *forum non competens* no puede ser entendido como el ancestro conceptual del *forum non conveniens*, toda vez que ambos alegatos difieren en naturaleza, pues el primero se trata de un desafío a la existencia de la jurisdicción; mientras el segundo consiste en un ruego al tribunal con fundamento en la justicia; aunque su relación sólo se explica con la aparente misconcepción del primero, que terminó llevando a una errada relación accidental con el segundo[10].

B. El estado actual del *forum non conveniens*

El entendimiento de la doctrina del *forum non conveniens* no solo pasa por el análisis histórico que describe su formación, sino que además debe ser considerado cuál es el estado actual de la doctrina. La opinión preponderante es que el *forum non conveniens* es un elemento del *common law* que difícilmente podría tener algo que ver con los sistemas de *civil law*, y en ese sentido, varios autores han calificado a la doctrina como una pieza que integra a los llamados factores de penetración del *common law*[11] .

---

[8] *i.e. Longworth vs. Hope*, *supra* nota 5, pues se reconoce que existe una normalización sobre el uso errado de ambas alocuciones.

[9] Arzandeh, The origins of the Scottish *Forum Non Conveniens* Doctrine…, ob. cit., pp. 11-13. De esta forma, Arzandeh demuestra en un estudio de las sentencias en las cuales se hace mención del *forum non competens* (i.e. *Vernor vs. Elvies* (1610), *Anderson vs. Hodgson and Ormiston* (1747), poniendo de manifiesto que el uso de esta doctrina no se corresponde exactamente con el *forum non conveniens* o su posible formación.

[10] *Ibid*., p. 16. La conexión entre el *forum non competens* y el *forum non conveniens* se debe a un aparente error gramatical en el desarrollo de las decisiones mencionadas, pues parece importante hacer notar que son dos cosas distintas (i) el desafío a la jurisdicción y (ii) el ruego por el cambio de jurisdicción, así muy especialmente referimos a la página 22, para leer más sobre el error en la conceptualización del *forum non competens* que dió inicio a la consideración del *non conveniens* (caso *M'Morine vs. Cowie*).

[11] Pérez Vargas, Víctor, Los inconvenientes del "Forum Non Conveniens", en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2003, No. 100, p. 63. Al respecto, otros autores nacionales han hecho notar que el *forum non conveniens* es una excepción de carácter procesal que no es aplicable en Venezuela, pues la derogatoria de jurisdicción en el sistema venezolano sólo se da por litispendencia o conexidad de causas (ver Madrid Martínez, Claudia, Constitución y Derecho internacional privado, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2018, No. 10, pp. 240-242), aunque recalcamos que algunos países de *civil law* permiten el uso del *forum non conveniens*.

Ciertamente, hemos de esclarecer que el objeto de este artículo no es hacer una exposición histórica sobre el *forum non conveniens*, sino más bien explorar la doctrina y su uso en la realidad del sistema actual[12]. Es en esa línea de ideas, nos proponemos esbozar el estado actual de la doctrina, no sin antes reiterar la naturaleza de la misma pues, en nuestra consideración, el *forum non conveniens* es un ruego al tribunal, indiscutiblemente una excepción y bajo ningún contexto es un desafío a la competencia y/o jurisdicción del tribunal que conoce de la causa.

Como lo hemos afirmado en líneas anteriores, el *forum non conveniens* es una doctrina que consiste en la declinatoria discrecional de la jurisdicción por parte del tribunal que conoce la causa ante el exhorto de la parte demandada, ruego aquel que se encuentra fundado en razones de conveniencia, como haremos notar más adelante, esta doctrina ha traído consigo una serie polémicas en el Derecho internacional privado[13].

Es más, notaremos a lo largo de la doctrina comparada que, a menudo, se presentan críticas y consternaciones en cuanto al uso detrimental del *forum non conveniens*, por ejemplo en los acuerdos de elección de foro[14], en procedimientos arbitrales[15] e incluso desde una perspectiva teórica[16]. De la misma forma, en la actualidad hay quienes abogan por la implementación del *forum non conveniens*[17], así como quienes consideran que a pesar de cierta incompatibilidad, existen casos contados en los que vale la pena tomar en cuenta este desarrollo doctrinal.

Lo cierto es que esta es una doctrina que existe en países de *common law*, y no es un absurdo afirmar que se trata de una institución de este sistema[18], razón por la cual su consideración en sistemas de *civil law* ha llegado a ser controvertida (como lo hicimos notar *supra* nota

---

[12] Por economía del discurso, no nos explayaremos relatando la globalización del *forum non conveniens*, pero al respecto recomendamos leer a: Méndez Salom, Elizabeth, La jurisdicción venezolana frente a la litispendencia, la conexidad y el *forum non conveniens*, en: *Anuario de la Maestría de Derecho internacional privado y Comparado de la Universidad Central de Venezuela*, 2022, No. 4, pp. 211-233; Brand, Ronald y Scott R. Jablonski, *Forum non conveniens, history, Global Practice, and Future under the Hague Convention on Choice of Court Agreement*, Oxford University Press, 2007.

[13] Para una exposición de la maleabilidad de la doctrina sugerimos: Spiro, Erwin, Forum non Conveniens, en: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1980, Vol. 13, No. 3, p. 334.

[14] Van Loon, Hans, *El horizonte global del Derecho internacional privado* (Trad. J. Ochoa), Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, ASADIP, 2020, p. 54. Como afirma el Profesor van Loon, el inconveniente se presenta cuando algunos tribunales son permisivos, como sucede en Estados Unidos, aunque este problema quedaría parcialmente subsanado con el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro.

[15] Anand, Mohita K., The misapplication and misinterpretation of Forum Non Conveniens, en: *Arbitration Law Review*, 2012, Vol. 4, pp. 357, 361, 366.

[16] Para algunos autores la doctrina del *forum non conveniens* representa un atentado contra varios de los pilares sobre los que se construye el Derecho Internacional.

[17] Entre una variedad de puntos de vista: Madrid Martínez, Claudia y Javier L. Ochoa Múñoz, Problemas del Acceso Transnacional a la Justicia en el Derecho internacional privado, en: *XLI Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2014, p. 299; pues en ocasiones se ha concretado demandas en otros foros que permiten obtener mejores indemnizaciones.

[18] Aunque como algunos autores han hecho notar, se ha intentado incluir en proyectos de ley de la región: Véscovi, Eduardo, El tema de la competencia judicial internacional en el ámbito de la OEA: Balance y perspectivas; y lo que queda por hacer, en: *XL Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2014, p. 78; para ver un comentario a favor del *forum non conveniens*, p. 83.

12), pues la factibilidad del *forum non conveniens* se encuentra fundada en la discrecionalidad que puede recibir un juez, los países que tienen un sistema de *civil law* difícilmente han de observar tal flexibilidad, pues estos sistemas se caracterizan por una rigidez que, normalmente, sólo permitiría semejante discrecionalidad por norma expresa y, en casos muy específicos.

Ahora bien, bien es cierto que existe una distinción clara en relación con la forma en la que se ha regulado y aceptado el *forum non conveniens* en el mundo. Por lo que es menester para poder sustentar nuestras observaciones realizar una aproximación al empleo de la doctrina en los dos sistemas.

1. El *forum non conveniens* en el *civil law*

En los sistemas de derecho civil, *continental law* o derecho romanistico, la doctrina del *forum non conveniens* requiere de una regulación expresa y cierta; así en el ejemplo venezolano podremos observar que, aunque no existe *forum non conveniens*, existe una disposición relativamente similar[19] que permite al sentenciador venezolano sobre una base relativamente discrecional declinar su jurisdicción[20].

En el mismo hilo, podemos observar que en Argentina se ha intentado regular el *forum non conveniens*, empero es de hacer notar que difícilmente ha habido cabida para tal norma. Pues, el legislador argentino alguna vez albergó en su proyecto de Ley de Derecho internacional privado de 1999 a la doctrina del *forum non conveniens*[21], así como lo menciona Paula All, en la vía judicial se ha debatido la presencia del *forum non conveniens* en la tierra del fútbol y del asado[22].

En República Dominicana, es posible apreciar una de las normas más permisivas y precisas en países de *civil law*, pues según consta en el artículo 23 de la Ley de Derecho

---

[19] La norma a la que hacemos referencia se encuentra en el artículo 333 del Decreto Ley de Comercio Marítimo (transcrita *infra* nota 20), compartimos el criterio de la profesora Claudia Madrid al afirmar que esta norma consiste en una suerte de requerimiento de litispendencia, ver en: Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, p. 231.

[20] Ley de Comercio Marítimo, publicada en Gaceta Oficial No. 38.351, 5 de enero de 2006, artículo 333 que reza textualmente: "Solamente en los casos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo anterior y en el caso que la jurisdicción venezolana corresponda cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República, los tribunales venezolanos podrán discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado".

[21] Véscovi, El tema de la competencia judicial internacional…, ob. cit., p. 78, que reza: art. 6: "Un Tribunal argentino competente podrá, excepcionalmente y a petición de parte, declinar competencia si estima que las autoridades de otro Estado son más adecuadas para resolver el litigio".

[22] All, Paula M., Carolina D. Iud y Nieve Rubaja, Repensando la conveniencia del *forum non conveniens*, en: *La Ley*, 2019, AR/DOC/3533, pp. 3-4. Las autoras destacan el caso *Eberth Clemens c. Buque Paulo* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el caso S., M. B., c. K. R. FF de la Cámara de Apelaciones Lomas de Zamora.

internacional privado[23] los tribunales dominicanos podrían aplicar el *forum non conveniens* en dos supuestos. Ahora bien, nos parece que esta regulación es una ejemplificación clara del principio de cooperación judicial internacional en colisión con la necesidad del *forum non conveniens*.

Los referidos supuestos aluden sólo a las situaciones en la que tengan que evacuar pruebas testimoniales que acarreen un gasto importante o se tenga que realizar una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos en el extranjero; no podemos evitar compartir la opinión de Ortiz de la Torre[24], pues particularmente ante estos escenarios existen soluciones evidentes, donde la cooperación internacional y el uso de las nuevas tecnologías pueden subsanar cualquier aparente necesidad en el concepto de la norma *eiusdem*.

En Panamá, notamos un esfuerzo similar al venezolano, toda vez que es el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Marítimo el que permite la aplicación del *forum non conveniens*[25], sin embargo, ocurre algo muy curioso con los sistemas de *civil law*, pues como Boutin lo haría notar, en el momento en el cual una norma preceptúa la aplicación de una doctrina se genera una divergencia en lo que examinamos, que es una doctrina de naturaleza discrecional[26].

2. El *forum non conveniens* en el *common law*

Como ya hemos afirmado reiteradamente, el *forum non coveneniens* es una doctrina arraigada en los países con sistemas jurídicos de *common law* debiendo su origen a los tribunales marítimos escoceses. Así pues, resulta necesario para entender mejor la forma en la que ha operado revisar el fallo que marcó un hito[27] al respecto, proferido por la Corte Suprema de los

---

[23] Ley 544-14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, Gaceta Oficial de la República Dominicana, 18 de diciembre de 2014, art. 23: "Los tribunales dominicanos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio dominicano: 1) Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cada una de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de los mismos ante los tribunales dominicanos. 2) Cuando sea necesario una inspección judicial para una mejor apreciación de los hechos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero".

[24] Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, El nuevo Derecho internacional privado de la República Dominicana, en: *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 2018, Vol. 3, No. 2, p. 262.

[25] Ley de Procedimiento Marítimo de enero de 2009. Gaceta Oficial No. 26.322, 13 de julio de 2009 de la República de Panamá, que consagra en su art. 22: "Los Tribunales Marítimos podrán abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de la República de Panamá, en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando deban practicarse pruebas testimoniales y los testigos residan en el extranjero, y sea altamente oneroso para cualquiera de las partes la práctica de tales pruebas en el extranjero, o la comparecencia de dichos testigos ante el tribunal. 2. Cuando sea necesaria una inspección judicial para una mejor apreciación de dichos testigos y dichas diligencias deban ser efectuadas en el extranjero. 3. Cuando las partes hayan negociado, previa y expresamente, someter sus controversias a un Tribunal en país extranjero, y 10 hayan convenido así por escrito. No se considerarán negociados previa y expresamente los contratos pro forma o de adhesión. 4. Cuando la controversia haya sido sometida anteriormente a arbitraje o a la jurisdicción de un tribunal en país extranjero y estuviera pendiente de decisión".

[26] Boutin, Gilberto, *Forum non Conveniens* and *Lis Alibi Pendens* in International Litigation in Panama, en: A. Bonomi / P. Volken (eds.), *Yearbook of Private International Law*, Berlin/Nueva York, Otto Schmidt/De Gruyter, 2009, p. 500.

[27] Springer, Brian J., An inconvenient truth: how *forum non conveniens* doctrine allows defendants to escape state court jurisdiction, en *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, Vol. 163, p. 836.

Estados Unidos de América en su "leading case" *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*[28]*;* consiguiendo crear un esquema a seguir[29] para la aplicación de la doctrina bajo estudio.

De acuerdo al fallo referido, el tribunal debe valorar un conjunto de factores privados y públicos[30] coexistentes en la *litis* para poder determinar la procedencia de la mencionada doctrina, siempre tomando en consideración las particularidades de cada caso. Por una parte, respecto a los factores privados, se requiere analizar la posibilidad real al acceso sobre el acervo probatorio, así como a la realización de inspecciones y peritajes necesarios y; por la otra, en relación a los factores públicos, se debe determinar la existencia de un foro alternativo adecuado para el conocimiento del litigio, el grado de congestión en el sistema de justicia en donde se pretende ventilar la causa y, el interés o no que tendrían los miembros de la comunidad involucrados en la resolución del litigio en calidad de jurado.

Del mismo modo, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*., deja sentado que no existe un número de factores determinados, de uno u otro tipo, que deban ser analizados de manera taxativa en cada *litis* sino que, en cada caso concreto, habrá que valorar los que sean realmente más atinentes a la causa de la mano de la discrecionalidad del juzgador, reiterando este criterio en casos emblemáticos tales como Spanair y Air France[31].

En este mismo sentido, en Reino Unido el criterio rector es *Spiliada Maritime Corp. c. Cansulex Ltd*[32]*,* mismo precedente que trajo a la institución, el tratamiento de matices más modernos referidos a los derechos de consumo. Asimismo, estableciendo que los Tribunales de Inglaterra cuentan con una competencia discrecional inherente para suspender los procedimientos en su territorio, pudiendo declinar su jurisdicción cuando haya un foro alternativo que sea claramente más apropiado para las resultas de la controversia.

El juez inglés tiene el deber de comprobar si la *litis* tiene su conexión más estrecha con el foro doméstico y, a su vez, si efectivamente**,** el *forum non conveniens* proporcionaría un mecanismo sólido y eficaz para garantizar que las controversias que no tengan su conexión más estrecha no sean conocidas por el mismo[33].

En referencia a la carga de la prueba, el Alto Tribunal Inglés aclaró a los efectos prácticos y atendiendo la procedencia de la institución, que en los casos en donde se deba notificar

---

[28] Corte Suprema de los Estados Unidos de América, sentencia 10 de marzo de 1947 (*Gulf Oil Corp. vs. Gilbert*), en: https://bit.ly/44S7avZ

[29] Manolis, F. Mikis, Nathaly Vermette y Robert F. Hungerford, The Doctrine of Forum Non Conveniens: Canada and the United States Compared, en: *FDCC Quarterly*, Fall 2009, pp. 25.

[30] Corte Suprema de Estados Unidos de América…, cit.

[31] Gema Díaz, Rafael, *Forum non conveniens*. Los casos Spanair y Air France, en: *Revista Latinoamericana de Derecho Aeronáutico*, 2012, p. 4.

[32] United Kingdom House of Lords Decisions, sentencia 19 de noviembre de 1986 (*Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd)*, en: https://bit.ly/3nYFjJK

[33] *Ibid*.

dentro de la jurisdicción de Inglaterra y Gales, la carga de la prueba recaerá sobre el demandado, pero en los casos donde se deba notificar fuera de la jurisdicción doméstica, la carga de la prueba recaerá sobre el demandante[34].

Por su lado, en Canadá se contempla en el artículo 3135 del *Civil Code of Quebec*[35] y en la *Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act* el *forum non conveniens*. La Corte Suprema de Canadá ha sido enfática, sobre la distinción entre la existencia de la jurisdicción de un tribunal y el ejercicio de la misma. Si se establece la jurisdicción por una "conexión real y sustancial" entre el objeto del litigio y el foro, se le puede solicitar a un tribunal que decline su jurisdicción.

Al igual que a las otras jurisdicciones referidas, la Corte Suprema de Canadá en su fallo *Club Resorts Ltd. v. Van Breda (and Charro)*[36], remarca la importancia de la carga del demandado a los fines demostrar que existe un foro alternativo, teniendo en consideración las particularidades del caso, aquéllas como: elementos de prueba, los domicilios de las partes, el costo comparativo de transferir el caso a otra jurisdicción, la pérdida de ventaja jurídica, problemas relacionados con el reconocimiento y ejecución de sentencias, entre otras. A la luz de los estándares del foro alternativo, este debe ser más justo y eficiente para que conozca de la controversia. No basta con demostrar que existe un foro comparable. El tribunal debe poder concluir que el otro foro está en una mejor posición[37] para resolver el litigio de manera justa y eficiente.

En Australia, la procedencia del *forum non conveniens* igual depende de que el tribunal doméstico sea un foro claramente inapropiado y exista otro más conveniente y eficiente para dirimir la *litis*. En el caso *Voth v Manildra Flour Mills Pty Ltd*[38] y más tarde, de manera más concisa, en *Henry v Henry*[39], consagraron que si la continuación de los procedimientos en un tribunal es opresiva, en el sentido de grave e injustamente oneroso, perjudicial o dañino, o vejatorio y; en el sentido de generador de problemas y causante de graves e injustificadas dilaciones, este foro sería indubitablemente inapropiado y nocivo para la tutela de los derechos e intereses que les asisten a las partes.

---

[34] Beevers, Kisch, Jurisdicción y reconocimiento de decisiones bajo las normas tradicionales de Inglaterra, en: *DeCITA, Derecho del Comercio internacional. Temas y actualidades*, 2005, pp. 713-714.

[35] Civil Code of Quebec, 18 de diciembre de 1991, "3135. *Even though a Québec authority has jurisdiction to hear a dispute, it may, exceptionally and on an application by a party, decline jurisdiction if it considers that the authorities of another State are in a better position to decide the dispute*".

[36] *Supreme Court of Canada*, sentencia 18 de abril de 2012 (*Club Resorts Ltd. v. Van Breda (and Charro)*, en: https://bit.ly/42xhLe5

[37] *Ibid*.

[38] *High Court of Australia*, sentencia 13 de diciembre de 1990 (*Voth v Manildra Flour Mills Pty Ltd)*, en: https://bit.ly/3pufzFv

[39] *High Court of Australia*, sentencia 17 de abril de 1996 (*Henry v Henry*), en: https://bit.ly/3M1VNZC

C. El *forum non conveniens* y el *forum necessitatis,* dos caras opuestas de una misma moneda

En nuestra visión, nos parece pertinente referirnos a dos escenarios jurídicos que en sus génesis difieren no solo en su naturaleza jurídica, sino también en su aplicabilidad de acuerdo a los escenarios fácticos concretos. Pese a esto, ambos persiguen, en principio, un fin común garantizar el acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, a estas situaciones responden: el *forum non conveniens* y el *forum necessitatis*, cuyo denominador común es el margen de discrecionalidad que ostenta al juez[40].

Como sostenía Tatiana de Maekelt, el Derecho internacional privado "es un derecho vivo, en constante evolución y adaptable a los cambios del mundo actual"[41]. Así, en los casos donde se impida el acceso a la justicia efectiva por los elementos jurídicos relevantes que coexisten, se origina un llamado tanto al Juez como al Legislador, de abandonar la rigidez presente en las normas de conflictos mediante la implementación del Principio de Proximidad, a los fines de apostar por el alcance de una solución material que resulte justa, eficiente e idónea para el caso[42], por supuesto, sin consagrar un foro exorbitante.

El carácter flexible del Derecho internacional privado ha servido en la búsqueda de la justicia material, pues los asuntos actuales del proceso civil internacional han penetrado la realidad social y comercial contemporánea, concibiendo nuevos inconvenientes y necesidades en el panorama jurídico. Sin embargo, la rigidez de nuestros sistemas normativos frente a las nuevas tendencias y el lento progreso legislativo, tienden a solapar la utilidad de la flexibilidad, especialmente en aquellos casos concretos, donde la rigidez normativa impere.

Con el objeto de apartarse de dichos problemas, los cuales pudieran dar como resultado una situación que contravenga los interés y derechos *sub judice* de los litigantes, es menester prescindir de los mismos mediante válvulas de escape, que permitan verdaderamente la realización de la justicia material, tales como el *forum necessitatis y el forum non conveniens*[43].

1. *Forum necessitatis* vs. *Forum non conveniens*

Como ya indicamos anteriormente, el *forum non conveniens* se erige como la posibilidad que tiene el demandado de rogarle al tribunal que se abstenga de conocer la *litis*, a pesar de la existencia de vínculos inequívocos que justifican su competencia, por entender que existe

[40] Audit, Bernard, Le Droit international Privé en Quête d'Universalité, en: *Recueil des Cours*, 2003, Tomo 305, p. 387.
[41] de Maekelt, Tatiana, La codificación interamericana en materia de Derecho internacional privado en el contexto universal y regional, en: *Libro Homenaje a Haroldo Valladão*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1997, p. 160.
[42] Najurieta, María Susana, Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en: *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado*, Asunción, CEDEP, ASADIP, Mizrahi-Pujol, 2015, p. 197.
[43] Hernández-Bretón, Eugenio, Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción, en: *Los servicios en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre, ASADIP, CEDEP, 2014, pp. 227-229.

otro foro más conveniente y propicio para dirimir la controversia en mejores condiciones de dictar una sentencia más justa, ya sea porque tiene más vínculos con el caso, porque tiene mejor acceso a los medios probatorios, en definitiva por la concentración en otro Estado de los elementos fundamentales del caso o por la necesidad de ejecutar la decisión en otro país.

En atención a lo anterior, cabría plantearse la interrogante sobre, ¿qué ocurre en aquellos supuestos donde no existe una norma que otorgue al juez de un Estado la facultad de conocer y decidir un caso, así como también, sí no fuere posible iniciar el proceso en el extranjero o resultare muy dificultoso? Así entonces surge el remedio del *forum necessitatis* como contrafigura *del forum non conveniens*, sustentado en el derecho fundamental de acceso a la justicia, permitiendo otorgar jurisdicción a los jueces que, en principio, carecen de tal potestad para conocer y sentenciar en dicho supuesto concreto[44], con la finalidad de evitar supuestos de denegación de justicia a nivel internacional y, en modo alguno, no debiendo ser entendido como un criterio que justifique la intervención de tribunales no competentes[45].

En este sentido, el origen del *forum necessitatis* es antiguo, pero su incorporación en las codificaciones modernas es relativamente reciente, y a pesar de que sus extremos se ven limitados a requisitos particulares establecidos en la ley[46], está diseñado para proporcionar protección a los litigantes en un mundo cada vez más interconectado, al igual que su contrafigura, es excepcional y se extiende a los casos en que se activa la jurisdicción, en el escenario concreto de imposibilidad para acceder de manera libre a la justicia[47] por las circunstancias puntuales en las que se ven envueltas las partes.

El *forum non conveniens* es un ruego a un tribunal para que se abstenga de conocer la *litis*, por la existencia de un foro concurrente más conveniente para dirimir el fondo de la causa, en el *forum necessitatis se* le confiere la oportunidad a un tribunal para que conozca y decida el asunto de la controversia a pesar de que no existan puntos de conexión con la misma. Por tanto, el primero entra en juego con la existencia de varios foros, donde un tribunal declina su jurisdicción ante un tribunal extranjero más conveniente en beneficio de las mejores resultas de la causa controvertida, por su lado; el segundo habilita a un foro a iniciar un procedimiento, cuando en caso contrario, no exista posibilidad o se imposibilite acceder a la jurisdicción llamada a ello.

---

[44] Fernández Rozas, José, Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el *forum necessitatis*, en: *Desarrollos modernos del Derecho internacional privado. Libro homenaje al Dr. Leonel Pereznieto Castro*, México, Tirant Lo Blanch, 2017.

[45] Fernández Arroyo, Diego, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, en: *Recueil des Cours*, 2006, Tomo 323, p. 76.

[46] Fernández Rozas, Rigidez versus flexibilidad…, ob. cit., p. 14.

[47] Albornoz, Jorge R., Acerca de la jurisdicción internacional y su prórroga en la ley de Derecho internacional privado de Venezuela, en: *Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 44.

Ambos foros también se configuran bajo el Principio de Cooperación Internacional[48] en aras de la realización de la justicia, lo que implica innegablemente la necesidad de determinar el punto de mejor equilibrio entre los derechos de las partes litigantes[49]. Analizando los problemas de jurisdicción, las cuestiones procesales y la incorporación a los derechos humanos como elemento vertebrador del sistema de Derecho internacional privado frente a las particularidades intrínsecas de cada caso concreto.

Ahora bien, respecto a la aplicabilidad de ambas instituciones en Venezuela, en primer lugar, el *forum non conveniens,* no se encuentra consagrado legislativamente y por vía jurisprudencial ha sido desechado expresamente en Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia Nro. 1543 de fecha 18 de julio de 2001 por considerar que tal doctrina

> (...) no es válida en Venezuela, y su aplicación resulta contraria a los principios constitucionales y legales relativos a la jurisdicción, no pudiendo el juez en ningún momento negar su jurisdicción a favor del juez extranjero, pues las normas que la regulan son de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento[50].

En segundo lugar, *el forum necessitatis,* se encuentra consagrado en el artículo 43 de la Ley de Derecho internacional privado[51], la doctrina[52] afirma que este solo otorga a los tribunales venezolanos la potestad para dictar medidas cautelares con el fin de proteger personas naturales que se encuentren en el territorio de Venezuela, lo cual no es suficiente para afirmar que Venezuela tenga jurisdicción sobre el fondo de la controversia según lo que reza el artículo mencionado.

En definitiva, el *forum no conveniens* se conecta con el *forum necessitatis*[53], ambos se reconocen como una potestad discrecional del juez. Presentándose pues, como el anverso de una misma moneda. En el primero, la discrecionalidad se expresa de manera negativa al permitirle al juez declinar su jurisdicción ante un foro extranjero; en el segundo, dicha discrecionalidad se manifiesta de manera positiva, al permitirle al juez declararse competente para asegurar los principios que rigen toda sociedad democrática.

---

[48] Villalta Vizcarra, Ana E., La cooperación judicial internacional, en: *XL Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2013. La autora sostiene que la cooperación judicial internacional constituye toda actividad que tiene por finalidad, el coadyuvar con la justicia en el ejercicio jurisdiccional recíproco que se prestan los Estados en todos sus niveles.

[49] Ochoa Muñoz y Madrid Martínez, Problemas de acceso transnacional a la justicia…, ob cit, pp. 281-346.

[50] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1543, 18 de julio de 2001 (*Steven Mishkin Pesin c. María Teresa Osorio Rodriguez*), en: https://bit.ly/3BlX5Kb

[51] Art. 43. "Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio".

[52] de Maekelt, Tatiana, Regulación de la jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Temas de Derecho internacional privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje No. 12, p. 398.

[53] López Herrera, Edgardo, El Derecho internacional privado en el nuevo Código, en: *Revista del Código Civil y Comercial*, 2015, p. 259.

No nos cabe la menor duda, ambas figuras son merecedoras de la afirmación por la cual se les toma como herramientas para favorecer el acceso a la justicia y a la tutela efectiva, pero también es cierto que bien podrían dificultar tal fin. Notamos que el peligro al cual puede llevar su aplicación indiscriminada, si se desatiende su carácter excepcional, puede dar lugar a la admisión y declinación de jurisdicción en perjuicio de las partes intervinientes y, consecuentemente, del orden público.

II. Consideraciones sobre la utilidad del *forum non conveniens*

A. El acceso a la justicia como protagonista

Sin duda alguna, solo podemos mostrar nuestro más solemne acuerdo con el profesor Fernández Arroyo cuando se expresa sobre el *forum non conveniens* como un mecanismo que "*…no es ni bueno ni malo en abstracto, sino que depende de cómo y para qué se lo utiliza…*"[54]. Empero, dedicaremos concienzudamente un espacio a reflexionar sobre el *forum non conveniens* como herramienta al servicio de la actividad lesiva de los derechos fundamentales que asisten a las partes en un juicio.

En cualquier caso, ya hemos anunciado en párrafos anteriores que, en nuestra percepción, la doctrina del *forum non conveniens* es sin duda alguna un ruego al tribunal para que decline su jurisdicción con fundamento en argumentos que reciben la calificación de convenientes. Ahora bien, debemos clarificar que dichos argumentos suelen ser de conveniencia práctica y relativamente urgentes.

Nos referimos a aquellos escenarios en los que es necesario evacuar a un testigo en un sitio específico, existen problemas con la ejecución de las sentencias y en general, escenarios en los que la parte interesada se ve en la extrema necesidad de acudir a otro foro por cuanto ello resulta en el mejor ejercicio de su acceso a la justicia.

Precisamente creemos que esta característica sitúa el acceso a la justicia en el centro de la doctrina del *forum non conveniens*, pues como bien lo asevera Gabuardi al referirse a México[55], la aplicabilidad de la doctrina se presenta como un mecanismo de salvación en aquellos países en los que la cooperación internacional no es tan eficiente y, sobre todo, en los que existe una situación de atropellos judiciales difícil de abordar.

Particularmente sobre el último de los escenarios que planteamos, cierta parte de la doctrina se ha cuestionado cuál es la relación del *forum non conveniens* con la justicia. Así por

[54] Fernández Arroyo, Diego, Aspectos esenciales de la competencia judicial internacional en vistas de su reglamentación interamericana, en: *XXXIII Curso de Derecho Internacional*, Washington, Secretaría General, OEA, 2006, p. 324. Aunque en el mismo párrafo que citamos el profesor Fernández Arroyo hace alusión a argumentos que no favorecen el uso del *forum non conveniens*.
[55] Gabuardi, Carlos A., Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, nueva serie, año XLI, No. 121, pp. 114-115.

ejemplo, en el caso *Lungowe & others v. Vedanta Resources* Lord Colson se pronunció afirmando que en algún momento tendría que llegar el momento en el que el acceso a la justicia en ese tipo de casos sería alcanzado mediante la disponibilidad de abogados y herramientas locales, no con la exportación de casos[56].

Dentro de ese marco de ideas, ciertamente hemos de plantear la dicotomía que nace en el abstracto de la doctrina, pues aun cuando la remisión de casos por conveniencia puede resultar de alguna forma una paso hacía la justicia, también puede significar una afrenta; toda vez que, partiendo del criterio antes citado, exportar casos a otro país supone colocar más peso en sistema de justicia que recibe el caso y, más importante, representa un obstáculo para la sostenibilidad de la justicia[57].

En el mismo hilo, es necesario comprender que por un lado la doctrina del *forum non conveniens* representa un alivio para la economía procesal, pero por el otro representa un amedrentamiento a la misma. Por eso no es de extrañar que en países como Estados Unidos se hayan ignorados argumentos sobre la parcialidad judicial en países latinoamericanos[58].

De hecho, no resulta extraño que los países que tienen un Estado de Derecho consolidado a menudo se encuentren en posiciones de rechazar argumentos de peso relacionados con el estado del foro despreciado, es decir, no es extraño que Estados Unidos se niegue a conocer una causa cuando el foro alterno es un país que, en palabras de la parte interesada, no tiene imparcialidad judicial. Pues como decíamos, aceptar eso implicaría una sobrecarga para el sistema judicial del foro más conveniente, que sin duda acabaría por mermar la sostenibilidad de la justicia.

Empero, no son pocos los casos en los que cada vez se presenta como más necesaria la herramienta del *forum non conveniens*, pues como profundiza Sotile sobre el caso americano que citamos antes (ver *infra* nota 45), a pesar de que los demandantes obtuvieron un fallo favorable en el foro alterno, se hizo imposible ejecutar la sentencia en los Estados Unidos[59].

Siguiendo la misma línea de ideas, Steinitz explicaría que el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co.* consolida una doctrina reiterada en los Estados Unidos sobre la aplicabilidad

---

[56] Corte de Justicia Real, Corte de Apelaciones del *Queen's Bench Division*, sentencia No. A1/2016/2502 & 2504, 13 de octubre de 2017 (*Lungowe & Ors v. Vedanta Resources Plc & Anor [2017] EWCA Civ 1528)*, en: https://bit.ly/42B1o07. Nos referimos especialmente al párrafo 134.

[57] Así existen autores que al analizar la figura del *forum non conveniens* comparten reflexiones sobre la necesidad de cuidar la cadena de las empresas y la responsabilidad doméstica, ver: Hughes-Jennett, Julianne y Peter Hood, Forum non-conveniens and access to remedy in transnational business and human rights litigation: an update from Brexit Britain and a glance across the pond (Hogan Lovells), en: *Lexology*, 22 de diciembre de 2017, disponible en: https://bit.ly/3VY781o

[58] *US District Court for the Southern District of Texas*, caso 890 F. Supp. 1324, 11 de julio de 1995 (*Delgado v. Shell Oil Co.*), en: https://bit.ly/3I5VhbM

[59] Sotile, Joseph N., Forum non Conveniens and Corruption: A Lofty Hurdle or a Solid Barrier to Justice?. en: *Columbia Journal of Transnational Law*, 2023.

del *forum non conveniens* en detrimento de la parte vulnerable[60], pues en los Estados Unidos se ha mantenido un criterio según el cual difícilmente habría que dar cabida a un alegato de *forum non conveniens* cuando existe otro foro alterno que puede conocer del caso.

La misma autora haría notar más adelante que menos del 4% de los casos en los que se intenta usar la doctrina del *forum non conveniens* y son desestimados son intentados en otras jurisdicciones competentes[61]. Sostenemos fervientemente que, a pesar del tono pesimista que mal podría leerse de nuestros comentarios en párrafos anteriores, los fundamentos con los que el foro americano rechaza demandas que pueden ser intentadas en otros foros de jurisdicción competente no son infundados[62].

En suma, notamos que por un lado, la doctrina del *forum non conveniens* busca acercar a una justicia más genuina a los que se benefician de ella, pues no cabe duda que en apariencia su aplicabilidad ideal haría de los sistemas de justicia más fluidos. Sin embargo, lo anterior es cierto en un mundo en el que los sistemas de justicia funcionan uniformemente, que no es el caso.

Mientras que por el otro, el uso de la doctrina del *forum non conveniens* representa una afrenta en contra de la sostenibilidad de la justicia, pues la exportación de casos que supone su aplicación llevaría a un recargo de los foros más consolidados, como lo son Estados Unidos y Reino Unido, produciendo así un desbalance en la proporción de casos que aceptan dichos sistemas.

Ahora bien, no han sido pocos los académicos que han notado la necesidad de corregir y redireccionar parte de la doctrina[63], sin embargo, entendemos que el *forum non conveniens* guarda una relación sucinta con el acceso a la justicia, pues nos tomaremos el atrevimiento de aseverar que en eso consiste su uso ideal, en un acercamiento a la justicia más genuina. Es por eso que notamos una relevancia especial en su entendimiento pues, el acceso a la justicia forma parte de los derechos humanos consagrados internacionalmente y que son menester de todos, en especial del Derecho internacional privado[64].

Por último, es nuestra opinión que el *forum non conveniens* puede ser una herramienta de mucha ayuda, siempre y cuando sea bien usada pues, existe una gran variedad de problemas

---

[60] Steinitz, Maya, The case for an International Court of Civil Justice, en: *Stanford Law Review*, 2014, No. 67, p. 77.
[61] *Ibid*, p. 78.
[62] *Ibid*. Steinitz resalta que los jurados son un recurso que debe ser cuidado en los Estados Unidos para los contribuyentes del país.
[63] Por economía del discurso remitimos a la vasta doctrina estadounidense al respecto: Anand, The misapplication and misinterpretation of forum non conveniens…, ob. cit.; Brand, Ronald A., Challenges to *Forum non Conveniens*, en: *International Law and Politics*, 2013, Vol. 45; Gardner, Maggie, Retiring the Doctrine of Forum Non Conveniens, en: *New York University Law Review*, 2017, Vol. 97.
[64] Institut de Droit International, 4ème Commission: Droits de la personne humaine et droit international privé, 4 de septiembre de 2022, en: https://bit.ly/3MnMW6b. Como hace entender el Instituto, los principales problemas que atañen al Derecho internacional privado guardan un vínculo especial con los derechos humanos, específicamente, con el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

que normalmente entrarían en el cobijo de esta doctrina que hoy en día pueden ser subsanados con facilidad, pero también existen muchos otros que no son tan fáciles de solucionar.

B. Sobre el uso de la palabra conveniencia

El *forum non conveniens* es la materialización de la conveniencia de las partes (o de una parte) en un procedimiento litigioso, pero no cualquier tipo de conveniencia, la palabra conveniencia que forma parte de su nombre debe ser estrictamente entendida como una conveniencia que guarde relación con los intereses trascendentales de las partes, es decir, con la prosecución efectiva del proceso.

Nos tomaremos este aparte para ofrecer una disquisición sobre el uso del calificativo conveniente, bajo el cual se agrupan los argumentos de la excepción conocida como *forum non conveniens*. Lo cierto es que la palabra que nos proponemos examinar puede estar sujeta a muchas interpretaciones, especialmente si consideramos que existen supuestos de aplicación que involucran evacuación de testigos o inspecciones judiciales.

No es la primera vez que a lo largo de este artículo planteamos esta cuestión, nos preguntamos: ¿Qué es lo conveniente y qué no lo es? Una evacuación de testigos puede ser realizada mediante el uso de herramientas telemáticas, como Zoom, Google Meet o Microsoft Teams, por nombrar algunas; una inspección judicial puede ser realizada a través de procedimientos específicos que ponen de relieve la cooperación internacional.

Entonces, ¿cuándo se hace útil el alegato del foro no conveniente? Creemos que su utilidad se vuelca a aquellos casos en los que ejecutar la sentencia se una procedimiento complicado y tedioso, en los que el foro doméstico se encuentra sumamente viciado y corrupto, por lo que las partes podrían beneficiarse de acudir al foro más conveniente, por cuestiones de economía y celeridad procesal y/o casos en los que el juicio pueda ser llevado a cabo de mejor manera en el foro deseado.

Sin embargo, hemos observado que en el caso americano por ejemplo, aparece un problema que es igual de relevante que el acceso a la justicia de los individuos: el acceso a la justicia del colectivo. Nos parece una realidad innegable que la aplicación reiterada del *forum non conveniens* generaría dos efectos importantes: (i) por un lado, el recargo del foro deseado y (ii) por el otro, una afrenta contra la soberanía del foro rechazado.

Por supuesto, hemos observado que corolario del primer efecto, el foro deseado ha impuesto estándares altos para la procedencia de la excepción, particularmente cuando viene fundada en consternaciones relacionadas con la corrupción del foro. Y es que, como explicamos antes, no parece ser infundado que el foro deseado se encuentre en una situación de aversión frente a estos argumentos, particularmente si consideramos que la sostenibilidad de la justicia también es un elemento del acceso a la justicia.

Pero ¿en dónde queda la conveniencia? Creemos que sí existen ciertos casos para los que el *forum non conveniens* ofrece una solución itinerante, de primer nivel; pero también creemos que su uso injustificado puede llevar a la más profunda inconveniencia, por supuesto, creemos que parte de las situaciones en las que vale la pena permitirlo es aquellas en las que el foro alterno tiene una corrupción sin precedentes.

A pesar de todo, nadie se ve beneficiado si demanda o es demandado en un foro en el cual no existe un Estado de Derecho, y en ese mismo sentido, notamos con especial preocupación que existen desafíos para la ejecución de sentencias extranjeras, lo cual también genera una situación en la que es más conveniente intentar el juicio en el sitio donde se va a ejecutar la sentencia.

Sin embargo, sostenemos que existen un número importante de situaciones que tradicionalmente han sido consideradas parte del argumento conveniente bajo el cual se alega la ya tan mencionada doctrina, y que deben ser revaluadas pues, tal como lo hace notar Díaz Solimine respecto de Argentina, luego de la pandemia el escenario para aplicar las llamadas Tecnologías de la Información y Comunicación se encuentra más que preparado[65], siendo así, muchos problemas pueden ser superados con el uso apropiado de las mismas.

III. Consideraciones sobre los problemas del *forum non conveniens*

A. La práctica del *forum shopping*

El *forum shopping* es una práctica que consiste en la búsqueda de la jurisdicción más conveniente[66], pero fácil sería partir de esa definición para enmarcar dicha práctica en la institución negativa de fraude a la ley. Empezaremos, por distinguir ambas figuras, pues el fraude a la ley es algo radicalmente distinto al *forum shopping*, el primero consiste en una táctica maliciosa, el segundo aunque cuestionable, en una táctica astuta; no negamos que sea posible que una persona haciendo *forum shopping* termine por incurrir en el fraude a la ley, pero no necesariamente quienes incurren en el fraude, también realizan *forum shopping*.

Consideramos realmente importante abordar la relación que existe entre el *forum shopping*[67] y el *forum non conveniens*, pues la doctrina del *forum non conveniens* podría fácilmente estar al servicio del *forum shopping*, como también puede estar en contra. Por ejemplo, el uso

---

[65] Díaz Solomine, Omar Luis, Aplicación por los jueces de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) a la actividad judicial en épocas de Pandemia, en: J. Salaverría (coord.), *Derecho. Cine. Literatura X Jornada Aníbal Dominici. Homenaje al Dr. Ramón Escovar León*, Caracas, Abediciones, Asociación Civil Juan Manuel Cajigal, Universidad Católica Andrés Bello, 2021, pp. 144-145.

[66] Tribunal de Rímini en Italia, sentencia 26 de noviembre de 2002 (*Al Palazzo, S.r.l. vs. Bernardaud, S.A.*) en: https://bit.ly/3Bjo9tF

[67] Si bien explicamos de forma muy breve por qué el *forum shopping* no necesariamente tiene una naturaleza maligna y/o contraria a la ley en contraposición con el fraude a la ley, sugerimos leer: Ferrari, Franco, *Forum Shopping*: La necesidad de una definición amplia y neutra, en: *Arbitraje*, 2014, Vol. VII, No. 2, pp. 335-368, para mayor clarificación.

eficiente del *forum non conveniens* puede significar que una empresa con presencia internacional conozca cualquier demanda en el foro donde se encuentre la empresa madre, ante la posibilidad de que se intente una demanda en su contra por una estadía breve en un foro distinto[68].

Pero también puede darse el caso que una parte termine usando el *forum non conveniens* para sustanciar el proceso en un foro extremadamente inconveniente para otra parte, produciéndose entonces un *forum shopping* detrimental[69]. Es por esa razón que la comunidad internacional ha procurado desarrollar reglas y estándares para las cláusulas de elección de foro, ejemplo de ello es la Reglamento de Roma I[70], el Convenio de La Haya sobre acuerdos de Elección de Foro[71] y el Reglamento Bruselas I[72]; en nuestra opinión, ejemplos de cómo Europa ha intentado en forma alguna codificar y controlar los posibles daños generados por el *forum shopping*, teniendo muy presente la doctrina del *forum non conveniens*[73].

En ese sentido, nos corresponde intentar responder si el *forum non conveniens* ha solventado o empeorado la situación con la práctica del *forum shopping*, pues tal como lo expresa von Mehren y como lo hemos sostenido de forma insistente a lo largo de este artículo, el *forum non conveniens* usado sabiamente puede crear una justicia internacional más armónica[74].

Cualquier esfuerzo por responder la interrogante que planteamos en el párrafo anterior, pasa por el uso que se le dé a la doctrina, pues como hemos dicho antes la doctrina del *forum non conveniens* puede ser usada para combatir el *forum shopping*, pero eso no necesariamente nos acerca a una forma de justicia más genuina[75]; ciertamente, no es una pregunta que tenga una sola respuesta.

Consideramos que la doctrina del *forum non conveniens* ha sido de gran ayuda para delimitar el uso del *forum shopping*, pues a lo largo de su aplicación en distintas partes del

---

[68] Dorward, Daniel J, The *Forum non Conveniens* Doctrine and the Judicial Protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs, en: *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 1998, Vol. 19, No. 1, p. 142.

[69] Whytock, Christopher A. y Burke Robertson, Cassandra, *Forum Non Conveniens* and the Enforcement of Foreign Judgements, en: *Columbia Law Review*, 2011, Vol. 111, No. 1444, pp. 1448-1449. Los autores ponen de manifiesto un fenómeno que explica cómo se produce este efecto detrimental, pues en la medida que los demandantes intentan aprovecharse del *forum non conveniens* para introducir demandas en Estados Unidos, pareciera que los foros alternos se empobrecen y adquieren aún más características que permiten al demandante tener un argumento sólido para buscar alivio en la doctrina.

[70] Reglamento No. 593/2008, Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Diario Oficial de la Unión Europea, L 177, 04 de julio de 2008.

[71] Convenio No. 2009/37, Consejo de la Unión Europea, relativo a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro. Diario Oficial de la Unión Europea, L 133/1, 26 de febrero de 2009.

[72] Reglamento No. 1215/2012, Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I). Diario Oficial de la Unión Europea, L 351, de 12 diciembre de 2012.

[73] Von Mehren, Arthur T, *Adjudicatory Authority in Private International Law a Comparative Study*, Leiden/Boston, The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 266-267.

[74] *Ibid*, p. 267.

[75] Gillies, Peter, *Forum non Conveniens* in the Context of International Commercial Arbitration, en: *Arbitration*, 2008, Vol. 74, pp. 46-47. El autor utiliza como ejemplo la situación en la que una parte, por sus propios motivos, desea ejecutar un laudo arbitral en un foro específico y el *forum non conveniens* es usado como defensa, haremos alusión a esto en el aparte respectivo.

mundo ha ayudado a poner límites a la sustanciación de procesos en foros deseables cuando es perfectamente posible llevar a cabo los mismos procedimientos en otros foros de jurisdicción competente, especialmente en aquellos casos donde las partes han optado por elegir un foro neutro y han usado el *forum non conveniens* como un mecanismo para sostener su mutuo acuerdo[76].

Sin embargo, sería irresponsable ignorar que el *forum non conveniens* también puede ser útil para sostener la práctica del *forum shopping*. Esta perspectiva en particular es una que debemos analizar con sumo cuidado, especialmente si tenemos en cuenta que en general, el *forum non conveniens* sirve para corregir las pretensiones sobre jurisdicción de las partes intervinientes en el proceso.

Corolario de ello, consideramos que su aplicación pone techo de forma casi espontánea a la práctica del *forum shopping* y como dicen Dodge, Gardner y Whytock, la confluencia de ciertos elementos podría impulsar a los jueces de un determinado foro a utilizar el *forum non conveniens* como una medida *anti-forum shopping*[77]. Ahora bien, una buena parte de nuestras opiniones se colige con la opinión de la doctrina americana, pero por ejemplo en Australia, se han levantado preocupaciones en cuanto al uso del *forum non conveniens* como instrumento fomentador del *forum shopping*.

Es así que Svantesson comenta que el uso del *forum non conveniens* puede ser utilizado estratégicamente para lograr que se acredite la jurisdicción en un foro que presente ventajas procedimentales[78] , sin embargo hemos notado a lo largo de nuestra investigación que, tal cual como lo reproduciría Svantesson en su artículo[79], muchos de los alegatos de *forum non conveniens* se encuentran cuidadosamente construidos para evitar que sean rechazados, conteniendo especificaciones sobre la manera en la que se sustenta dicha excepción.

Para cerrar, en nuestra opinión la disyunción que se presenta al responder el planteamiento que propusimos en párrafos anteriores resulta ilusoria, pues desde un punto de vista apriorístico, podría decirse que ciertamente el *forum non conveniens* puede ser ambas cosas,

---

[76] Arnaiz, Antonio Javier Adrian, *Forum non Conveniens* y *Forum Shopping* en el sistema comunitario de competencia judicial y ejecución de sentencias, en: *Revista de Estudios Europeos*, 1992, No. 2, pp. 56-57. El autor hace mención de un llamado "efecto reflejo del *forum non conveniens*".

[77] Dodge, William, Maggie Gardner y Christopher A. Whytock, The Many States Doctrine of *Forum non Conveniens*, en: *Duke Law Journal*, 2023, Vol. 72, No. 6, pp. 1225-1233. Los autores afirman que la confluencia de tres elementos de emulación como lo son: (i) los comentarios de expertos, (ii) el *momentum* y (iii) la narrativa judicial, terminarían por impulsar un movimiento según el cual los jueces de distrito usarían el *forum non conveniens* para rechazar una gran cantidad de demandas en Estados Unidos y, especialmente con base en el último elemento (ver pp. 1232-1233) llevó a una serie de cambios ideológicos sobre el *forum non conveniens* que producirían una suerte de medida *anti-forum shopping*; esta idea se ve fortalecida por lo que comenta Whytock, Christopher A., The evolving forum shopping system, en: *Cornell Law Review*, 2011, Vol. 96, No. 3, p. 529, toda vez que el autor presenta un estudio empírico sobre la aplicación del *forum non conveniens* por el juez americano.

[78] Svantesson, Dan Jerker B., In defence of the Doctrine of *Forum non Conveniens*, en: *Hong Kong Law Journal*, 2005, Vol. 35, No. 2, p. 416.

[79] *Ibid*.

pero *a posteriori* hemos podido constatar que existe un consenso generalizado en los circuitos judiciales de los foros más deseables de rechazar argumentos vacíos de *forum non conveniens*, precisamente para oponerse a la práctica del *forum shopping*.

B. El *forum non conveniens* en el arbitraje

El *forum non conveniens*, como no es raro en la práctica del arbitraje, puede llegar a relacionarse con ese medio alternativo de resolución de conflictos, pues es común que en ocasiones sea necesario resolver o usar elementos del Derecho internacional privado para mejorar o amedrentar el arbitraje. Por ejemplo, algunos han afirmado que ciertos jueces han interpretado el artículo II.3 de la Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras[80] en función de la conveniencia de usar el arbitraje para dirimir el conflicto[81].

Empero, antes de llegar a la ejecución del posible laudo, una pregunta más importante se presenta ante el uso del *forum non conveniens* en el arbitraje internacional: ¿existe realmente otra jurisdicción competente? Como es sabido, el acuerdo de arbitraje implica, entre muchísimas cosas que no son objeto de discusión en este espacio, la exclusión de la jurisdicción ordinaria[82] y por consecuencia lógica, implica también la delimitación de los foros con jurisdicción competente, es decir, solo tiene jurisdicción competente el foro designado por las partes y, en su defecto y en algunos países, la jurisdicción ordinaria de la sede si se quiere cuestionar la validez del acuerdo arbitral.

Pero en general y en un primer momento, es consenso generalizado que el acuerdo de arbitraje precluye la concurrencia de foros. En nuestra opinión, la concurrencia de foros que pudiere llegar a presentarse, en el nacimiento de la controversia, sólo puede existir cuando (i) se desafía la validez del acuerdo arbitral y/o (ii) existe una cláusula patológica que lleve a la confusión, pero incluso en este último caso, no habría una concurrencia de foros, sino más bien un conflicto para determinar el foro[83].

Otro caso que escapa a nuestra consideración inicial es planteado por Bjorklund, cuando propone que la doctrina del *forum non conveniens* puede ser útil cuando por la materia del

---

[80] Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, ONU, 10 de junio de 1958, "II.3 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**" (negritas del autor).

[81] Penádes Fons, Manuel, La protección de los intereses generales por los tribunales arbitrales y el *forum non conveniens*, en: E. Petit y J. Alcaide (eds.), *España y la Unión Europea en el Orden Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 609.

[82] Henríquez La Roche, Ricardo, *El arbitraje comercial en Venezuela*, Caracas, Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, 2000, p. 150.

[83] Vale la pena hacer notar al lector que a los fines de este trabajo nos referimos a los tribunales arbitrales como foros, aunque pudiesen surgir criticismos por el empleo de dicha terminología. Además, en nuestra opinión existe un tercer escenario muy rebuscado, cuando las partes convengan en el acuerdo arbitral que la disputa podrá ser dirimida en una serie de Centros de Arbitraje con características en común, en ese caso si habrían foros concurrentes, aunque es un caso realmente extraordinario.

conflicto es conveniente un tribunal con conocimiento especializado[84], aunque lo cierto es que la práctica arbitral cuenta con un principio que es sumamente útil a la hora de dilucidar conflictos de jurisdicción, el principio *compétence sur la compétence*, *Kompetenz-Kompetenz* o competencia competencia[85], pues fácilmente un tribunal arbitral podría declararse competente para dirimir el conflicto.

Por supuesto, existen escenarios en donde aún en la presencia de un acuerdo arbitral una parte puede intentar, tempestivamente, dirimir la controversia en un foro que no es el acordado; en estos casos no nos cabe duda que existen una gran cantidad de remedios que harían de tal esfuerzo uno fútil, entre dichos remedios el *forum non conveniens*[86].

Antes hemos mencionado las situaciones en las que puede desafiarse la controversia de un tribunal arbitral, partiendo del momento en el que aún no se ha sustanciado el proceso o se está sustanciando, pero ¿qué sucede cuando se invoca un desafío a la jurisdicción luego de que concluya el juicio arbitral? Típicamente, el arbitraje finaliza en el momento en el que los árbitros hacen entrega del laudo, pero dicho laudo debe ser ejecutado por la jurisdicción ordinaria.

El escenario que planteamos es uno muy poco sonado, pero que de hecho es de gran relevancia para el análisis del *forum non conveniens*, esto es la oponibilidad de la doctrina durante el proceso para la ejecución del laudo. Gillies[87] nos introduce en su estudio a dos casos concretos, (i) Monegasque de Reassurances SAM v. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine[88] y (ii) *TMR Energy Ltd v. State Property Fund of Ukraine*[89].

Como Gillies plantea en su estudio, en ambos casos se opuso la doctrina del *forum non conveniens* para la ejecución de los respectivos laudos, aunque parece importante aclarar que los dos casos involucran al Estado ucraniano, elemento que a nuestro parecer juega un factor vital para la aceptabilidad de las excepciones de *forum non conveniens* aceptadas y rechazadas

---

[84] Bjorklund, Andrea K, Private Rights and Public International Law: Why Competition among International Economic Law Tribunals is not Working, en: *Hastings Law Journal*, 2007, Vol. 59, No. 2, pp. 305-306. Aunque creemos que en el contexto del arbitraje internacional parece tener sentido el escenario, sostenemos que es un argumento débil pues, el arbitraje institucional se caracteriza por tener un amplio catálogo de árbitros especializados en una materia, si se quiere a un árbitro en específico las partes podrán acordar modificar el acuerdo. Distinto es el caso en el que las partes se encuentran en la jurisdicción ordinaria, pero acuerdan ir a arbitraje aun cuando el juicio ya se está sustanciando, no obstante reiteramos que en este escenario las partes podrían simplemente precluir el proceso e ir a arbitraje; la pregunta interesante sería ¿puede una parte litigante forzar el arbitraje en la otra por medio del *forum non conveniens* al proponer la conveniencia de un tribunal especializado? Aunque disparatada en forma, podría ser un ejercicio reflexivo interesante, siempre teniendo en cuenta que si no existe un acuerdo arbitral (o su indicio), entonces la anterior reflexión no tendría sentido.

[85] Brengesjö, Emil, Lis Alibi Pendens *in International Arbitration Reflections on the Swedish Position in the Context of International Trends and Approaches* (Thesis in Procedural Law), Stockholm, Stockholm University, 2013, p. 23.

[86] Gillies, *Forum non Conveniens*…, ob. cit., p. 4. Existen algunos escenarios en los que el *forum non conveniens* pudiere servir en beneficio del arbitraje, sin embargo, dejaremos dicho estudio para otra ocasión.

[87] *Ibid*., pp. 11-13.

[88] *U.S. District Court for the Southern District of New York*, 158 F., Supp. 2nd, 377, 4 de septiembre de 2001 (*Monegasque de Reassurances SAM v. Nak Naftogaz of Ukraine and State of Ukraine*) en: https://bit.ly/3BkWpol

[89] *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*, No. 03-7191, 17 de junio de 2005 (*TMR Energy Ltd v. State Property Fund of Ukraine*) en: https://bit.ly/3I7koem

en cada caso. En el primero no existían elementos de conexión suficientes para que se ejecutara el laudo en los Estados Unidos y en el segundo, el tribunal ratificó el laudo al notar que las defensas opuestas por la parte recurrente, es decir, el State Property Fund of Ukraine, en relación con el *forum non conveniens* eran contradictorias, toda vez que sólo un tribunal americano puede ejecutar una decisión contra la propiedad de otro Estado ubicada en territorio norteamericano.

A propósito del último caso, resulta que en el caso *Figuereido Ferraz v. the Republic of Peru*, se analizaron nuevamente los argumentos del primero de los casos que citamos[90]. En el caso, la parte favorecida por el laudo, *Figueiredo Ferraz*, intentó ejecutarlo en los Estados Unidos, sin embargo, ante la decisión de distrito la República de Perú apeló la decisión y alegó que el laudo no podía ser ejecutado en Estados Unidos debido a una norma peruana que limitaba el dinero que podía ser gastado en cumplimiento de obligaciones públicas en un año.

En este caso, la Corte de Apelaciones consideró que ejecutar el laudo en los Estados Unidos requería ignorar la disposición peruana, de modo que al revisar los dos precedentes anteriores terminó por concluir que la existencia de activos de la parte accionada en territorio estadounidense no tiene que significar la procedencia automática de la ejecutabilidad del laudo en el mismo territorio; decidiendo que la demanda debía ser intentada en los tribunales de la República de Perú, pero atando dicha procedencia del *forum non conveniens* a la renuncia de la aplicación de plazos de prescripción y con la condición de que si los tribunales peruanos se negaban a sustanciar el proceso, la ejecución podría ser intentada nuevamente en los Estados Unidos.

En suma, el *forum non conveniens* puede fácilmente ser utilizado tanto en favor, como en detrimento del arbitraje, como nos gusta decir a lo largo de este trabajo, va a depender del uso que se le dé. Observamos que existen una variedad de escenarios en los cuales resulta aplicable la doctrina, pero que en definitiva deben ser resumidos en: (i) antes y (ii) después del laudo arbitral.

Comentarios finales

A manera de conclusión, debemos reiterar que el *forum non conveniens* es una excepción oponible ante los tribunales cuando existen dos jurisdicciones competentes y concurrentes, dicha excepción consiste en el ruego o exhorto al tribunal para que decline su jurisdicción y ello se presenta bajo argumentos agrupados bajo la palabra conveniencia.

[90] *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, No. 09-3925, 14 de diciembre de 2011 (*Figueiredo Ferraz e Engenharia de Projeto Ltda., v. The Republic of Peru, et al.*) en: https://bit.ly/42SgpdU

Es particularmente importante entender que esta doctrina no representa un desafío a la jurisdicción y/o competencia del juez, tampoco es la declinatoria de jurisdicción por razones de necesidad, se trata de algo sustancialmente distinto, se trata de la petición al juez para que decline su jurisdicción por la conveniencia de la parte que lo solicita, normalmente por razones de conveniencia práctica que se entrelazan con el acceso a la justicia de la parte que se ve habilitada para invocar la doctrina.

A nuestro pensar, la palabra conveniencia —sin duda— abarca una amplitud que debe ser mirada con sumo cuidado, toda vez que el mundo se encuentra en constante evolución y no toda facilidad práctica debe ser recogida en la aplicabilidad de esta doctrina, lo que afirmamos es que los tribunales deben, en la medida de lo posible, procurar instar al uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, pues de lo contrario favorecen una práctica que fácilmente puede llegar a perjudicar a la justicia en una dimensión colectiva.

Como afirmamos antes, creemos que el uso de la doctrina del *forum non conveniens* guarda una estrecha relación con el derecho de acceso a la justicia, pero precisamente por la existencia de dicha relación debe cuidarse su aceptación, pues ora en su dimensión individual, ora en su dimensión colectiva, el *forum non conveniens* puede generar un perjuicio contra la justicia como la conocemos. Nos referimos en este último caso a los escenarios en los que un foro es mucho más deseable que otro y se produce una práctica de *forum shopping*, que desequilibra el sistema de justicia de ese foro y afecta directamente a la sostenibilidad de la justicia.

En conexión con la idea anterior, hemos sostenido a lo largo de este trabajo que el *forum non conveniens* ha terminado por limitar la práctica del *forum shopping*, ya sea por error o coincidencia, la aplicación del *forum non conveniens* ha llevado a algunos Estados anglosajones a mostrarse renuentes a aceptar una doctrina vacía, instaurando rígidos criterios para la procedencia del *forum non conveniens*.

Aunque, al analizar el panorama comparado pudimos percatarnos de un elemento que sin duda vale la pena mencionar, como hemos explicado antes, el uso de la doctrina en países con sistemas de derecho de *civil law* pasa por una regulación expresa, específica y concreta; mientras que en países con sistemas jurídicos de *common law*, el uso de la doctrina resulta mucho más espontáneo, pues de cierta forma es un recurso que flota en el aire jurídico de estos últimos países.

Aun cuando algunos países pueden regular su aplicación, lo cierto es que los jueces anglosajones poseen cierta libertad de aplicación que creemos caracteriza la esencia de la doctrina, sin duda alguna, se trata de una doctrina de aplicación discrecional por parte del juez. Nuestro comentario guarda relación con el posible uso del *forum non conveniens* en países con sistemas de *civil law*, pues en nuestra opinión la detallada técnica legislativa del legislador continental desvirtuar en forma alguna la discrecionalidad que forma parte del *forum non*

conveniens, cosa que se hace evidente en los pocos modelos de normas que lo regulan presentes en dichos sistemas.

Un juez que tenga que atender a un alegato en el que se invoque una norma, un literal o un numeral y un supuesto de hecho específico, difícilmente es un juez que goza de discrecionalidad en el sentido más estricto de la palabra. Si bien no dista demasiado del uso de la doctrina en los países de *common law*, pensamos que esta forma de aplicación llevaría al juez de los países de *civil law* a sentir una presión distinta a la que sienten los sentenciadores de los países anglosajones.

Finalmente, el *forum non conveniens* es una herramienta que guarda relación estrecha con los derechos humanos, afirmación esta que encuentra su fundamento en el objeto intrínseco de la doctrina, esto es, el acercamiento a una justicia más genuina. Creemos que la relación del *forum non conveniens* con el arbitraje debe ser observada de cerca, pero por los momentos mantiene una tendencia neutral que, por otro lado, no es la misma en cuanto a los foros corruptos que en el mundo existen.

La doctrina del *forum non conveniens* ha solucionado muchos problemas, mientras claramente ha generado otras incógnitas en el derecho, pero con nuestra breve investigación, creemos que es una doctrina amiga del derecho, que ha permitido alcanzar mejores resultados y que representa una pieza clave para la evolución y mejora del ámbito jurídico.

IV. Escritos Breves

La familia venezolana en el mundo, desde la unidad familiar en el Derecho comparado. Casos: Colombia, Argentina, Perú y Panamá

Roxgeilys Orummila Achique Méndez[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 389-397.

Resumen

Múltiples factores han llevado a escalar al éxodo venezolano entre los top de los desplazamientos internacionales en los últimos años. En un principio, la migración masiva de venezolanos se motivó a diversos factores como la inseguridad alimentaria, la violencia, bajos salarios, pocas plazas laborales, ausencia de servicios públicos básicos, disconformidad con el régimen político, falta de acceso a medicinas y en general la búsqueda de mejor calidad de vida. Sin embargo, con el transcurso de los años un nuevo motivo se ha añadido a la lista: la unidad familiar. En el presente artículo se expone brevemente la situación de los instrumentos jurídicos que regulan migración por unidad familiar venezolana en Colombia, Argentina, Perú y Panamá.

Abstract

Several factors led to ramp up the Venezuelan exodus among the top-ten international migration movements during the last years. At the beginning, the massive Venezuelan migration was due to factors such as scarcity of food and medicines, violence, low wages, fewer jobs in the domestic market, poor quality of public services, disagreement with the political regimen, and in general the search for a better quality of life. However, a new factor has joined the lists over the years, namely the quest for family unity. In this article, we briefly discuss the legal texts applicable to the migration of Venezuelans as family units in Colombia, Argentina, Peru, and Panama.

Palabras clave

Familia. Unidad familiar. Migración. Derechos humanos. Venezuela. América Latina. Familias transnacionales.

Keywords

Family. Family unity. Migration. Human rights. Venezuela. Latin America. Transnational family.

Sumario

Introducción. I. La familia II. La protección a la familia en los instrumentos internacionales. III. La cuestión de la óptica: derecho y principio en la unidad familiar IV. Instrumentos y disposiciones jurídicas que influyen en la unidad familiar en Colombia, Argentina, Perú y mención al caso Panamá. A. Colombia. B. Argentina C. Perú. D. Panamá. V. Conclusión.

Introducción

Tras el decaimiento de la calidad de vida, los problemas políticos y socioeconómicos presentes en Venezuela, a partir del 2013 una migración que ya existía se acrecentó convirtiéndose hoy en día en un desplazamiento a nivel mundial donde alcanza más de 7,1 millones de migrantes. Cifra que sigue aumentando diariamente.

[*] Abogada, egresada de la Universidad Monteávila en 2021. Becaria de la organización Beca a Un Pana por excelencia académica y de la Universidad Monteávila durante el pregrado. Acreedora de la mención honorífica Cum Laude. Maestrante en la Universidad Nacional Autónoma de México. Becaria CONACYT.

Con el pasar de los años los migrantes venezolanos y refugiados, como es natural, han seguido con sus vidas y han empezado a desarrollar familias en sus respectivos países de acogida. Sin embargo, algunos otros migrantes, en especial los jóvenes, han tenido que dejar en Venezuela parte de su núcleo familiar más próximo, entre ellos: su cónyuge, padres o hijos.

Estos fenómenos han permitido que a los motivos que dan origen a la migración venezolana ahora se añada el de la unidad familiar, donde ya no necesariamente las personas emigran con un proyecto migratorio individual, sino que ya establecidos, buscan reunificarse con sus familiares.

I. La familia

La familia como núcleo fundamental de la sociedad, es la célula que permite que ésta se desarrolle y progrese. Por tal motivo, es la familia sujeto de protección internacional así como los miembros desde su esfera individual. Hoy en día, la concepción de la familia tradicional se ha transformado dando paso a otro tipo de estructuras familiares.

En la actualidad existen varios tipos de familias que han ido evolucionando en la medida en que el intercambio de las relaciones sociales entre individuos ha ido cambiando. En este caso, mencionaremos las familias transnacionales, las cuales "*are defined as familial groups with members living some or most of the time separated from each other, while nonetheless feeling a sense of collective welfare, unity and familyhood across national borders*"[1]. Así que de cualquier manera en que se conformen las familias, ocurre que ellas obtienen protección jurídica.

II. La protección a la familia en los tratados internacionales

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos se inicia el reconocimiento y la protección a la familia, puede observarse en su artículo 23, "3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"[2].

Así los subsiguientes instrumentos internacionales incluyeron progresivamente artículos referentes a la protección de la familia incluyendo el Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales el cual reza en su artículo 10: " Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: 1. **Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución** y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

[1] Bryceson, Deborah Fahy, Transnational families negotiating migration and care life cycles across nation-state borders, en: *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2019. Vol. 45, No. 16, pp. 3042 ss., especialmente p. 3043.
[2] Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada por las Naciones Unidas (ONU) en su Resolución 217 A (III) 10 de diciembre de 1948 en París, Francia. Consultado en: https://bit.ly/41c1lqd

El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges" (negritas de la autora)[3].

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos su artículo 17 expone lo siguiente: "1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia"[4].

Seguidamente la Convención sobre Derechos del Niño, el artículo 10 establece: "1. De conformidad con la **obligación que incumbe a los Estados Partes** a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, **toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva**. Los **Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares**" (negritas de la autora).

Mientras que la Declaración de Cartagena sobre los refugiados insta a "Reconocer que **la reunificación de las familias constituye un principio fundamental en materia de refugiados**, **el cual debe inspirar el régimen de tratamiento humanitario en el país de asilo** y de la misma manera las facilidades que se otorguen en los casos de repatriación voluntaria"[5].

Así cabe mencionar que durante la Mesa Redonda de Expertos en Ginebra discutiendo respecto de la unidad familiar coincidieron como consideraciones generales: "**El derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia (…)** una pequeña minoría de los participantes [en la mesa redonda], si bien **reconoció la importancia de la familia, no se refirió a la unidad familiar como un derecho sino como un principio**"[6]. Esto podría deberse a que consideran a la unidad familiar como un principio orientador en pro de favorecer la reagrupación familiar, sin embargo, este será un punto que abordaremos más adelante. Así otros instrumentos internacionales hacen referencia a "la obligación de respetar el derecho a la unidad familiar de los refugiados es un derecho humano básico, el cual se aplica sin importar si un país es parte de la Convención de 1951 o no" (negritas de la autora)[7].

---

[3] Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, de conformidad con el artículo 27. Consultado en: https://bit.ly/42DqcnK

[4] Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA). Adoptada el 18 de julio de 1978 en San José, Costa Rica. Consultado en: https://bit.ly/44E1ZQ5

[5] Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Adoptado por el "Coloquio Sobre la Protección internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios. Celebrado del 19 al 22 de noviembre de 1984 en Cartagena, Colombia. Consultado en: https://bit.ly/2G27HUN

[6] Mesa Redonda de Expertos en Ginebra. 8-9 de noviembre de 2001. Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) y el Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. Consultado en: https://bit.ly/44IsnYY

[7] Mesa Redonda de Expertos en Ginebra. 8-9 de noviembre de 2001, cit.

Asimismo, se manifestó que "Mantener y facilitar la unidad familiar ayuda a garantizar la atención física, la protección, el bienestar emocional y el apoyo económico de los refugiados individuales y sus comunidades"[8]. El ser humano por su naturaleza de ser social requiere compañía, si bien no todas las estructuras familiares son óptimas para el desarrollo, lo ideal es que las familias estén juntas.

III. La cuestión de la óptica: derecho y principio en la unidad familiar

Los instrumentos internacionales si bien se han enfocado principalmente en el reconocimiento de la familia como célula fundamental de la sociedad, muy poco han hecho en enfatizar a la unidad familiar como un derecho inherente al ser humano, tan importante como la protección de la vida, el acceso a la educación o a la alimentación, y en los escasos casos en que se ha planteado a la unidad familiar como derecho se ha hecho desde la perspectiva de los refugiados, cuando en el contexto actual, la migración y los derechos no deben ser restringidos solo a los migrantes con estatus de refugiados. Hoy se debe destacar que los migrantes no refugiados también tienen familias y estás tienen derecho a mantenerse unidas.

Los principios en nuestra materia son elementos orientadores de las decisiones y las normativas que se enmarcan en el ordenamiento jurídico. Ellos tienen relación estrecha con los valores, estos últimos definidos por Scheler como "cualidades de orden material y rango diverso, que existen independientemente de su forma de manifestación, es decir, ya sea que aparezcan realizados en las cosas o se den en la conducta"[9], definidos en palabras sencillas podría decirse que son cualidades estructurales que se verifican en los individuos y se materializan de manera abstracta en el pensamiento de las personas creados como ideales socialmente aceptados.

Las reglas por su parte limitan la conducta humana y se estructuran mediante un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica con sanciones aplicables en caso de inobservancia de la ley. La unidad familiar por sus características corresponde más a un principio que a una regla, sin duda, pero su característica distintiva es que es un principio constitucionalizado y positivizado, hecho que en el Estado de derecho constitucional contemporáneo hace que la unidad familiar obtenga una dualidad como principio y derecho, al fin, este mismo ya es considerado un Derecho Humano, negar un aspecto u el otro iría contra un característica esencial de los Derechos Humanos, la progresividad.

[8] Mesa Redonda de Expertos en Ginebra. 8-9 de noviembre de 2001, cit.

[9] Ver: García Maynez, Eduardo, *Ética, ética empírica, ética de bienes, ética formal, ética valorativa*, México, Centro de Estudios Filosóficos, Colección de Manuales Escolares, Universidad Nacional de México, 1944, especialmente Capítulo X, El problema de la existencia de los valores.

IV. Instrumentos y disposiciones jurídicas que influyen en la unidad familiar en Colombia, Argentina, Perú y mención al caso Panamá

Si bien no se pretende abarcar las regulaciones por unidad familiar de cada país que integra América del Sur, si se mencionará los países que poseen mecanismos más destacados al respecto.

A. Colombia

Colombia es uno de los principales países de mayor acogida para migrantes venezolanos debido a su posición geopolítica. A partir del 2021, a través del Estatuto de Protección Temporal se estableció un régimen jurídico compuesto por el Registro Único de Migrantes Venezolanos y del Permiso por Protección Temporal. En lo referente al Registro Único cuyo objeto es recaudar información para el diseño de políticas públicas. Mientras que el Permiso de Protección Temporal (PPPT) "es un mecanismo jurídico de protección temporal dirigido a la población migrante venezolana"[10].

En la práctica este instrumento jurídico permite que los venezolanos se visibilicen en Colombia, gocen de un estatus regular y, por tanto, puedan acceder a distintos beneficios en las entidades públicas de dicho país, así como también evidencia la composición del núcleo familiar exponiéndose la necesidad de asistencia que tiene cada familia por parte del gobierno y permite su inclusión en el desarrollo de políticas públicas, identificando las necesidades de cada migrante o la vulnerabilidad a la que se encuentren expuestos en el caso de mujeres embarazadas y personas con discapacidad.

B. Argentina

Según la ONU, para 2021 se estimaba que 174.333 venezolanos residen en Argentina. A través de encuestas realizadas por la misma organización se pudo obtener los siguientes datos: "El 72 por ciento de las personas encuestadas viajaba acompañada por su grupo familiar, dato consistente con lo observado en la consulta a informantes clave. Mientras que el 20 por ciento se encontraba viajando solo y el 1 por ciento en grupo no familiar"[11], mientras que "El 91 por ciento de la población alcanzada tenía a la República Argentina como destino final de su viaje"[12]. Así mismo exponen una estadística muy interesante para nuestro objeto de estudio: "las personas encuestadas fueron consultadas acerca del proyecto migratorio de su grupo familiar no residente en el país. Como resultado, se obtuvo que el 74 por ciento de la población

[10] Artículo 3 del Decreto 2016. Publicado en Diario Oficial No. 51.603 de 1 de marzo de 2021. Consultado en: https://bit.ly/41hIwSj
[11] OIM, Migración. DTM. Diagnóstico de monitoreo de Flujo y seguimiento a la movilidad. Argentina, Monitoreo de flujo de población venezolana, ronda 6- Ingresos. Mayo 2021, p. 5.
[12] OIM, Migración, cit., p. 5.

encuestada tiene familiares que planean venir a la República Argentina. Al consultar por la cantidad de familiares con la intención de residir en el país, se llega a un total de 79 personas"[13].

Debido a los datos anteriormente expuestos, podemos afirmar que Argentina se ha vuelto un destino importante para las familias venezolanas, pero ¿qué origina esta preferencia a este destino? Algunos motivos podrían ser: la ventaja del idioma español, cercanía entre países lo que se traduce en menos gastos de viaje, pero sin duda un favor crucial en la migración venezolana hacia Argentina son los instrumentos jurídicos que les favorecen.

La Ley de Migraciones de Argentina regula varios aspectos relativos a la unidad familiar y a la extranjería los cuales expondré a continuación. Dentro de sus principios generales y objetivos de la ley se encuentra "Garantizar el ejercicio del derecho a la reunificación familiar"[14], así como "Promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias"[15], como consecuencia la Ley plasma de manera muy clara que "El Estado garantizará el **derecho de reunificación familiar** de los inmigrantes con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes"[16], lo que deja muy claro el compromiso de la Argentina con la protección a la unidad familiar. Inclusive frente a los impedimentos de ingreso a la Argentina sería posible "admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo"[17], y destaca que para los extranjeros en situación de irregularidad "Los extranjeros y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente"[18].

Pero estas regulaciones se extienden al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), creado el 26 de marzo de 1991 por el Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común, traduciéndose como un proceso de integración regional. Venezuela se adhirió a esta organización en 2006 y se convirtió en miembro pleno en 2012. Sin embargo, la República

---

[13] OIM, Migración. DTM, cit., p. 10.

[14] Artículo 3 apartado d. Ley 25.871. Ley de Migraciones, promulgada 20 de enero 20 de 2004. Consultado en: https://bit.ly/44TfdZB

[15] Artículo 3 apartado dg Ley 25.871. Ley de Migraciones.

[16] Artículo 10. Ley 25.871. Ley de Migraciones. (Nota Infoleg: por art. 1 de la Disposición No. 4880/2015 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 13 de octubre de 2015 se reconoce, con análogos efectos jurídicos al matrimonio, a los fines de su admisión, en los términos de los artículos 22 de la Ley No. 25.871, 22 incisos a) y b) y 23, última parte del Decreto No. 616/10, y de su inclusión en los supuestos de excepción previstos por los artículos 29, 62 y 10 de la Ley No. 25.871; a los extranjeros que acrediten unión convivencial, con nacional argentino o con ciudadano extranjero radicado permanente o temporario en el país, inscripta en el registro que corresponda a la jurisdicción local. Vigencia: a partir del 1 de octubre de 2015, texto según art. 1 de la Disposición No. 6206/2017 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 14 de noviembre de 2017).

[17] Artículo 29, apartado k. Ley 25.871. Ley de Migraciones.

[18] Artículo 66. Ley 25.871. Ley de Migraciones.

Bolivariana de Venezuela fue suspendida por decisión de los países fundadores el 05 de agosto de 2017, en São Paulo, por incumplir entre otros: los compromisos democráticos y respeto a los Derechos Humanos establecidos en el Protocolo de Ushuaia.

En el año 2010 por Decisión CMC No. 64/10 se "decidió impulsar la conformación progresiva de un Estatuto de la Ciudadanía del MERCOSUR que compile un conjunto de derechos y beneficios en favor de los nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR"[19] destaca entre los aspectos que regula dicho Estatuto: la circulación de personas, el trabajo, empleo, la seguridad social, la educación y los derechos políticos y acceso del ciudadano a los órganos del MERCOSUR. De la misma manera el MERCOSUR acordó "Que la aplicación del Protocolo de Ushuaia no debe (…) producir perjuicio alguno al pueblo venezolano"[20], así también "Los Estados Partes definirán medidas con vistas a minimizar los impactos negativos de esta suspensión sobre el pueblo venezolano"[21]. Así, la República Argentina en el ejercicio de su soberanía y autonomía ha decidido mantener vigente la normativa al respecto de la circulación de los ciudadanos venezolanos permitiendo su ingreso a la Argentina con Cédula de Identidad "para nacionales y migrantes permanentes"[22], "salvo que, conforme la nacionalidad que esas personas posean, la visa sea un requisito necesario para ingresar al país de destino"[23]. En el caso de Argentina no exige visa a los ciudadanos venezolanos. Además, permite en virtud del MERCOSUR que los ciudadanos venezolanos obtengan residencia temporaria[24]. Así la reunificación familiar se facilita en la medida que el requisito vital es probar el vínculo con el residente temporal, permanente o el ciudadano argentino. Así se expresan medidas favorables a la unidad familiar.

C. Perú

En los últimos años el Perú ha destacado como destino de miles de migrantes venezolanos a la fecha más de "1,5 millones de personas venezolanas"[25]. Dicha cifra ha ido en aumento, según estimaciones: "Alrededor de 1,6 millones de refugiados y migrantes de Venezuela residirán en el Perú hacia finales del 2023"[26]. Así Perú se ha convertido en "el segundo

[19] Mercosur, Estatuto de la Ciudadanía del Mercosur. Consultado en: https://bit.ly/3M73OOc
[20] Mercosur, Decisión sobre la suspensión de Venezuela en el Mercosur. São Paulo, 5 de agosto de 2017. Consultado en: https://bit.ly/3VHNnv4
[21] Mercosur, Decisión sobre la suspensión de Venezuela en el Mercosur, cit.
[22] Gobierno de Argentina, Documentos de viaje del MERCOSUR. Consultado en: https://bit.ly/3NQXjAC
[23] Gobierno de Argentina, Documentos de viaje del MERCOSUR, cit.
[24] Articulo 23 Ley 25.871. Ley de Migraciones. Nacionalidad: Ciudadanos nativos de Estados Parte del MERCOSUR, Chile y Bolivia, con autorización para permanecer en el país por dos (2) años, prorrogables con entradas y salidas múltiples. (Nota Infoleg: Por art. 1 de la Disposición No. 29.929/2004 de la Dirección Nacional de Migraciones B.O. 21 de septiembre de 2004 se considera que el detalle de países incluidos en el presente inciso es meramente enunciativo, debiendo considerarse incluidos a todos los Estados Parte y Asociados del MERCADO COMUN DEL SUR (MERCOSUR).
[25] UNHCR ACNUR, La Agencia de la ONU para los Refugiados, México. Consultado en: https://bit.ly/3LMxu1E
[26] Naciones Unidas Perú, La migración venezolana y su impacto, 21 de diciembre de 2022. Consultado en: https://bit.ly/42CqMlW

destino de refugiados y migrantes venezolanos a nivel mundial"[27]. En años previos la movilidad de los venezolanos al Perú era más sencilla, sin embargo, tras la salida de Venezuela de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) en 2006, los ciudadanos venezolanos dejaron de gozar de las ventajas de movilidad con la Tarjeta Andina de Migración. Así también a partir del 15 de junio de 2019 los venezolanos requieren visa para ingresar al Perú, por lo cual se reduce la movilidad hacia dicho país.

Perú en su legislación migratoria tiene presente a la unidad familiar de la siguiente manera: "**Principio de unidad migratoria familiar:** El Estado garantiza y vela por la unidad familiar de los extranjeros y nacionales" (negritas de la autora)[28]. Así vemos que lo consagra como principio, como un ideal a seguir. También su normativa "Permite la residencia al extranjero integrante de la unidad migratoria familiar de un peruano o extranjero residente"[29] así como el desarrollo de actividades lucrativas de manera independiente o subordinada, lo que tiende a permitir que las familias tengan más ingresos y, en consecuencia, mejor calidad de vida.

Al respecto de los sujetos que puede gozar de la unidad familiar la legislación peruana es un poco más amplia, amparando a los sujetos base como: el cónyuge, la persona miembro de la unión estable de hecho, los hijos mayores y menores de edad, los hijos entredichos; extendiéndose hasta "el ascendiente en primer grado y el ascendiente en primer grado del cónyuge o del integrante de la unión de hecho"[30]. Sin embargo, la misma legislación hace una distinción importante en cuanto a la Calidad Migratoria Temporal en los siguientes términos: "68.1. La Calidad Migratoria Temporal permite a la persona extranjera sin ánimo de residencia, el ingreso al Perú durante el tiempo que establezca la autoridad migratoria que la aprueba. No permite generar ingresos de fuente peruana (…) y **no puede ser extendida a favor de su unidad familiar**" (negritas de la autora)[31], solo los residentes permanentes pueden solicitar unidad familiar.

D. Panamá

Este es un país que a nivel regional ha tenido mucha influencia en la migración venezolana. Por su posición geográfica como el país donde inicia Centroamérica, se ha convertido en un filtro de migrantes que buscan llegar hasta Estados Unidos, además, debido a su cercanía con el Darién, ha recibido gran cantidad de migrantes regulares e irregulares.

---

[27] UNHCR ACNUR, La Agencia de la ONU para los Refugiados, cit.
[28] Artículo V. Decreto Legislativo de Migraciones No. 1350. Publicado en el Diario Oficial, 7 de enero de 2017. Consultado en: https://bit.ly/3poh3RA
[29] Artículo 29, apartado I. Decreto Legislativo de Migraciones, cit.
[30] Artículo 38. Decreto Legislativo de Migraciones, cit.
[31] Artículo 68. Decreto Legislativo de Migraciones, cit.

El 24 de agosto de 2022 mediante Decreto Ejecutivo número 77, publicado en Gaceta Oficial No. 29606, el gobierno panameño implemento una serie de medidas restrictivas de la unidad o reagrupación familiar, específicamente para los ciudadanos venezolanos. Con dicho Decreto fue eliminada la Oficina de Asuntos Humanitarios para los Residentes Venezolanos. Así en el artículo 1 de dicho Decreto se establece que: "Los extranjeros de nacionalidad venezolana que requiera ingresar al territorio de la República, deberán solicitar Visa Estampada ante la Oficina Consular de Panamá en el país en que se encuentren, de acuerdo con los procedimientos y requisitos establecidos en el Decreto Ley 3 de 2008, el Decreto Ejecutivo No. 20 de 8 de agosto de 2008 y el Decreto Ejecutivo No. 473 de 23 de agosto de 2017"[32].

Esta medida sin duda es discriminatoria y contraria a la progresividad de los derechos humanos. Ella se enfoca a solo una nacionalidad de los migrantes residentes en Panamá, los venezolanos. Dicha reforma ha sido implementada con base en la "seguridad nacional". Con esta medida los ciudadanos venezolanos ya no podrán optar por la reagrupación familiar. En su lugar deberán solicitar visa de turismo para ingresar a Panamá. Con estos hechos podría inferirse que estas medidas son más bien tácticas para frenar la migración hacia Estados Unidos, y que más que buscar una migración ordenada, segura y regular, dificulta la unidad familiar, manteniendo a las familias venezolanas separadas, vulnerables y obligándoles a usar el paso del Darién para reunirse con sus familiares.

Conclusiones

La unidad familiar a pesar de ser un principio orientador y un derecho que poseen los individuos para mantener la cohesión de sus vínculos familiares, en la práctica es un derecho violentado por algunos Estados y favorecido por otros. Esto, dependiendo de su posición geográfica e intereses económicos y políticos. Si bien la región ha implementado políticas públicas para la atención de las personas migrantes y refugiados, hay unas más eficaces que otras, siendo algunas perceptiblemente más progresivas y otras políticas de Estado evidentemente xenófobas y discriminatorias hacia la familia venezolana.

La protección de la familia trasnacional es una obligación para todos los gobiernos, siendo esta la célula fundamental de la sociedad. Dejarla desprotegida, separada y vulnerada es contrario a la protección y progresividad de los derechos humanos.

La función de este artículo fue expositiva, para dar a conocer más sobre la situación de las familias venezolanas en algunos países en Latinoamérica, y cómo es influida por la regulación y el tratamiento que cada país le da a la cuestión.

[32] República de Panamá, Gobierno Nacional, Migración Panamá. 25 de agosto de 2022. Consultado en: https://bit.ly/3LM6wap

El regreso de 'R.A.M.Y' a Venezuela: a un año de la sentencia de restitución

Leandro Baltar[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 399-404.

Resumen

El domingo 19 de septiembre de 2021 se hizo efectivo el regreso de R.A.M.Y a la ciudad de Caracas, Venezuela, a casi un año de haberse ordenado judicialmente la restitución. Vale aclarar que la demora tuvo como principal factor las restricciones internacionales que se generaron como consecuencia de la pandemia del Covid-19. En estas breves líneas se analizarán los argumentos por los cuales la autoridad resolvió por un retorno pronto y seguro que hoy se encuentra efectivo.

Abstract

On Sunday 19 September 2021, R.A.M.Y. finally made his way back to Caracas, Venezuela, almost one year after the judicial decision ordering his return was rendered. It is worth pointing out that the delay was mainly due to international restrictions arising as a consequence of the Covid-19 pandemic. In these brief lines, we analyze the grounds on which the court granted the expedient and safe return of the child to his home country.

Palabras Clave

Argentina. Venezuela. Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Keywords

Argentina. Venezuela. Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. InterAmerican Convention on the International Return of Children.

Sumario

I. Hechos. II. Consideraciones especiales. III. Excepciones: planteos y análisis. A. Excepción de grave riesgo. B. Situación de Venezuela. C. Nuevo centro de vida. IV. La opinión del niño contraria a la restitución.

I. Hechos

En el mes de octubre de 2020 el Juzgado de Familia de 2° Nominación de la ciudad de Córdoba (Argentina), en los autos "M. C., R. J. c/ Y. C., M. E. – Restitución Internacional de NNA"[1], dispuso que R.A.M.Y de 12 años de edad sea restituido a Venezuela gracias a solicitud instaurada por su progenitor, R.J.M.C.

De conformidad con la sentencia, la ilicitud quedó configurada en el año 2018 cuando la progenitora (MEYC) salió junto al niño de Venezuela sin el consentimiento de su padre y en

[*] Abogado y Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad. Contacto: leandrobaltar28@gmail.com

[1] https://bit.ly/41dVrER

violación de una medida de protección decretada por el Tribunal de Primera Instancia del Circuito Judicial del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Esta situación, junto a la prueba documental acompañada, llevó a la conclusión de que el padre tenía a su cargo la "custodia" de su hijo y la ejercía efectivamente en la ciudad de Caracas, lugar de residencia habitual del niño.

En su defensa, la madre afirmó que ante la difícil vida en Venezuela junto con el progenitor acordaron que ella y su hijo se fueran del país en búsqueda de un futuro mejor. Adujo que el padre firmó una autorización para salir del país ante un escribano en Caracas y que incluso colaboró con dinero. Su principal rumbo fue Perú y posteriormente ingresó a Argentina, lugar en dónde extravió el permiso firmado.

II. Consideraciones especiales

Desde la fuente convencional, tanto Argentina como Venezuela ratificaron la Convención de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (CH1980) y la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre Restitución Internacional de Menores celebrada en Montevideo, Uruguay, en 1989 (CIDIP IV). Ante la superposición de convenios sobre la misma materia debe buscarse la solución en los propios textos. En efecto, el artículo 34 de la Convención Interamericana dispone que "Entre los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos que fueren parte de esta Convención y de la Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, regirá la presente Convención. Sin embargo, los Estados Parte podrán convenir entre ellos de forma bilateral la aplicación prioritaria de la citada Convención de La Haya del 25 de octubre de 1980". Solamente Venezuela formuló una reserva al artículo 34 de allí que se terminó aplicando la CH1980. De todos modos, y conforme a los hechos, se arribaría a la misma solución.

Argentina, como tantos otros países, no cuenta con una legislación a nivel nacional que regule e instaure un proceso especial y rápido de restitución. La principal traba, y que generó la pérdida de estado parlamentario del último proyecto hace muy poco tiempo, radica en su naturaleza procesal y la facultad reservada por las provincias respecto al Estado Nacional. Sin embargo, la Provincia de Córdoba cuenta desde enero de 2017 con la Ley 10.419 sobre "Procedimiento para la aplicación de los convenios sobre restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y régimen de visitas o contacto internacional"[2].

[2] En igual sintonía puede mencionarse la Ley 3134 de la Provincia de Neuquén; el Código Procesal Civil y Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones; Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza y el Acuerdo General 12/15 de la Provincia de Entre Ríos.

Consagrando al interés superior del niño, niña o adolescente como criterio orientador y de interpretación de los Convenios, la normativa dispone que una vez presentada la demanda el juez debe disponer las medidas necesarias a los efectos de evitar el ocultamiento o el desplazamiento del NNA y correr traslado por 5 días a cada una de las partes para oponer excepciones y contestarlas. En este sentido, se ordenó la prohibición provisoria de salida del país, así como de la jurisdicción del Tribunal y de mudar el domicilio real, de M. E. Y. C. y del niño R. A. M. Y. Asimismo se ordenó a la madre a hacer entrega al juzgado del pasaporte y/o documento de identidad del niño.

Finalizado el plazo, la normativa establece la fijación de una audiencia a la cual el requerido debe comparecer personalmente con el niño, niña o adolescente bajo apercibimiento de ser llevado ante el juzgado con el auxilio de la fuerza pública. En ella el juez o tribunal invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución amigable al conflicto. En este punto, y ante la injustificada ausencia de la madre junto al niño, el juez ordenó la custodia policial del niño. Fue recién en una segunda audiencia que la autoridad logró escucharlo de forma presencial y en la sala de audiencias del Tribunal.

III. Excepciones: planteos y análisis

Con el objeto de resistir el pedido de retorno, la madre se opuso con varios fundamentos. A continuación, abordaremos cada uno de ellos y, al mismo tiempo, el tratamiento dado por el sentenciante.

A. Excepción de grave riesgo

En primer lugar, y como señaló la Fiscal de Cámaras de Familia, no se deriva expresamente la oposición de excepciones en los términos del artículo 22 de la Ley 10.419, pero de los términos de la presentación puede inferirse una alegación de un grave riesgo ante conductas desarregladas del progenitor.

La Sra. M.C. alegó conductas violentas y hábitos "viciosos" del progenitor. En ese sentido, manifestó haberse retirado de Venezuela por la "mala vida" que llevaba junto al padre del hijo. Siguiendo este argumento, manifestó que el peticionante era una persona violenta que consumía drogas y alcohol. Finalmente, añadió que recibía por parte del padre mensajes amenazantes hacia su persona y la del hijo. Para todo ello, ofrece prueba pericial psicológica.

Corrido el traslado, el peticionante refiere ser un padre presente y plenamente comprometido con su rol, ocupándose de la escolaridad como de la atención médica y otras actividades del niño. Incluso menciona que junto a la madre es cuando el hijo presentó dificultades, siendo ello una de las razones que concluyeron en la medida adoptada por el Consejo de Protección.

Asimismo, cuestiona la prueba peticionada por improcedente, toda vez que la ley 10.419 en su artículo 24 contempla esa posibilidad solo en caso de haberse planteado la defensa de grave riesgo por vía de excepción, circunstancia que no se verifica en autos.

Citando doctrina variada referida a que no cualquier perturbación hace procedente a esta excepción, sino que se requiere la demostración de un peligro calificado que pueda afectar al niño, el magistrado concluye que la defensa intentada queda reducida a meras alegaciones sin sustento probatorio alguno. En este punto, se extrae un tajante rechazo al decir que la madre no manifestó "la imposibilidad de realizar denuncias o procedimientos en relación a la conducta intolerable del Sr. M. C., ni tampoco demostró que Venezuela no cuente con instituciones destinadas a tal fin".

B. Situación de Venezuela

Invocando los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la madre argumenta que la situación "alarmante" de Venezuela y que le resultaba imposible la vida allí pues "no tienen provisiones, alimentos, medicina, la educación es inexistente y la posibilidad de trabajo es casi nula".

En su defensa, el progenitor sostiene una postura completamente contraria. Así, argumenta que cuenta con un trabajo estable y que el contexto económico que se vive en dicho país lo benefició económicamente de tal manera que hoy es un comerciante independiente por lo que cuenta con los recursos necesarios para solventar todos los gastos respecto de su hijo, incluso del traslado en caso de ordenarse.

En su análisis, el juez concluye que la alegación carece de sustento probatorio por lo que debe ser rechazada. Además, indicó que "tampoco se ha demostrado un conflicto férreo o un grave riesgo de afectación de los derechos humanos y libertades fundamentales del niño en el país de su nacionalidad y en donde vivió por 9 años, desde su nacimiento hasta su traslado ilícito en el año 2018". En un diálogo que tuvo el juez con un medio periodístico explicó con una mayor claridad esta sensible situación diciendo "La pobreza de un lugar no limita la restitución de un niño. Otra cosa sería, por ejemplo, mandar una chica de vuelta a Afganistán en estos momentos donde las mujeres corren peligro y la madre que vive acá me dice que allá estaría en riesgo. Pero yo no puedo evaluar la pobreza o no pobreza de un país porque en esa tesitura tendríamos que sacar todos los chicos de ese país"[3].

C. Nuevo centro de vida

La madre argumenta que en Perú no encontró trabajo, por lo que viajó a Argentina y allí fue donde consiguió empleo y un lugar donde vivir tranquila. Agrega que está en este país

[3] https://bit.ly/3M6FVGq

desde 2018, que el niño está estudiando y formó amigos, estudia, y tiene su médico. Todo ello, la lleva a considerar que se configura un nuevo centro de vida en Argentina.

En una correcta aplicación de la disposición convencional, el juez entiende que habiendo el progenitor comenzado los procedimientos para lograr la restitución de su hijo antes del plazo de un año, no corresponde analizar si el niño quedó integrado o no al nuevo centro de vida, sino solamente la ilicitud o no del traslado y retención.

IV. La opinión del niño contraria a la restitución

Finalmente, la madre argumenta que es el niño quien no quiere volver a Venezuela. Como fue señalado, y en cumplimiento con la obligación asumida en la Convención de los Derechos del Niño con rango constitucional en Argentina, el juez tomó contacto directo con el niño. Partiendo de entender la necesidad de que se configure una verdadera oposición, destaca el juez que si bien la opinión de R. A. en ese momento fue clara en cuanto a su intención de continuar viviendo en Córdoba, se mostró comprensivo ante la explicación en cuanto a las circunstancias del caso y el posible regreso a su país de origen. Incluso manifestó en Cámara Gesell[*] que su padre nunca tuvo los vicios mencionados por su mamá o que fuera golpeador. Así también lo entendió la Asesora de Familia quien expresó "no obstante las expresiones de deseo efectuadas por su representado al momento de ser escuchado en orden a permanecer en Córdoba, su regreso a la República de Venezuela es procedente en derecho, contempla su superior interés y corresponde que así se efectivice". Conforme todo ello, se concluye que corresponde anteponer a la opinión del niño su interés superior, principio que orienta y condiciona toda resolución.

Buscando un retorno seguro, evitando que este retorno pueda ocasionar riesgo, consideró conveniente que sea la progenitora quien acompañe a R. A. hasta la ciudad de Caracas. Llegado el final, y casi volviéndose en una costumbre en nuestra jurisprudencia que nunca está de más, el magistrado los exhortó a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de evitar una experiencia aún más conflictiva. En efecto, expresó "quiero recordarles a R. J. y M. E. que en esta instancia no se evalúa quién es el progenitor más apto para el cuidado del niño, materia ésta que escapa de la limitada jurisdicción a mí atribuida. Simplemente se trata de retrotraer una situación considerada ilícita a su estado anterior. Será en más el Estado Venezolano, a través de los mecanismos oficiales dispuestos, quien establezca y proteja los

[*] Nota del editor: "La Cámara Gesell es un espacio que está debidamente acondicionado y que permite la observación de los comportamientos sin perturbar a quienes están involucrados en casos que requieren manejo por parte de autoridades judiciales y administrativas. Concebida por el psicólogo y pediatra Arnold Gesell (1880-1961) para observar el comportamiento de niños y niñas sin que fueran perturbados por la presencia de otras personas, su estructura la constituyen dos ambientes separados por un cristal polarizado de visión unilateral, uno de observación y otro de comportamiento, y está debidamente dotada con herramientas tecnológicas para la observación y grabación". Ver: Estrada, Lina Marcela, La Cámara Gesell: una herramienta para la entrevista de niños en los procesos de familia, en: *Inter: Revista de Direito Internacional e Direitos*, 2019, Vol. 2, No. 1, s/p.

derechos de R. A. en cuanto a su cuidado y parentalidad. Es por ello que, en búsqueda de su bienestar y sin intenciones de excederme en mi competencia, deseo instar a ambos progenitores a asumir una actitud responsable y de diálogo que permita al niño un crecimiento emocionalmente sano, con base y sostén en sus dos pilares fundamentales: sus padres, su familia".

Desde el domingo 19 de septiembre de 2021, 'Richi' se encuentra en su residencia habitual (Caracas) junto a su padre. Su madre decidió quedarse en Córdoba, no quiso volver a Venezuela[4].

[4] Vale aclarar que la demora tuvo como principal factor las restricciones internacionales que se generaron como consecuencia de la pandemia del Covid-19. Una detallada explicación de las demoras puede consultarse en: https://bit.ly/3NQxalp

LOPNNA y LDIPr en la jurisprudencia reciente del TSJ en materia de jurisdicción: ¿vínculo necesario o relación forzada?

José Antonio Briceño Laborí[*]

Maritza Méndez Zambrano[**]

AMDIPC, 2023, No. 405-413.

Resumen

Este trabajo tiene por objetivo hacer un análisis crítico de las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el período 2018-abril de 2023. Específicamente se evaluará el creciente rol que estas salas han dado a la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en los asuntos propios del Derecho Internacional Privado y establecer si dicho rol es conforme a la manera en que está configurado el sistema venezolano en esta materia.

Abstract

This paper aims to make a critical analysis of the judgments handed down by the Political-Administrative Chamber of the Supreme Court of Justice regarding jurisdiction in the period 2018-April 2023. Specifically, we will evaluate the growing role that this chamber has given to the Organic Act for the Protection of Children and Adolescents in matters pertaining to private international law and whether such role is consistent with the way in which the Venezuelan system in this area is configured.

Palabras clave

Ley de Derecho internacional privado. LOPNNA. Tribunal Supremo de Justicia. Famila. Niños y adolescentes.

Keywords

Act on Private International Law. LOPNNA. Supreme Court of Justice. Family. Children and Adolescents.

Sumario

Introducción. I. Aspectos Generales. II. El uso de la LOPNNA en las sentencias de determinación de la jurisdicción. Conclusión.

Introducción

A través de estas breves líneas nos proponemos hacer una revisión general de las sentencias dictadas por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que abordan la determinación de la jurisdicción en casos de Derecho Internacional Privado relacionadas con la regulación de las relaciones familiares internacionales, especialmente aquellas que involucran niños o adolescentes.

En tal sentido, para delimitar adecuadamente nuestro trabajo, aclaramos que: (i) solo abordaremos aquellos casos que se vinculan con niños o adolescentes, dado que estos son los

[*] Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado, UCV y UCAB.

[**] Abogada y Licenciada en Estudios Internacionales, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad Metropolitana y UCAB.

que involucran la LOPNNA; (ii) abarcaremos las sentencias dictadas por las mencionadas salas del Tribunal Supremo de Justicia entre enero de 2018 y abril de 2023, en su Sala Político Administrativa ("SPA"); y (iii) no incluiremos aquellas decisiones que se centran en asuntos de adopción internacional y restitución internacional de menores.

I. Aspectos generales

Para la regulación de las relaciones familiares internacionales, especialmente aquellas que involucran niños o adolescentes, convergen en el ordenamiento jurídico venezolano dos instrumentos normativos de gran importancia como son la Ley de Derecho Internacional Privado (en lo sucesivo "LDIPr")[1] y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (en lo sucesivo "LOPNNA")[2].

Dentro de la LDIPr encontramos la regulación de: (i) una norma para la determinación del domicilio de los menores e incapaces (art. 13)[3], (ii) normas de conflicto sobre derecho aplicable relativas a: la existencia, estado y capacidad de las personas (art. 16)[4], la capacidad y los requisitos de fondo para contraer matrimonio (art. 21)[5], los efectos personales y patrimoniales del matrimonio (art. 22)[6], divorcio y separación de cuerpos (artículo 23)[7], establecimiento de la filiación (art. 24)[8], adopción (art. 25) y tutela y demás regímenes de protección de incapaces (art. 26)[9]; y (ii) normas expresas sobre criterios atributivos de jurisdicción aplicables en esta

[1] Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998 y vigente desde el 6 de febrero de 1999.

[2] Originalmente denominada Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, publicada en Gaceta Oficial No. 5.266 Extraordinario, 2 de octubre de 1998. Reformada por la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial No. 5.859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007. Finalmente modificada por la Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, publicada en Gaceta Oficial No. 6.185 Extraordinario, 8 de junio de 2015, que es el texto que permanece vigente.

[3] Guerra Hernández, Víctor Hugo, Domicilio de menores e incapaces. Artículo 13, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 409-411.

[4] Bernad Mainar, Rafael, Personas físicas. Artículo 16, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 431-440.

[5] Barrios, Haydée, Requisitos para contraer matrimonio. Artículo 21, en: T T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 523-536.

[6] Barrios, Haydée, Efectos del matrimonio. Artículo 22, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 537-554.

[7] Barrios, Haydée, Divorcio y separación de cuerpos. Artículo 23, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 555-584.

[8] Barrios, Haydée, Filiación y relaciones paternofiliales. Artículo 24, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 585-604.

[9] Barrios, Haydée, Adopción. Artículo 25, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 605-646.

materia, tanto el general del domicilio del demandado (art. 39)[10] como los especiales en materia de estado de las personas y relaciones familiares (art. 42)[11]. Esta última —el artículo 42—, complementada con aquella relativa a la competencia territorial interna en esta misma materia (artículo 51)[12].

Por su parte, de la LOPNNA interesan: (i) las normas que establecen la competencia territorial interna de los tribunales en materia de protección a los niños y adolescentes, así como de los otros organismos auxiliares (arts. 177 y siguientes); (ii) las normas de competencia territorial interna en materia de patria potestad (art. 357), responsabilidad de crianza (art. 363), obligación de manutención (art. 384); (iii) las normas sobre autorización de viaje (arts. 391 a 393); (iv) las normas sobre adopción internacional (que junto con la adopción doméstica integran el Título IV, Capítulo III, Sección tercera de la ley); y (v) las normas sobre procedimiento ordinario que también son aplicables en materia de procedimientos de Derecho Internacional Privado en materia de protección a niños, niñas y adolescentes (arts. 450 a 525).

No obstante esta clara separación, en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de Justicia en materia de jurisdicción, se puede apreciar que las normas y principios plasmados en la LOPNNA han tenido un creciente rol en la solución de estas cuestiones, llegando incluso a sustituir a las normas de la LDIPr.

II. El uso de la LOPNNA en las sentencias de determinación de la jurisdicción

Para determinar la jurisdicción en un asunto de Derecho Internacional Privado, regularmente se debe seguir una metodología consistente en:

(i) establecer la existencia de elementos de extranjería relevantes que hagan necesario el análisis bajo la luz del Derecho internacional privado[13];

---

[10] Hernández-Bretón, Eugenio, Domicilio del demandado. Artículo 39, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo II, pp. 973-997 y Madrid Martínez, Claudia, Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de derecho internacional privado, en: Tatiana Maekelt et al. (coord)., *Derecho Procesal Civil Internacional: In Memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, 2010, Serie Estudios No. 88. pp. 138-140.

[11] Hernández-Bretón, Eugenio, Acciones sobre estado de las personas y relaciones familiares. Artículo 42, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo II, pp. 1021-1024 y Madrid Martínez, Criterios atributivos…, ob. cit., pp. 160-164.

[12] Pérez Pacheco, Yaritza, Acciones sobre el estado y relaciones familiares. Artículo 51, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo II, pp. 1127-1128.

[13] *Vid*, Madrid Martínez, Claudia, La relación jurídica internacional: repensando el objeto del Derecho Internacional Privado desde la perspectiva venezolana, en: *El acceso a la justicia en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2015*, Asunción, CEDEP, Editorial Mizrachi & Pujol, S.A., 2015, pp. 15-35 y Briceño Laborí, José Antonio, Metodología para la solución de los casos de jurisdicción en el Derecho internacional privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, Año 2018-2019, No. 73, pp. 209-213.

(ii) determinar la fuente aplicable partiendo del artículo 1 de la LDIPr[14]; y

(iii) aplicar la fuente determinada conforme a cómo estén configurados los distintos criterios atributivos de jurisdicción[15].

Como hemos indicado anteriormente, la LOPNNA, a pesar de ser la Ley especial en materia de niños y adolescentes, no contiene criterios atributivos de jurisdicción, por lo que, a falta de una fuente internacional vigente sobre la materia, procede aplicar los criterios contenidos en la LDIPr. Ahora bien, dentro de las decisiones de la Sala Político-Administrativa en el período 2018-abril de 2023, vemos que la tendencia de la Sala ha sido emplear la LOPNNA como complemento o sustituto de los criterios atributivos de jurisdicción previstos en las fuentes del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Esto ha ocurrido tanto en supuestos en donde la Sala ha afirmado la jurisdicción de los tribunales venezolanos, como en casos en donde la ha negado.

La doctrina nacional[16] es conteste en establecer que cuando en un ordenamiento jurídico el sistema interno de Derecho Internacional Privado establece normas claras y precisas sobre los criterios atributivos de jurisdicción, no resulta admisible su delimitación utilizando otras normas que no cumplen dicha función, incluidas las normas sobre competencia. Este es el caso de Venezuela. La LDIPr establece criterios claros y precisos de atribución de jurisdicción. Al no incluir la LOPNNA otros criterios en el mismo sentido, es técnicamente inadmisible que la jurisdicción se determine haciendo interpretaciones de artículos de dicha Ley que no fueron concebidos como criterios para atribuir jurisdicción o para complementarla a los efectos de la especialidad de la materia[17].

A pesar de lo anterior, el uso de la LOPNNA para determinar la jurisdicción en los casos de Derecho Internacional Privado no es un fenómeno novedoso de la jurisprudencia venezolana[18]. No obstante, anteriormente lo que ocurría es que la Sala Político-Administrativa usaba

---

[14] *Vid.* Madrid Martínez, Claudia, Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de las fuentes. Artículo 1, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 141-194 y Briceño Laborí, Metodología…, ob. cit., pp. 213-220.

[15] Briceño Laborí, Metodología…, ob. cit., pp. 220-232, especialmente pp. 231-232.

[16] Hernández-Bretón, Eugenio, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood, 2004, Colección Cuadernos No. 8, pp. 31-32.

[17] Esto sí ocurre en la Ley de Comercio Marítimo (Gaceta Oficial No. 5.551 Extraordinario, 9 de noviembre de 2001, con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial No. 38.351, 5 de enero de 2006), que en su artículo 12 establece que a los criterios establecidos en los artículos 39 y 40 (sobre acciones de contenido patrimonial) se deben sumar otros criterios que se establecen expresamente en dicho artículo, los cuales son especiales de la materia marítima.

[18] Ver: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 769, 23 de mayo de 2007 (*Vidalig María Rosas González de Montabric c. Louis Nicolás Montabric*), en: https://bit.ly/438xO27; Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1137, 11 de noviembre de 2010 (*María Gabriela Pérez Romero c. Olivier Pierre Rene Helle*), en: https://bit.ly/456XePo; y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1548, 19 de diciembre de 2012 (*Israel José Márquez Hernández c. Magli Josan Ortíz Arrechedera*), en: https://bit.ly/3l17sXG. De igual forma, véase Carrasquero Stolk, Andrés, Interés superior del niño como criterio atributivo de jurisdicción, en: V.H. Guerra Hernández (coord.), *Derecho*

el principio del interés superior del niño para justificar la jurisdicción en casos en donde no se verificaba ninguno de los criterios atributivos de jurisdicción incluidos en la fuente aplicable. Actualmente la situación es distinta.

En los supuestos en que la Sala usa la LOPNNA como complemento, vemos que ella percibe la necesidad de reforzar lo que indican los criterios atributivos de jurisdicción previstos en la LDIPr. Esto ocurrió especialmente en ambos casos de *Leonardo Mauricio Beyloune González c. Yumna Margarita Romero Zoghbi*[19]. En estos la Sala, en su análisis de la jurisdicción, obvió el criterio general del domicilio del demandado (art. 39 de la LDIPr), lo cual es ya un mal común[20], y pasó directamente a los criterios especiales de las acciones sobre estado de las personas y relaciones familiares (art. 42).

El criterio determinante en estos casos fue el del paralelismo (art. 42.1), que permite afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos en los casos en que el Derecho nacional sea declarado aplicable. La variante estuvo en que en el caso *Leonardo Mauricio Beyloune González c. Yumna Margarita Romero Zoghbi* referido a la demanda de privación de patria potestad con medida cautelar de régimen provisional de convivencia internacional, la Sala correctamente se sirvió del artículo 24 de la LDIPr para establecer el derecho aplicable, mientras que en la decisión del caso, entre las mismas partes, referida a la demanda por responsabilidad de crianza en su atributo de custodia, ya que allí la Sala procedió simplemente a determinar el domicilio de los niños involucrados con base en los artículos 13 y 15 de la LDIPr, lo que constituye un error en la aplicación del criterio del paralelismo. Si bien el domicilio de los menores e incapaces es el factor de conexión utilizado para determinar el derecho aplicable a la filiación y relaciones paterno-filiales, esto no quiere decir que pueda obviarse el uso de la norma de conflicto, dado que de esta derivamos la consecuencia jurídica de que un Derecho nacional (el del domicilio del hijo, en este caso) sea aplicable a un asunto determinado.

Ahora bien, estas decisiones tienen algo en común con aquellas de los casos *Wendy Mar González Aperi c. Miguel Ángel Almeida Figuereido*[21], *Roymari Urbina de Bolívar c. Enrique Valerio Bolívar Urbani*[22], *Josmar Coromoto Torres Carpio c. Jesús Napoleón*

familiar internacional. Metodología para su Estudio. Homenaje a Haydée Barrios, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, Universidad del Rosario, Universidad Metropolitana, Universidad Central de Venezuela, 2014, pp. 781-809.

19 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa. sentencia No. 100, 2 de marzo de 2023 (*Leonardo Mauricio Beyloune González c. Yumna Margarita Romero Zoghbi*), en: https://bit.ly/3MnPAsg y Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 148, 21 de marzo de 2023 (*Leonardo Mauricio Beyloune González c. Yumna Margarita Romero Zoghbi*), en: https://bit.ly/42N0s8C. Se trata de dos casos distintos entre las mismas partes, relacionados con instituciones familiares, en los que la Sala decidió de manera más o menos uniforme.

20 Briceño Laborí, Metodología…, ob. cit., pp. 222-223.

21 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 152, 7 de julio de 2021 (*Wendy Mar González Aperi c. Miguel Ángel Almeida Figuereido*), en: https://bit.ly/42Slgf8

22 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 346, 18 de noviembre de 2021 (*Roymari Urbina de Bolívar c. Enrique Valerio Bolívar Urbani*), en: https://bit.ly/3nZx7ZR

Morales Rodríguez[23], *Irene Carolina Acosta Narciso c. Alfredo Eduardo Civitico Biraben*[24], *Ana Victoria Pulido Sánchez c. Iván Alejandro Daza Dávila*[25], *Miguel Ángel Ruibal Fernández c. Ada Gertrudis Durán*[26], *José Marcos Castillo Padrón c. Bettsy Beatriz Castellanos Barrera*[27], *Alexandra Antoni Pérez c. Andrés Emilio Haiek Ruíz*[28], *Mark Marino Grassi de Lima c. Ingrid Carolina Arvelo Sosa*[29] y *Lisbeth Iliana Cepeda Kaiser c. Eduardo Martín Geymonat Mas*[30], en los cuales la Sala omitió cualquier referencia a algún criterio atributivo de jurisdicción previsto en la LDIPr. Este aspecto en común consiste en combinar la institución del domicilio del menor o incapaz con el interés superior del niño y las normas sobre competencia procesal interna de la LOPNNA para justificar si los tribunales venezolanos tienen jurisdicción para conocer el asunto o no.

En efecto, la Sala en todas estas decisiones establece un razonamiento similar que abarca algunos de los siguientes aspectos: (i) indicar que un elemento que debe articularse con el concepto de domicilio es el del interés superior del niño; (ii) establecer algunas fuentes de dicho principio, concentrándose en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño[31], el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 8 de la LOPNNA; (iii) apoyarse en las decisiones de la Sala Constitucional en los casos *José Fernando Coromoto Angulo y Otra*[32] y *Pedro Elías Alcalá*[33], que explican el principio del interés superior del niño; (iv) establecer con base en el artículo 1 de la LOPNNA que el objeto de esta ley es "garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional,

---

23 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 299, 28 de julio de 2022 (*Josmar Coromoto Torres Carpio c. Jesús Napoleón Morales Rodríguez*), en: https://bit.ly/3BlW6JP

24 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 325, 28 de julio de 2022 (*Irene Carolina Acosta Narciso c. Alfredo Eduardo Civitico Biraben*), en: https://bit.ly/3nVNc2J

25 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 587, 19 de octubre de 2022 (*Ana Victoria Pulido Sánchez c. Iván Alejandro Daza Dávila*), en: https://bit.ly/3LRD17i

26 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 611, 26 de octubre de 2022 (*Miguel Ángel Ruibal Fernández c. Ada Gertrudis Durán*), en: https://bit.ly/3pBRrkB

27 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 636, 1 de noviembre de 2022 (*José Marcos Castillo Padrón c. Bettsy Beatriz Castellanos Barrera*), en: https://bit.ly/3I7mNG9

28 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 149, 21 de marzo de 2023 (*Alexandra Antoni Pérez c. Andrés Emilio Haiek Ruíz*), en: https://bit.ly/41whl6v

29 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 153, 21 de marzo de 2023 (*Mark Marino Grassi de Lima c. Ingrid Carolina Arvelo Sosa*), en: https://bit.ly/3I3pati. Si bien en este caso la Sala aludió al criterio de la sumisión voluntaria con vinculación previsto en el artículo 42.1 de la LDIPr, lo hizo con respecto a una decisión de un caso entre las mismas partes, indicando simplemente para este caso lo siguiente: "habiendo sido homologadas las instituciones familiares por el Poder Judicial venezolano, y siendo que el presente asunto trata de una modificación de aquello, corresponde al Poder Judicial Venezolano dirimirlo". Por tal razón, consideramos adecuado incluirá en este grupo de decisiones.

30 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 164, 21 de marzo de 2023 (*Lisbeth Iliana Cepeda Kaiser c. Eduardo Martín Geymonat Mas*), en: https://bit.ly/3MjS4rU

31 Cuya Ley Aprobatoria fue publicada en Gaceta Oficial No. 34.541, 29 de agosto de 1990 y fue ratificada por la República de Venezuela el 13 de septiembre de 1990.

32 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1917, 14 de julio de 2003 (*José Fernando Coromoto Angulo y Otra*), en: https://bit.ly/3I5f8YP

33 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 2320, 18 de diciembre de 2007 (*Pedro Elías Alcalá*), en: https://bit.ly/44STFMt

el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben brindarles desde el momento de su concepción"; y (v) resaltar con base en los artículos 173, 177 y 453 que los tribunales competentes según la LOPNNA son los del lugar de residencia habitual de los niños o adolescentes.

Partiendo de lo anterior, la Sala entonces concluye que tanto la LDIPr, como la ley nacional especial sobre la materia (LOPNNA), fijan el domicilio o la residencia habitual del niño, niña o adolescente como factor de conexión para determinar la jurisdicción y la competencia por el territorio del tribunal que habrá de conocer de los asuntos o de las demandas relacionadas con el ejercicio de las acciones que involucren niños o adolescentes, agregando que no cabe otra solución "por cuanto de lo que se trata es del interés superior del niño, niña o adolescente".

En virtud de lo explicado, es necesario comentar, en primer lugar, que, al menos en los casos de jurisdicción, la LOPNNA no se constituye ni como un complemento ni como un sustituto de los criterios atributivos de jurisdicción previstos en la LDIPr. En efecto, en materia de estado de las personas y relaciones familiares, la LDIPr prevé claramente un criterio general (domicilio del demandado, art. 39 de la LDIPr) y unos criterios especiales (paralelismo y sumisión voluntaria) que, en el caso del paralelismo, se auxilian de otras normas de conflicto previstas en la LDIPr (arts. 16 y 21 al 26).

Por ello, la LDIPr es suficiente para determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos en casos de estado de las personas y relaciones familiares que involucren los intereses de niños o adolescentes. En otras palabras, la LOPNNA no tiene realmente un papel en dicha determinación. Ello es importante tenerlo en cuenta, porque en los casos que evaluamos, la Sala ha dejado sentado que el domicilio de los niños o adolescentes cuyos intereses están involucrados en el asunto es el factor determinante para establecer si los tribunales venezolanos tienen o no jurisdicción, pudiendo incluso alterar el resultado al que llevan los criterios atributivos de la jurisdicción previstos en la LDIPr.

Lo comentado es más grave si se atiende exclusivamente al caso del criterio general del domicilio del demandado. El cual, a pesar de ser obvio, es aplicable para todo tipo de acciones y es independiente del domicilio de los menores involucrados. El excesivo celo de las Salas en garantizar interés superior del niño mediante normas que no son apropiadas podría llevar a los tribunales a determinar que existe un foro extranjero que tendría mayor interés en resolver el asunto en cuestión, pero la observancia de este artículo atiende a la cercanía del foro con el domicilio de la persona contra la que va a obrar la sentencia (*actor sequitur forum rei*). ¿Qué mejor protección para los niños -independientemente de donde se encuentre su domicilio- que el hecho de que la sentencia que dicte un tribunal venezolano pueda ser ejecutada en nuestro país sin mayores requerimientos?

Además de lo anterior, cabe destacar que, en los supuestos de demandas de divorcio[34], salvo el caso *Wendy Mar González Aperi c. Miguel Ángel Almeida Figueiredo*, la Sala determinó la jurisdicción para conocer el asunto evaluando solamente lo relativo a las instituciones familiares. En tal sentido, debemos tener en consideración que, a partir de lo indicado por el artículo 351 de la LOPNNA, la cuestión de las instituciones familiares es un aspecto accesorio más independiente de la cuestión del divorcio, con lo que claramente la Sala puede, en ciertos casos, determinar que hay jurisdicción para conocer lo relativo al divorcio y declarar que no la hay en la cuestión de las instituciones familiares. Realmente no hay razón alguna para negar la jurisdicción en un caso de divorcio solo porque los niños o adolescentes cuyos intereses están indirectamente involucrados en el asunto no se encuentran en el país. Ello va en contra del derecho de los cónyuges a solicitar el divorcio y, con ello, modificar su estado civil, así como va en contra de la teoría del divorcio remedio que ha sido admitida en Venezuela[35].

Finalmente, preocupa en gran medida la forma en la que se utilizan las normas de competencia procesal interna para justificar la afirmación o negativa de jurisdicción. Debemos en tal sentido recordar la clásica decisión del caso *Sol Cifuentes Gruber c. Alberto Jaimes Berti*[36] en el sentido de que las normas sobre jurisdicción en casos de Derecho Internacional Privado y las normas sobre competencia procesal interna tienen funciones sustancialmente distintas, por lo que las normas que regulan ésta última no pueden ser utilizadas para determinar la jurisdicción.

Conclusión

De todo lo anterior, se deriva que en materia de protección a los niños o adolescentes es necesario un retorno a las nociones básicas en materia de Derecho Internacional Privado en general, y de jurisdicción en particular, debido a que: (i) los tribunales deben entender a cabalidad y justificar adecuadamente cuando está ante un caso de Derecho Internacional Privado; (ii) debe tenerse claro que el artículo 1 de la LDIPr es la norma rectora para determinar la fuente aplicable en estos asuntos y que debe aplicarse en todos los casos, no selectivamente; (iii) las normas de jurisdicción previstas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela[37] y en

[34] Que abarcan los casos *Roymari Urbina de Bolívar c. Enrique Valerio Bolívar Urbani*, *Josmar Coromoto Torres Carpio c. Jesús Napoleón Morales Rodríguez*, *Irene Carolina Acosta Narciso c. Alfredo Eduardo Civitico Biraben*, *Ana Victoria Pulido Sánchez c. Iván Alejandro Daza Dávila*, *José Marcos Castillo Padrón c. Bettsy Beatriz Castellanos Barrera* y *Alexandra Antoni Pérez c. Andrés Emilio Haiek Ruíz*.

[35] Especialmente a partir de la siguiente decisión: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 693, 2 de junio de 2015 (*Francisco Anthony Correa Rampersad*), en: https://bit.ly/44SvttI

[36] Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 212, 27 de mayo de 1993 (*Sol Cifuentes Gruber c. Alberto Jaimes Berti*). Consultada en original en el copiador de sentencias de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

[37] Como explica Madrid Martínez, los tratados que están vigentes para la República Bolivariana de Venezuela y que tienen normas sobre jurisdicción son el Código Bustamante, la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia

la LDIPr tienen normalmente un orden de aplicación, en el sentido de que hay un criterio general que aplica para todo tipo de casos (siempre que el demandado esté domiciliado en Venezuela) y unos criterios especiales que abordan casos específicos, lo que se hace necesaria una calificación previa del asunto en concreto; y (iv) que salvo contadas excepciones, los criterios atributivos de jurisdicción previstos en la LDIPr no requieren complementarse con una noción que se encuentre fuera de la ley, y que ninguna de esas excepciones se verifica en materia de estado de las personas y relaciones familiares con niños o adolescentes involucrados. Esperamos que estas líneas puedan contribuir en algo para el logro de esos objetivos.

de Adopción, la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y la Convención de Bruselas sobre Contaminación por Hidrocarburos. Madrid Martínez, Criterios atributivos…, ob. cit., pp. 104-137.

Divorcio por desafecto y restitución internacional de menores: un caso práctico desde el Derecho internacional privado venezolano

Claudia Lugo Holmquist[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 415-425.

Resumen

Este ensayo da cuenta de un caso en el cual, en una decisión de divorcio por desamor, el juez toma también importantes decisiones respecto de las relaciones familiares sin oír a todas las partes. Además, se relata la manera en la cual, por cuenta de la lentitud en los procesos de restitución internacional de menores, termina favoreciéndose la posición del padre que ha sustraído ilegalmente al menor.

Abstract

This essay reports on a case in which, in a divorce decision due to lack of love, the judge also makes important decisions regarding family relations without hearing all the parties. It also describes the way in which, due to the slowness of international child return proceedings, the position of the parent who has illegally abducted the child ends up being favored.

Palabras clave

Divorcio por desamor. Restitución internacional de menores. Derecho internacional privado. Justicia.

Keywords

Divorce due to lack of love. International child restitution. Private International Law. Justice.

Sumario

Introducción. I. Caso planteado II. Divorcio por desafecto III. Domicilio IV. Etapa intermedia entre el divorcio y la restitución internacional de menores V. Restitución internacional de menores. Conclusiones-Recomendaciones.

Introducción

En la actualidad, debido a la migración de ciudadanos venezolanos hacia otros países[1], se han movilizados familias enteras, con niños, niñas y adolescentes. En atención a la situación mencionada, los niños venezolanos que han emigrado, continúan su desarrollo en países con diferentes costumbres y culturas, incluso, con otros idiomas. Continúan su educación en colegios e instituciones en el país de acogida, así como, sus actividades extraescolares, dejando atrás en nuestro país, a familiares cercanos tales como, abuelos, tíos y primos. En algunos casos y pasado un tiempo, estos niños, retornan a su país natal con uno de sus padres, generalmente con la madre, atendiendo a diferentes causas, entre las que cabe mencionar, la no adaptación al nuevo país, el sentimiento de añoranza respecto de su vida en Venezuela y de su familia, conflictos de pareja, etc.

[*] Profesora de pregrado (UCV y UNIMET) de Derecho Internacional Privado. Correo: claluhol@gmail.com

[1] De acuerdo con la agencia de la ONU para refugiados, más de 7 millones de personas han dejado Venezuela buscando protección y una vida mejor. La mayoría —más de 6 millones de personas— ha encontrado acogida en los países de América Latina y el Caribe. En: https://bit.ly/2ARd6ZQ

En ese contexto, deciden viajar a Venezuela aludiendo como motivo, en principio, el realizar una visita a la familia. Regresan con los hijos menores de edad autorizados legalmente por el otro progenitor, quien queda en el exterior. Al estar de nuevo en su tierra natal, deciden no retornar, generándose una situación en la que se presenta un panorama de conflicto: una familia fragmentada, con un padre en el extranjero y una madre que salió con sus hijos autorizada legalmente por el padre de los niños, que decide unilateralmente permanecer en Venezuela. Es de hacer notar que, en algunos casos, el progenitor llega a Venezuela con la decisión previamente tomada y asesorado legalmente por abogados de su confianza, quienes le indican cómo proceder.

El presente artículo se realiza con la finalidad de visibilizar casos particulares, como el que mencionaremos aquí, con el objetivo de alertar sobre irregularidades, así como evitar su reiteración cuando estos se presentan ante nuestros jueces de protección de niños, niñas y adolescentes, y que muchas veces conocen y deciden sobre situaciones en las cuales no se establecen íntegramente los hechos o, incluso, esos hechos son manipulados o forjados. La intención es prevenir la ocurrencia de estos casos y que no se conviertan en práctica común, pues ellos implican la evasión de normas establecidas en tratados internacionales ratificados por Venezuela y que son, por ello, de obligatorio cumplimiento. Esta situación violenta los derechos tanto de los niños, niñas y adolescentes como de los padres perjudicados por la decisión unilateral del otro progenitor.

I. Caso planteado

Supongamos el siguiente caso: El señor "X", nacional venezolano con domicilio en la ciudad de Caracas, en el año 2011 contrae matrimonio en esa misma ciudad con la señora "Y". "Y" es la segunda esposa de "X". En octubre del año 2017, el señor "X", comerciante, decide irse a la República Oriental del Uruguay a buscar nuevas oportunidades, adquiriendo la nacionalidad uruguaya por ser su madre de ese país. En febrero del año siguiente (2018), su esposa "Y" viaja al Uruguay junto con su hijo común, "XY", de 4 años de edad y la adolescente "ZY" (hija del primer matrimonio del señor "X") de 17 años de edad, para reunirse y estar juntos como familia.

Ese mismo año, "Y" tramita su residencia en el Uruguay y su hijo "XY" adquiere la nacionalidad uruguaya por ser su padre nacional de ese país. Posteriormente, "XY" es inscrito en el colegio e inicia sus clases, que luego serían suspendidas por el la declaratoria de pandemia del Covid-19 y posteriormente reiniciadas, bajo el control sanitario aplicado en la etapa postcovid. En total, cursa dos años escolares en ese país, estudios que compartía con actividades extracolegiales.

En febrero del año 2021, "Y" junto con su hijo "XY" regresan a Venezuela para visitar a la familia de "Y", ya que siempre fue muy unida con su familia. "X" autoriza para que su hijo "XY" viaje con su madre a Venezuela y retorne tres meses después. Al llegar la fecha de

retorno, "Y" decide quedarse en Venezuela, notificándole posteriormente al señor "X" que definitivamente se queda en este país, junto con su hijo "XY".

II. Divorcio por desafecto

La señora "Y" llega a Venezuela en febrero del año 2021, y dos meses después, en abril de 2021, introduce una demanda en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes contra el señor "X", cuyo motivo es "Divorcio por Desamor".

En este punto es importante señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 9 de diciembre del año 2016, dicta la sentencia No. 1070[2], la cual se conoce como la sentencia del "Divorcio por Desafecto", en la que afirma que:

> el matrimonio se erige como la voluntad de las partes, nacida del afecto, para lograr los fines de la vida en pareja y durante su lapso de vida constituir el pilar fundamental de la sociedad organizada: la familia, (*omissis*) al momento en el cual perece el afecto y cariño ocurre el nacimiento del desafecto, (*omissis*) dicho desafecto consiste en la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo una disminución del interés por el otro, que conlleva a una sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia él o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales.

Ahora bien, en el escrito libelar se señala que el señor "X" efectivamente tiene su domicilio en Uruguay, pero que tanto "Y" como "XY" siempre han tenido su domicilio en Venezuela, omitiendo que entre febrero de 2018 y febrero de 2021, es decir, durante tres años, estuvieron viviendo en Uruguay; hechos reales comprobables que no son del conocimiento del juez en virtud no haber sido mencionados en la demanda.

Así las cosas, el Tribunal de Protección, una vez admitida la demanda, ordenó notificar vía telemática al demandado y al Fiscal del Ministerio Público; pronunciándose sobre el divorcio y las instituciones familiares en mayo del 2021. Aclara que el día de la celebración de la audiencia establecida en el artículo 512 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[3], el señor "X" no atendió la video llamada (la sentencia señala que el demandado fue debidamente notificado, acto que el Sr. "X" niega), por lo que declara con lugar la solicitud de Divorcio peticionada por la señora "Y", en apego a la sentencia No. 1070 del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 9 de diciembre del 2016, y en consecuencia, declara disuelto el vínculo matrimonial existente entre "X" y "Y".

En relación con las instituciones familiares, se pronuncia a favor del niño "XY" y decide que la patria potestad y la responsabilidad de crianza, seguirán siendo ejercidas por ambos padres; pero la custodia será ejercida por la progenitora, la ciudadana "Y". Con respeto al régimen de convivencia familiar, debido a que el señor "X" está residenciado en el exterior, fija un

[2] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1070, 9 de diciembre de 2016 (Hugo Armando Carvajal Barrios y Gladys Coromoto Segovia González), en: https://bit.ly/3Bbl3b3

[3] Gaceta Oficial, No. 6.185 Extraordinario, 8 de junio de 2015.

régimen de convivencia familiar internacional, en el cual se establece el contacto por vía telefónica, internet y videoconferencia. En lo referente a la obligación de alimentación, establece un monto exorbitante en dólares americanos y posteriormente determina los gastos extraordinarios.

En síntesis, un mes después de introducida la demanda, "X" y "Y" ya están divorciados con sentencia emitida por un tribunal venezolano y que se pronuncia también, como debe ser, respecto de las instituciones familiares. Estas últimas son establecidas sobre la base de lo señalado por una sola de las partes, debido a que "X" no estuvo presente en el mencionado proceso.

En cuanto a la sentencia mencionada, llama la atención que la misma omite toda referencia al Derecho internacional privado y a la Ley que rige la materia[4], siendo que, el domicilio de "X" se encuentra establecido en la ciudad de Montevideo, Uruguay. Especialmente, en lo que respecta al sistema de fuentes dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en razón del cual correspondía verificar la existencia de tratados internacionales vigentes, y a falta de estos, descender al segundo escalafón de las fuentes que son las normas internas en la materia y así determinar la jurisdicción a la luz de los artículos 39 y 42, concatenados con lo establecido en el artículo 23 sobre el Derecho aplicable.

III. Domicilio

Nos preguntamos qué pasaría si en la demanda se hubieran establecido los hechos reales del caso, es decir, que tanto "Y" como "XY" tuvieron durante los últimos tres años su domicilio en Uruguay o si "X" hubiese sido notificado o se hubiese hecho presente en el juicio personalmente o a través de apoderados y, además, hubiese demostrado que su esposa y su hijo vivían con él y junto a su otra hija "ZY" en Uruguay.

Al respecto, en el articulado de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, Capítulo II "Del Domicilio", resaltan dos normas que se deben tomar en consideración; una es el artículo 11 que establece que "El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual"; y la otra es el artículo 13, que señala que "El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual". La primera de estas normas, define lo que debe entenderse por domicilio general de la persona física, a los fines del Derecho internacional privado. Esta norma constituye una calificación autónoma del factor de conexión domicilio, que se aparta, sin derogarla, de nociones contempladas en otras leyes y códigos[5]. Por

[4] Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

[5] De la noción empleada por el Código Civil (art. 27), así como tampoco afecta la existencia de diversas formas de entender el domicilio. O incluso, la residencia, contenidas en otras leyes especiales (art. 30 del Código Orgánico Tributario, art. 174 del Código de Procedimiento Civil, arts. 139 a 143 de la Ley Orgánica de Registro Civil, entre otras; incluso la contenida en la Constitución de la República (Disposición Transitoria Segunda).

su parte, la norma contenida en el artículo 13, por considerarlo más favorable para el débil jurídico, consagra la noción autónoma del domicilio de los menores e incapaces[6].

De lo anterior se desprende la importancia de calificar el término "residencia habitual", y para ello debemos partir de una calificación *lex fori*. La profesora Haydée Barrios[7] señala que el concepto de residencia habitual es más fáctico que jurídico y su interpretación debe tener en cuenta lo que común y corrientemente se entiende por tal. El profesor Eugenio Hernández-Bretón[8] alude a que la noción de residencia habitual debe ser de fácil comprobación, sería el lugar donde vive "habitualmente" una persona y se determina con independencia del ingreso y permanencia legal de la persona al territorio de un Estado. También afirma que no hay un mínimo de tiempo para fijar o atribuir efectos legales al cambio de domicilio en el sentido de residencia habitual.

La profesora Tatiana de Maekelt[9] se plantea varias preguntas, la primera de ella es ¿Cómo se calificará la "residencia habitual"? y menciona que existen dos maneras, una a través de la efectiva limitación temporal, con determinación subjetiva, ya que existen pocos elementos para establecer el lapso de tiempo que calificaría la residencia habitual; y la otra a través de su duración previsible.

Es cierto que no se establece un tiempo para determinar dónde tiene una persona su residencia habitual. Una limitación temporal puede encontrarse, en materia de separación de cuerpos y divorcio en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, y en el artículo 407 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en materia de adopción internacional; ambos artículos establecen que el nuevo domicilio sólo producirá efectos un año después de haber ingresado en el territorio nacional para fijar en él su residencia habitual.

La otra pregunta que se plantea la profesora Tatiana de Maekelt es ¿Podría tomarse el mismo lapso para la determinación de la residencia habitual?, y concluye que nada obsta a esta interpretación, pero la cada vez más pronunciada tendencia fáctica aboga a favor de un lapso menor. Incluso se inclina por un lapso prudente de seis meses (tomado del artículo 30 del Código Orgánico Tributario, que establece un lapso de residencia de 183 días), aunque señala que la jurisprudencia deberá pronunciarse al respecto, tiempo que aún ésta no ha fijado.

Finalmente, la misma autora hace mención a las dos situaciones siguientes:

> Otra posibilidad de determinar la residencia habitual consiste en considerar el elemento de previsibilidad. El que se muda y adquiere un bien inmueble o informa a todos los

[6] Apartándose de la disposición contenida en el art. 33 del Código Civil y de la adoptada por la Ley Orgánica de Registro Civil, en sus arts. 142 y 143.

[7] Barrios, Haydée, Del domicilio, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, p. 42.

[8] Hernández-Bretón, Eugenio, El domicilio de las personas físicas en el Derecho internacional privado venezolano actual, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, Addendum, pp. 149-151.

[9] Maekelt, Tatiana B. de, *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, pp. 32-34.

> parientes y amigos el deseo de permanecer en otro país, no requiere probar un determinado lapso de residencia. Aún si la persona fallece o por razones imprevistas tenga que mudarse a otra parte, podría considerarse residenciada habitualmente en aquel país. En este caso el "animus" juega un papel importante; y 2. Al contrario, si se trata de una residencia prolongada, evidentemente no deberá tomarse en cuenta la voluntad del interesado, ya que el hecho mismo de la residencia determina el elemento habitual, aun contra su voluntad…[10].

Basado en lo expuesto anteriormente, la doctrina, al referirse a la residencia habitual, lo hace como un concepto fáctico, de fácil comprobación, de un tiempo que se sugiere de seis meses, que el legislador ha establecido para algunos casos en un año. Es cierto que el Juez debe analizar cada caso concreto y aunque, adicionalmente al tiempo, debe tomar en consideración otros elementos fácticos, si el tiempo de residencia es mayor de un año, no hay dudas de que en ese lugar es donde se encuentra la residencia habitual.

En el caso que nos ocupa, la señora "Y" permaneció junto con su hijo "XY" en Uruguay desde febrero del año 2018 hasta febrero del 2021, tres años, tiempo suficiente para establecer su residencia habitual en ese país y su estatus ser considerado como tal.

Si bien es cierto que el artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece que el niño "XY" podría tener un domicilio distinto al de sus padres, en este caso, el niño con 7 años de edad, viviendo con sus progenitores en Uruguay, tiene sin duda su residencia habitual en Uruguay; por lo tanto, sí se configuró la residencia habitual del niño en ese país.

IV. Etapa intermedia entre el divorcio y la restitución internacional de menores

Mientras el proceso de divorcio se lleva a cabo en Venezuela, "X" trata de convencer a "Y" para que vuelva a Uruguay junto con su hijo "XY". En vista de la decisión final del "no retorno", "X" le informa a "Y" que iniciará un trámite de restitución internacional a través de las autoridades uruguayas. Con este objetivo, "X" busca un abogado asesor en Uruguay quien le solicita una serie de documentos que sirvan como pruebas para el caso en cuestión: documentos relativos a los estudios escolares, consultas periódicas de médico pediatra, autorización de viaje, alquiler del apartamento donde vivían, entre otros.

En junio del 2021 inicia el señor "X" su trámite ante la Autoridad Central de Cooperación Jurídica Internacional, Departamento del Ministerio de Educación y Cultura, en la ciudad de Montevideo. Allí reconoce que él autorizó un viaje por un tiempo determinado de tres meses, para que su menor hijo, viajara con su madre desde Uruguay a Venezuela. Un traslado previamente consentido (por el padre) que se convierte en una retención ilícita cuando, pasada la fecha en que debía retornar la madre con el hijo al Uruguay, el progenitor (sustractor) no lo hace, violándose el derecho de custodia a "X".

[10] Maekelt, *Ley venezolana*…, ob. cit., pp. 56-57.

Es de recordar que, cuando se inicia el procedimiento de restitución internacional, ya se ha dictado en Venezuela una sentencia de divorcio y en la misma se decidió sobre las instituciones familiares, asignándole a la madre, la custodia de su hijo "XY".

Punto adicional:

El señor "Y", ahora en conocimiento de la sentencia de divorcio, otorga poder a sus abogados en Venezuela, y los mismos se hacen presentes en el caso del divorcio (después de dictada la sentencia) a finales del mes de mayo del año 2021, alegando la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer del divorcio, debido a que "Y" tiene su domicilio permanente en Montevideo, República Oriental del Uruguay; posteriormente presentaron el recurso de regulación de jurisdicción.

Se remite el expediente a la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a la consulta legal obligatoria, como lo establece el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado y no el 59 del Código de Procedimiento Civil[11] como lo afirman las sentencias emitidas por nuestros tribunales. En agosto del 2021 se dio cuenta en Sala y se designó el Magistrado ponente.

En el mes de septiembre, la ciudadana "Y", asistida por sus abogados, consigna constancia de estudios del niño "XY" en un colegio en Venezuela, facturas de pago de la inscripción en el colegio y, en julio del año 2022, consigna una constancia de niño sano emitida por una clínica venezolana, una constancia de actividades extracurriculares y un certificado de participación del niño en torneo intercolegial. Por otro lado, en diciembre del 2021, los abogados de "Y" consignaron el reporte de los movimientos migratorios emitido por el Servicio Administrativo de Identificación, Migración y Extranjería (SAIME) de la ciudadana "Y", siendo su última salida y entrada al país el 21 de febrero de 2018 y el 23 de febrero de 2021, respectivamente.

La Sala inició el análisis con el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado e indicó que no existe tratado alguno entre la República Oriental del Uruguay y Venezuela que regule lo referente al divorcio y a la familia, por lo que se hace necesario el examen de las normas de Derecho internacional privado venezolano. Luego entra a analizar el artículo 13 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el interés superior del niño, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[12] (art. 78), cita sentencias de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal en materia del interés superior del niño, y la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (arts. 1 y 12). No hace mención en absoluto al artículo 39 y siguientes de la Ley de Derecho Internacional Privado.

[11] Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

[12] 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.

La Sala dictó sentencia en julio 2022, un año y cinco meses después de que "Y" y su hijo "XY" retornaran a Venezuela, cuando ya el niño "XY" se encuentra cursando estudios en Venezuela. La Máxima Instancia concluye que

> …son los jueces venezolanos los que deben conocer del caso. Sumado a que, una eventual declaratoria de la falta de jurisdicción supone un perjuicio para los menores, quienes estando residenciados en nuestro país deberán esperar los resultados de un juicio que se sigue en un territorio extranjero sin su presencia, y que, al mismo tiempo, tendrá efectos directos sobre ellos.

La Sala declara que el Poder Judicial venezolano sí tiene jurisdicción para conocer del asunto y declara sin lugar el recurso de regulación de la jurisdicción. Por último, la Sala

> advierte que planteada como fue la regulación de jurisdicción, referida a la falta de jurisdicción, el Juez debió decidir solo lo relativo a la jurisdicción, esperar el vencimiento del lapso respectivo para que la parte interesada propusiera, de ser el caso, la regulación de jurisdicción y aguardar a que esta Sala dictara la decisión correspondiente que determinara definitivamente si el Poder Judicial venezolano tenía o no jurisdicción para decidir el asunto, todo esto antes de dictar el fallo que disolviera el vínculo matrimonial. En atención a lo expuesto, se ordena remitir copias certificadas de esta sentencia a la Inspectoría General de Tribunales.

Debemos recordar que la falta de jurisdicción se solicitó después de que el Tribunal de Protección dictara sentencia.

V. Restitución internacional de menores

En junio del año 2021, el señor "X" acude a la Autoridad Central en Uruguay a solicitar la restitución de su hijo "XY", y en vista de que tanto Uruguay como Venezuela han ratificado dos convenios en la materia, se exige entonces el cumplimiento de ambos tratados: la Convención de La Haya sobre Efectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convención de 1980) y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Convención de 1989). Ambas convenciones tienen como norte, garantizar la restitución inmediata del menor al lugar de su residencia habitual, es decir, al lugar donde el menor tenía su residencia antes de ser trasladado o retenido. Además, ambos buscan hacer respetar el derecho de visita y el de custodia o guarda de sus titulares.

El 1 de julio del año 2021 la Directora General (E) de la Oficina de Relaciones Consulares en Caracas envió una circular a la Coordinadora del Circuito Judicial de los Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, para ponerla en conocimiento del caso de Restitución Internacional. Once meses después, el 30 de junio del 2022, la Coordinadora Judicial del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescente, a través de un oficio, le solicitó a la juez del Tribunal de Protección, el status de la causa para dar respuesta a la Cancillería de Venezuela, ya que la Dirección de Servicio Consular Extranjero (Uruguay) le habían solicitado información al respecto. El Tribunal de Protección respondió que no se habían recibido aún las

copias del expediente que riela en la Cancillería de Venezuela, y que esa era la razón por la cual el proceso no se había iniciado.

Nos preguntamos entonces, ¿puede el Juez de Protección, en vista del caso de restitución internacional, solicitar de oficio o recordar a la Oficina de Relaciones Consulares en Caracas, el envío del expediente y así no dejar pasar un tiempo esencial, clave, importante para la toma de decisión de estos casos?

En ese lapso de once meses transcurridos y con todas las restricciones de la pandemia, en repetidas oportunidades se trató de obtener comunicación de la Autoridad Central, tanto vía correo electrónico como haciendo presencia física, sin obtener información alguna referente al caso. En general, existe mucho hermetismo en ese ente, que se niega a dar informaciones incluso a los abogados apoderados, alegando que la información sólo puede darse a los padres de los niños involucrados.

Deben resaltarse aquí dos aspectos. El primero de ellos es que en el formato de solicitud de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes que se realiza en el país requirente, en este caso en Uruguay, hay una sección donde deben indicarse los datos del apoderado, incluso su número telefónico y dirección de correo. Además, el poder otorgado por el progenitor perjudicado está adjunto al formato, y forma parte del expediente que se encuentra en la Administración Central.

El segundo es con respecto a la sentencia No. 0271 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 7 de julio del año 2022[13]. Esta sentencia decidió una acción de amparo ejercida por un ciudadano contra la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores, con ocasión de la presunta abstención en que se incurrió, al no darle respuesta a su mandante sobre una solicitud de restitución internacional de su hijo. Lamentablemente, la Sala Constitucional declaró inadmisible la acción de amparo constitucional, alegando que ante la denuncia de una abstención contra un órgano de la Administración Pública, la vía idónea para lograr respuesta a la solicitud es el recurso por abstención y no la aludida acción de amparo constitucional. En definitiva, la información que se obtiene en la Autoridad Central con respecto a los casos de restitución internacional de niños, niñas y adolescentes es parca o incluso inexistente.

Debemos recalcar que el procedimiento en estos casos debe ser un procedimiento breve y célere, porque el transcurso del tiempo favorece al progenitor sustractor, no solo en el ámbito judicial sino también en la fase administrativa. Facilitar la información a los apoderados de las partes ayudaría considerablemente a agilizar el proceso.

---

[13] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 0261, 7 de julio de 2022 (*Marcos Antonio Quevedo Urbina y República Bolivariana de Venezuela por Órgano del Ministerio del Poder Popular Para Relaciones Exteriores*), en: https://bit.ly/42KjQmM

Retomando el caso en análisis, el 08 de julio del 2022, el Juez del Tribunal de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes —que recibió de la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de ese Circuito Judicial de Protección en fecha 15 de junio del año 2002— remitió la causa al Tribunal que conoció y decidió la solicitud de divorcio, considerando la sentencia No. 097, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 14 de mayo de 2019[14], la cual estableció, con carácter vinculante, la simplificación de las causas relativas a los asuntos de carácter familiar que conocen los Tribunales especializados.

El nuevo Tribunal se avocó a la causa, y el 10 de agosto de 2022 la admitió por no ser contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa en el ordenamiento jurídico, por lo que ordenó su tramitación conforme al procedimiento ordinario establecido en el Capítulo IV de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en concordancia con lo estatuido en el artículo 177, Parágrafo Primero, Literal "C" y 390 *ejusdem*, concatenado con lo establecido en la Resolución No. 2017-0019 de fecha 4 de octubre de 2017 emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia[15], en que se estableció el procedimiento a seguir para la aplicación del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, en todos los Circuitos o Tribunales de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes a nivel nacional. El Tribunal también ordenó la apertura del cuaderno de medidas y dictó una medida de prohibición de salida del país a "XY".

El procedimiento se llevó a cabo, tal y como lo establece la citada Resolución No. 2017-0019. La audiencia preliminar se fijó para principios del mes de octubre del 2022, fecha en que la ciudadana "Y" y el niño "XY" ya tenían 1 año y 8 meses de haber ingresado en Venezuela, y cuando "XY" ya cursaba estudios en el país, con una sentencia de divorcio emitida en mayo del 2021 y una sentencia de la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que se había pronunciado sobre la jurisdicción de los tribunales venezolanos en el caso de divorcio, pero que había dejado por sentado que el niño "XY" ostentaba domicilio venezolano.

A pesar de haber pasado por todas las fases del procedimiento, como es el deber ser, la decisión tanto del Tribunal de Juicio (diciembre 2022) como del Tribunal Superior (enero 2023) fue negar la restitución del niño "XY" al lugar de su residencia habitual, es decir, a Uruguay. En el entendido que el niño, ya prácticamente estaba arraigado en Venezuela, con casi dos años en el país, y sin entrar a analizar el tema domicilio del menor antes de su traslado a Venezuela, el Máximo Tribunal omitió establecer el régimen de convivencia internacional, este último ya estaba establecido en la sentencia de divorcio desde mayo del año 2021.

[14] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 097, 14 de mayo de 2019, (*Pedro Alba Linares*), en: https://bit.ly/44Ma9pE

[15] Gaceta Oficial No. 41.461, 15 de agosto del 2018.

VI. Conclusiones - recomendaciones

Este caso pone sobre la mesa muchos aspectos que deben ser considerados: la falta de información por parte de la Autoridad Central venezolana; la falta de comunicación entre esta y los Tribunales de Protección; la ausencia de interés para iniciar el proceso al no solicitar/recordar a la Dirección de Servicio Consular el envío de la información requerida; así como, la emisión de una sentencia en la que, además del divorcio, se fijan las instituciones familiares, sin la presencia de una de las partes, conociendo de antemano que se encuentra domiciliada en el exterior.

Dar cumplimiento a los convenios internacionales vigentes amerita importantes consideraciones, tales como, ser probos durante todas las fases; proporcionar información a los apoderados, ya que representan a los progenitores involucrados en el proceso; y si ha habido alguna falla en el proceso, tratar de enmendarla en el menor plazo posible, en aras del cumplimiento del principio de celeridad procesal, aún más importante en estos casos.

Con respecto al divorcio, hay casos en los que el demandado no se hace presente en el juicio porque así lo decide voluntariamente. Sin embargo, en la práctica se suscitan situaciones que demandan respuestas adecuadas, para las que es absolutamente válido hacer uso de las telecomunicaciones, pero respecto de las cuales también se impone considerar los problemas propios de las mismas. Por ejemplo, es conocido que cuando se hace una videollamada, especialmente por WhatsApp, si el destinatario de la llamada no tiene señal o el teléfono está apagado, la llamada no aparece en sus registros, aunque en el teléfono de quien hace la llamada aparezca que el destinario no atiende a la misma. En tales situaciones, manifestar que "no atendió la llamada" puede, como en efecto sucedió en el caso planteado, provocar resultados en los que se deja en estado de indefensión a una de las partes.

No tanto por el divorcio, sino especialmente por las instituciones familiares, la justicia necesita soluciones alternas, como podría haber sido en el caso concreto, fijar una nueva audiencia y asegurarse de enviar un mensaje por la misma vía, indicándole a la persona solicitada la nueva fecha de la audiencia; y después de hacer otros intentos, antes decidir sobre el fondo del asunto.

V. Profesores de la Maestría

Dos matrimonios (o uno solo) y una sola viuda (pero no la misma, o dos viudas también): El caso de Harry W. Middleton

*Eugenio Hernández-Bretón**

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 429-441.

Mulier non debet abire nuda

Resumen

Tomando como base los hechos de un caso llevado ante los tribunales venezolanos en 1945, este trabajo examina los asuntos de forma y fondo relativos a la celebración del matrimonio desde el punto de vista del sistema de Derecho Internacional Privado actualmente vigente, considerando incluso los aspectos de la prueba de la capacidad matrimonial y del requisito de inscribir en Venezuela el acta de matrimonio entre extranjeros celebrado fuera del país.

Abstract

Taking as a starting point the facts of a case brought before Venezuelan courts in 1945, this paper examines the issues of choice of law on form and substance of marriages from the perspective of the current Venezuelan system of Private International Law, including the issues of proof of capacity to marry and the requirement of registration in Venezuela of marriage certificates issued abroad.

Palabras clave

Matrimonio. Capacidad. Derecho internacional privado. Conflicto de Leyes. Middleton.

Keywords

Marriage. Capacity. Private International Law. Conflict of Laws. Middleton.

Sumario

Introducción. I. Dos matrimonios (o uno solo?). A. El primer matrimonio en Venezuela (o el segundo?). B. El segundo matrimonio en el extranjero (o el primero?). II. Un difunto (y una o dos viudas). A. El difunto. B. Una (o dos) viuda(s). 1. Los requisitos de forma del matrimonio. 2. Los requisitos de fondo del matrimonio. III. La prueba de la capacidad matrimonial. IV. La necesidad de registro en Venezuela del acta de matrimonio Middleton-Harrison y las consecuencias de su omisión. V. Colofón: Algunas observaciones en torno derecho aplicable a la nulidad del matrimonio y una mención al matrimonio putativo y sus consecuencias patrimoniales.

Introducción

1. El matrimonio es el negocio jurídico familiar por excelencia. Su celebración está sujeta a una serie de requisitos que fija cada legislación nacional de acuerdo a su cultura, tradiciones y visión de la institución matrimonial. La noción occidental y cristiana, y también la venezolana, conciben al matrimonio entre solo dos personas (monogámico), en nuestro caso venezolano, además, entre un hombre y una mujer (heterosexual) (*ex* art. 77 de la Constitución[1]

* Coordinador de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV.

[1] El artículo 77 constitucional reza en su parte pertinente: "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer…".

y *ex* art. 44 del Código Civil[2]). Por ello se establece entre nosotros el impedimento dirimente de vínculo anterior (art. 50 del Código Civil[3]) y el consiguiente delito de bigamia (art. 400 del Código Penal[4]). La prueba de la capacidad matrimonial en caso de personas casadas en el extranjero plantea especiales dificultades para acreditar la inexistencia de dicho impedimento. La prueba de la capacidad matrimonial, en específico, la prueba de la inexistencia del impedimento dirimente de vínculo anterior, establecido como tal en el citado artículo 50 del Código Civil, a fin de que el matrimonio por celebrar sea efectivamente monogámico, adquiere un especial valor que responde al perfil del matrimonio como institución fundamental dentro de la sociedad civil venezolana.

2. Tomemos como ejemplo la situación denunciada durante las intervenciones con ocasión de la discusión del artículo 108 del Código Civil de 1942[5] ante la Cámara del Senado. Por ejemplo, el doctor Alfonso Mejía expuso:

> Conozco repetidos casos ocurridos, tanto en Trujillo como en el Zulia, de algunos extranjeros, especialmente de nacionalidad norteamericana, que han celebrado el matrimonio, precisamente evacuando un justificativo por medio de testigos de complacencia; individuos casados, que después de que han vivido algún tiempo abandonan a esta mujer que no consideran la suya, para regresar a reintegrarse a su hogar en los Estados Unidos de Norteamérica…[6].

3. Por su parte, el doctor Pedro París relató:

> Como profesional tuve oportunidad de tramitar un asunto de una Señora que tenía cinco hijos, casada en Maracaibo con un extranjero. Después de algunos años, el extranjero se fue, se llevó las economías que tenía y la señora quedó casi en la miseria. Al hacerse la

---

[2] El artículo 44 del Código Civil dispone en su parte relevante: "El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer…".

[3] El artículo 50 del Código Civil en su parte relevante dispone: "No se permite ni es válido el matrimonio contraído por una persona ligada por otro anterior…".

[4] El artículo 400 del Código Penal establece: "Cualquiera que estando casado válidamente, haya contraído otro matrimonio, o que no estándolo, hubiere contraído, a sabiendas, matrimonio con persona casada legítimamente, Será castigado con prisión de dos a cuatro años.

Si el culpable hubiere inducido en error a la persona con quien ha contraído matrimonio, engañándola respecto a la libertad de su propio estado o el de ella, la pena será de presidio de tres a cinco años.

Será castigado con las penas anteriores, aumentadas de un quinto a un tercio, el que, estando válidamente casado, haya contraído otro matrimonio a sabiendas de que el otro contrayente era también legítimamente casado".

[5] El texto del artículo 108 aprobado en 1942 es el siguiente: "El extranjero no puede contraer válidamente matrimonio en Venezuela sino ante el competente funcionario venezolano o ante las personas a que se refiere el artículo 98, y llenando todas las formalidades pautadas por la Ley venezolana, sin que puedan exigírseles otras especiales, salvo la de presentar pruebas fehacientes de que es soltero, viudo o divorciado y hábil para contraer matrimonio según su Ley nacional; o, por lo menos, un justificativo, evacuado judicialmente, en el cual tres testigos, cuando menos, mayores de edad y que den razón fundada y circunstanciada de sus dichos, declaren bajo juramento, afirmando la expresada capacidad".

[6] Diario de Debates de la Cámara del Senado, Mes III, No. 36 del 19 de junio de 1942, p. 9, citado por Parra-Aranguren, Gonzalo, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero, en: G. Parra-Aranguren, *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, Serie Estudios, No. 21, pp. 499 ss., especialmente pp. 545 y s., nota 90.

investigación, se averiguó que el hombre estaba casado en los Estados Unidos, en donde también tenía familia[7].

4. Como se aprecia no eran escasos los casos en que mujeres venezolanas se veían burladas por sus pretendientes que declaraban y acreditaban la ausencia de impedimento de vínculo anterior de conformidad con el Derecho aplicable a la capacidad y los requisitos de fondo para la celebración del matrimonio.

5. A continuación nos valemos de los hechos de un antiguo caso judicial venezolano para ilustrar la problemática y las posibles soluciones desde la óptica del Derecho internacional privado venezolano actual. Es decir, a pesar de que la situación de hecho que sirve de escenario para la eventual discusión del caso ocurrió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 ("LDIP"), haremos caso omiso al elemento temporal y realizaremos el análisis bajo la Ley actualmente en vigor.

I. Dos matrimonios (o uno solo?)

A. El primer matrimonio en Venezuela (o el segundo?)

6. El 20 de diciembre de 1935, la señora María Teresa Rincón Febres (la "señora Rincón"), venezolana, natural de Maracaibo, viuda, de 22 años de edad, de oficios domésticos, hija de Dolores Febres de Rincón y de Hermes Rincón Osorio, venezolanos y vecinos del municipio Santa Lucía del estado Zulia, entonces vecina del municipio Coquivacoa del estado Zulia, celebró matrimonio civil ante la primera autoridad civil del municipio Lagunillas del entonces Distrito Bolívar de ese mismo estado, con el señor Harry Willis Middleton (el "señor Middleton"), nativo de Pecos, estado de Texas, Estados Unidos de América, hijo de Jorge Middleton y de Frances Willett de Middleton, ambos estadounidenses, para ese entonces empleado de La Salina Club de la Lago Petroleum Corporation, ubicado en Cabimas y contaba con alrededor de 55 años de edad. El acta de matrimonio fue firmada por los contrayentes, el Jefe Civil y el Secretario de la Jefatura Civil del referido municipio Lagunillas, y cuatro testigos[8]. En el acta de matrimonio el funcionario actuante dejó constancia de que "no existe impedimento legal alguno para la celebración de este matrimonio civil por medios de los documentos insertos en el artículo 109 del Código Civil vigente"[9].

---

[7] Diario de Debates de la Cámara del Senado, Mes III, No. 36, del 19 de junio de 1942, p. 9, citado por Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., p. 546, nota 91.

[8] El acta de matrimonio aparece transcrita en: Legitimidad de un matrimonio venezolano. Incidencias surgidas en la tramitación de un proceso de esta naturaleza, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Octubre, Noviembre, Diciembre, 1946, Nos. 45-46-47, pp. 9-10. Posteriormente en el proceso judicial la parte demandante (la señora Harrison) objetó la existencia misma del acta de matrimonio, ver: Estudios de Derecho Civil Venezolano. Capítulo V, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Enero, Febrero, Marzo, 1947, Nos. 48-49-50, pp. 25-27.

[9] Se trata del art. 109 del Código Civil de 1922, que establecía los documentos que debían consignar los contrayentes "en manos" de quien debía presenciar el matrimonio con anterioridad a la celebración del mismo. El citado artículo 109 equivale con modificaciones al artículo 69 del Código Civil de 1942.

B. El segundo matrimonio en el extranjero (o el primero?)

7. El 16 de noviembre de 1918, la señora Madolin Eugenia Harrison (la "señora Harrison") celebró matrimonio con el señor Middleton ante el Juez de Paz de Quinton, condado de Pittsburgh, estado de Oklahoma, Estados Unidos de América. Para esa fecha, el señor Middleton tenía 38 años de edad y la señora Harrison 28 años de edad, ambos de Muskogee, condado de Pittsburgh, estado de Oklahoma. El acta (licencia) de matrimonio fue firmada por el Juez de Paz señor D.B. Riggs[10]. Estos datos sirven para confirmar que el señor Middleton es el mismo en ambos casos. Al tener, en 1918, 38 años de edad el señor Middleton coincidiría con la edad que declaró tener en 1935 al celebrar matrimonio con la señora Rincón[11]. Esto, pues para 1935 Venezuela no contaba con un documento de identificación para sus nacionales y tampoco para los extranjeros residentes. El señor Middleton habría nacido hacia 1880, la señora Harrison hacia 1890 y la señora Rincón hacia 1913. La diferencia de edad entre el señor Middleton y la señora Rincón era de (nada más) unos treinta y tres años.

II. Un difunto (y una o dos viudas)

A. El difunto

8. El señor Middleton, contratado por la Creole Petroleum Corporation, una de las primeras petroleras extranjeras en realizar actividades extractivas en el país, entró a Venezuela el 19 de noviembre de 1930[12]. Aparentemente, la señora Harrison nunca se trasladó a Venezuela. El señor Middleton y la señora Rincón, luego de su matrimonio, eventualmente se residenciaron en Caripito, caserío La Sabana, estado Monagas[13]. El 4 de marzo de 1945 falleció el señor Middleton en ese caserío[14]. Iniciado un procedimiento de herencia yacente, fue levantado el inventario de bienes y se verificó que el difunto dejó dinero y bienes depositados en

[10] La información ha sido tomada de Legitimidad de un matrimonio venezolano…, ob. cit., pp. 11 y 12.

[11] Sin embargo, en sus escritos judiciales la señora Rincón hizo el siguiente señalamiento en cuanto a la identidad (y cualidad) del señor Middleton; "El Harry Wilis Middleton que casó con la Madolin Eugenia Harrison el 16 de noviembre de 1918 identificado únicamente por nombre y edad, para el día 4 de marzo de 1945, debía de tener, hecho el cómputo, la edad de cincuenta y seis años, tres meses y 16 días, o sea 30 años, para el día 18 de noviembre de 1918, más veintisiete años tres meses y dieciséis días transcurridos desde el 16 de noviembre de 1918 hasta el 4 de marzo de 1945, dá un total de 56 años tres meses y dieciséis días, **luego, no es este el Harry Willys Middleton** que falleció en el Caserío 'La Sabana', Municipio Colón, Distrito Bolivar, Estado Monagas el día 4 de' marzo de 1945, como consta por la partida de defunción que la misma parte actora produce y en la cual consta que dicho Harry Wilis Middleton falleció a los sesenta y cuatro años seis meses y trece días de nacido, el cual, resulta mucho mayor que el Harry Wilis Middleton casado el 16 de noviembre de 1918, con la Madolin Eugenia Harrison de Middleton, los cuales Harry Willys Middleton, aparece evidentemente demostrado, son completamente distintos, tanto por la edad, filiación, religión, profesión u oficio, nacionalidad, naturaleza, domicilio y grado de instrucción". El destacado es nuestro. Ver Estudios de Derecho Civil Venezolano. Capítulo V, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Enero, Febrero, Marzo, 1947, Nos. 48-49-50, p. 29. No hemos tenido a la vista la partida de defunción del señor Middleton.

[12] Jurisprudencia de los Tribunales, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Julio, Agosto, Septiembre, 1946, Nos. 48-49-50, p. 32.

[13] Legitimidad de un matrimonio venezolano…, ob. cit., p. 10.

[14] *Idem*.

instituciones bancarias del país y con la Creole Petroleum Corporation. Con ocasión del trámite de yacencia surgió la cuestión de la vocación hereditaria de la señora Rincón la cual fue objetada por la señora Harrison, quien se presentó mediante apoderado, indicando su carácter de "viuda y domiciliada en la ciudad de Eugene, en el condado de Lane, Estado Oregón, Estados Unidos de América"[15]. Tanto la señora Rincón como la señora Harrison reclamaban el carácter de "única y universal heredera" del señor Middleton.

B. Una (o dos) viuda(s)

9. Para examinar el carácter de viuda, y por consiguiente heredera, del señor Middleton, de conformidad con el Derecho venezolano que somete las sucesiones al Derecho del domicilio del causante según el artículo 34 de la LDIP[16], es necesario precisar la validez del respectivo matrimonio. En tal sentido, al examinar cada acto jurídico es necesario examinar su validez tanto desde el punto de vista de su forma como de su sustancia o contenido, valga decir, de fondo. Se trata de la aplicación del método analítico autárquico en el Derecho internacional privado[17]. Además, es necesario verificar si es indispensable cumplir en Venezuela con alguna formalidad adicional, especialmente, a fin de dotar de validez y eficacia al matrimonio celebrado en el extranjero. Sobre esto último volveremos más adelante

1. Los requisitos de forma del matrimonio

10. La forma de los actos jurídicos en general queda sometida al derecho que declare la validez formal del mismo de entre las alternativas que señala el artículo 37 de la LDIP[18]. En este sentido, la LDIP persigue a los otorgantes facilitar la validez formal de los actos jurídicos reduciendo los supuestos de nulidad por defecto de forma. Se trata de una norma de conflicto que persigue un objetivo material preciso[19]. Así, bastará con que el acto jurídico en cuestión, en nuestro caso, el matrimonio, cumpla con los requisitos de forma establecidos bien en el lugar de otorgamiento del acto, i.e., lugar de celebración del matrimonio, bien en el derecho que rige

---

[15] Estudios de Derecho Civil Venezolano. Capítulo V, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Enero, Febrero, Marzo, 1947, Nos. 48-49-50, p. 25.

[16] Art. 34 de la LDIP: "Las sucesiones se rigen por el derecho del domicilio del causante".

[17] Ver Romero, Fabiola, El método analítico autárquico, en: F. Parra Aranguren (ed.), *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje, No. 12, pp. 839 ss.

[18] Art. 37 de la LDIP: "Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos:
1. El del lugar de celebración del acto;
2. El que rige el contenido del acto; o
3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes".

[19] Ver nuestro artículo: La Saga Siegert: La regla *locus regit actum* y la forma de los testamentos, en: *Anuario de la Maestría en Derecho internacional privado y Comparado*, 2022, No. 4, pp. 401 y ss., disponible en: https://bit.ly/3Im8jT1

los requisitos de fondo del respectivo acto, valga decir, del matrimonio (*ex* art. 21 de la LDIP), o los establecidos en el derecho del domicilio común de los contrayentes. Esta última alternativa exige, necesariamente, que ambos contrayentes tengan su domicilio, en el sentido de su residencia habitual (*ex* arts. 15 y 11 y ss. de la LDIP[20]) en el mismo país para la fecha de la celebración del matrimonio.

11. Aplicando la norma de conflicto antes referida, y sin que existan normas venezolanas de aplicación forzosa (art. 10 de la LDIP[21]), tendríamos que en cuanto a la forma el matrimonio Middleton-Harrison quedaría regido por el Derecho del estado de Oklahoma, que sería el Derecho del lugar de celebración de ese matrimonio y que a la vez es el del domicilio de cada uno de los contrayentes y, por lo tanto, de su domicilio común[22]. Presumamos que según el Derecho sustantivo de Oklahoma se cumplieron las formalidades aplicables y tampoco observamos alguna disposición de ese Derecho en materia de forma que pueda ser censurada por lesionar algún principio fundamental del orden jurídico venezolano. De esta forma, el matrimonio Middleton-Harrison sería válido en cuanto a su forma.

12. En lo que respecta al matrimonio Middleton-Rincón, partiendo de la misma norma de conflicto llegaríamos a la conclusión de que las formas del Derecho venezolano serían las aplicables, las cuales parecen haberse satisfecho. De tal manera, dicho matrimonio sería igualmente válido en cuanto a la forma.

2. Los requisitos de fondo del matrimonio

13. La cuestión del Derecho aplicable a la capacidad para celebrar el matrimonio y los demás requisitos de fondo, lo que toca fundamentalmente a la inexistencia de impedimentos a la celebración del matrimonio, se somete al Derecho del domicilio del respectivo contrayente según lo establece el artículo 21 de la LDIP[23]. Se trata de la aplicación distributiva del Derecho del domicilio de cada uno de los contrayentes, en todo caso bajo el control de la cláusula de

---

[20] Art. 15 de la LDIP: "Las disposiciones de este capítulo se aplican siempre que esta Ley 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. 11 de la LDIP: "El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual".

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

[22] Hay que recordar el dispositivo del artículo 3 de la LDIP según el cual: "Cuando en el Derecho extranjero que resulte competente coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se suscite entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero. Asimismo, hay que recordar que en los Estados Unidos de América, según la decisión de la Corte Suprema de Justicia en el caso *Erie Railroad v. Tompkins* de 1938, no existe un *general common law* y que, por lo tanto, los tribunales federales deben aplicar las leyes del Estado en donde tengan su sede, en la forma en que tales leyes sean interpretadas por *the state courts of last resort*". No hay pues un derecho de conflictos (*conflict of laws*) o Derecho internacional privado de carácter federal. Ver, por todos, Roosevelt, Kermit, *Conflict of Laws*, New York, Foundation Press, 2010, pp. 146 ss.

[23] Art. 21 de la LDIP: "La capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio".

reserva de Derecho venezolano a tenor del artículo 8 de la LDIP[24]. Para el caso del matrimonio Middleton-Harrison resultaría aplicable el Derecho del estado de Oklahoma, cuyas disposiciones parecen haberse satisfecho. Con esto tendríamos, que el matrimonio Middleton-Harrison sería válido en cuanto a los requisitos de fondo. Para el caso del matrimonio Middleton-Rincón aplicaría el Derecho venezolano por estar ambos domiciliados en Venezuela. Aquí, sin embargo, surge la cuestión de la validez de ese matrimonio celebrado en contravención del impedimento dirimente de vínculo anterior previsto en el ya citado artículo 50 del Código Civil. La sanción establecida en el referido artículo es la nulidad absoluta del pretendido matrimonio según lo prescribe el artículo 122 del mismo Código[25].

III. La prueba de la capacidad matrimonial

14. La cuestión práctica de la prueba de la capacidad para contraer matrimonio ha preocupado a los legisladores. Esto aplica tanto para los nacionales como para los extranjeros, independientemente del lugar de su residencia habitual. Para tratar de atemperar las dificultades prácticas que enfrentan los funcionarios encargados de autorizar la celebración de matrimonios, en el caso venezolano, el artículo 108 del Código Civil contiene una disposición dirigida a los extranjeros que pretenden contraer matrimonio en Venezuela[26].

15. El artículo 108 del Código Civil dispone así:

> El extranjero no puede contraer válidamente matrimonio en Venezuela sino ante el competente funcionario venezolano o ante las personas a que se refiere el artículo 98, y llenando todas las formalidades pautadas por la Ley venezolana, sin que puedan exigírseles otras especiales, salvo la de presentar pruebas fehacientes de que es soltero, viudo o divorciado y hábil para contraer matrimonio según su Ley nacional; o, por lo menos, un justificativo, evacuado judicialmente, en el cual tres testigos, cuando menos, mayores de

---

[24] Art. 8 de la LDIP: "Las disposiciones del derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

[25] Art. 122 del Código Civil: "La nulidad del matrimonio celebrado en contravención al primer caso del artículo 50, puede declararse a solicitud de los cónyuges inocentes de ambos matrimonios, de los ascendientes de éstos, como de los del cónyuge culpable, de los que tengan interés actual en ella y del Síndico Procurador Municipal. Si los nuevos cónyuges o cualquiera de los interesados, sostuvieren la invalidez del matrimonio anterior, deberá decidirse sobre la validez o invalidez de ambos matrimonios en un mismo expediente.

En el caso de este artículo, el matrimonio contraído por el cónyuge de un presunto o declarado ausente, no puede atacarse mientras dure la ausencia.

Si la nulidad fuere por contravención al segundo caso del artículo 50, podrá declararse a solicitud de la esposa, de los ascendientes de ambos cónyuges, de los que tengan interés legítimo y actual en ella, del Síndico Procurador Municipal y del correspondiente Prelado". Ver López Herrera, Francisco, *Derecho de Familia*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2ª ed., 1997, Tomo I, pp. 398 y s.; Domínguez Guillén, María Candelaria, *Manual de Derecho de Familia*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2008, Colección Estudios Jurídicos, No. 20, p. 84.

[26] En general ver Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., pp. 499 ss. El art. 108 citado se corresponde con el art. 69 del Código Civil para los venezolanos, Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., pp. 500 y s.

edad y que den razón fundada y circunstanciada de sus dichos, declaren bajo juramento, afirmando la expresada capacidad.

Los testigos serán previamente informados por el Juez de las penas en que, según el Código Penal, incurrirán si declaran falsamente, y esta circunstancia se hará constar en el acta de cada declaración.

La prueba del divorcio y la de anulación de un matrimonio anterior no se la podrá suplir con justificación de testigos en ningún caso; se la hará siempre mediante presentación de la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada.

16. El artículo antes transcrito ha sufrido importantes cambios motivados por la LDIP y la Ley Orgánica de Registro Civil ("LORC"). Así tenemos que las formalidades a seguir para los matrimonios celebrados en Venezuela serían las venezolanas y los funcionarios competentes serían los que autoriza la LORC[27] o los del domicilio común de los contrayentes (para ambos supuestos) (*ex* art. 37 de la LDIP). La capacidad matrimonial se determina de conformidad con la legislación del domicilio del respectivo contrayente y no según la legislación de su nacionalidad (*ex* art. 21 de la LDIP), así como las pruebas fehacientes a ser presentadas para acreditar la condición de soltero, viudo o divorciado deberán ser las prescritas en ese mismo Derecho del domicilio (*ex* art. 38 de la LDIP[28]) bajo reserva del orden público venezolano.

17. Para los casos de soltería, el artículo transcrito abre la posibilidad de la presentación de un justificativo judicial de testigos, en el cual los testigos den razón fundada y circunstanciada de sus dichos, bajo juramento, afirmando la expresada capacidad. Creemos que la viudez debe ser probada con la respectiva acta de defunción, sea expedida por una autoridad nacional o extranjera[29], y que la prueba del divorcio y la de anulación de un matrimonio anterior no se

---

[27] Art. 99 de la LORC: "El matrimonio podrá celebrarse antes los funcionarios o las funcionarias siguientes:
1. El Alcalde o la Alcaldesa, o el funcionario o funcionaria que estos autoricen.
2. El registrador o la registradora civil.
3. Los capitanes o las capitanas de buques de bandera venezolana dentro o fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela.
Cuando el matrimonio se celebre ante una autoridad distinta al registrador o registradora civil, esta deberá remitir el acta correspondiente, en forma inmediata, al Registro Civil.
El matrimonio se celebrará en el despacho del funcionario o funcionaria competente; cuando por motivos justificados los contrayentes no puedan trasladarse al lugar establecido, podrán solicitar que su celebración sea en el lugar que estos acuerden".

[28] Art. 38 de la LDIP: "Los medios de prueba, su eficacia y la determinación de la carga de la prueba se rigen por el Derecho que regula la relación jurídica correspondiente, sin perjuicio de que su sustanciación procesal se ajuste al derecho del Tribunal o funcionario ante el cual se efectúa".

[29] Para el caso de las actas de defunciones ocurridas en el extranjero, las mismas deben ser inscritas en el registro civil venezolano. En tal sentido, el art. 124.3 de la LORC señala que "Las defunciones se registrarán en virtud de: … 3. Documento auténtico emitido por autoridad extranjera, que cumpla con los requisitos establecidos en la ley para su inserción". A su vez, el art. 125 de la LORC señala que: "En el libro de defunciones serán inscritas:
1. Las defunciones acaecidas en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela.
2. Las defunciones que ocurran en alta mar o a bordo de aeronave, fuera del territorio de !a República Bolivariana de Venezuela, si el primer punto de arribo, aterrizaje o acuatizaje es en territorio
nacional.

la podrá suplir con justificación de testigos en ningún caso. Como ordena el propio artículo del Código Civil, dicha prueba se hará siempre mediante presentación de la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada, pero sin que sea necesario el exequatur de la sentencia extranjera en cuestión[30].

18. En todo caso, será de aplicación preferente, en los casos en que corresponda, el artículo 37 del Código Bustamante[31] entre los Estados parte, que prevé la prueba de la capacidad matrimonial mediante los llamados certificados nupciales o de capacidad matrimonial, y también será aplicable dicho artículo adicionalmente al artículo 108 del Código Civil, según los casos, bien como tratado o como principio generalmente aceptado de Derecho internacional privado, ex artículo 1 de la LDIP[32].

19. Los documentos producidos por el interesado a los fines de evidenciar su capacidad para celebrar matrimonio deben ser examinados y valorados por la autoridad ante quien se producen. A tenor del artículo 38 de la LDIP, su eficacia o valoración debe hacerse según el Derecho que regula la capacidad matrimonial invocada[33].

IV. La necesidad del registro en Venezuela del acta de matrimonio Middleton-Harrison y las consecuencias de su omisión

20. Partamos del alegato hecho por la señora Rincón ante tribunales del estado Monagas. Ella hizo valer la inexistencia del matrimonio Middleton-Harrison[34] por no haberse

3. Las defunciones de venezolanos o venezolanas en el extranjero.
4. Las defunciones de extranjeros o extranjeras ocurridas fuera del país, a solicitud de sus familiares directos, hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad.
5. Las sentencias ejecutoriadas que declaren la presunción de ausencia, la ausencia y la presunción de muerte".

30 Ver Hernández-Bretón, Eugenio, Presupuestos de eficacia de las sentencias extranjeras, en: T.B. Maekelt / H. Barrios / Z. Marín / M. Mendez (coords.), *Derecho procesal civil internacional. In memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010. Serie Estudios No. 88, pp. 487 ss.

31 Art. 37 del Código Bustamante: "Los extranjeros deben acreditar antes de casarse que han llenado las condiciones exigidas por sus leyes personales en cuanto a lo dispuesto en el artículo precedente. Podrán justificarlo mediante certificación de sus funcionarios diplomáticos o agentes consulares o por otros medios que estime suficientes la autoridad local, que tendrá en todo caso completa libertad de apreciación". Ver Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., p. 504 ss.

32 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".

33 Para el derecho anterior ver Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., pp. 549 ss.

34 La exigencia de la inserción en los Libros de Registro Civil del acta de matrimonio del "matrimonio extranjero que se domiciliare en Venezuela", establecida en el arts. 109 del Código Civil de 1942, estaba prevista en el art. 137 del Código Civil de 1922. En el juicio penal seguido ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del estado Monagas se decidió que el incumplimiento de los arts. 109 y 474 —concordantes con el art. 11— del Código Civil de 1942, hizo que el matrimonio extranjero "no puede producir efectos en Venezuela, como ya le han declarado los Tribunales Civiles de este Estado", sentencia de 30 de agosto de 1946, Improcedencia del denuncio de falsedad de documentos públicos, en: Escritorio Jurídico Dr. César González Vásquez (ed.), *Prontuario Jurídico*, Caracas, Octubre, Noviembre, Diciembre, 1946, Nos. 45-46-47, pp. 23-24.

cumplido con los artículos 109, 474 y 29 del Código Civil de 1942 en concordancia con el artículo 11 del mismo Código[35].

21. Aquí cabe recordar que los artículos 11, 109, 474 y 29 del Código Civil de 1942 han sido derogados, bien parcialmente o totalmente, con ocasión de la entrada en vigor de la LDIP y de la LORC, o de alguna manera no resultan aplicables al caso bajo estudio. Así tenemos que el artículo 11 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 37 de la LDIP excepto en lo pertinente a las formas de Derecho venezolano cuando el acto se otorga ante funcionario venezolano competente en el extranjero; que el artículo 109 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 116 de la LORC[36]; que el artículo 474 del Código Civil debe leerse como remitiendo a los artículos 115[37] y 116 de la LORC; mientras que el artículo 29 del Código Civil no es aplicable al domicilio de las personas físicas en cuanto éste está previsto en la LDIP o fuera de ella como factor de conexión o criterio atributivo de jurisdicción[38].

22. En cuanto al matrimonio celebrado fuera del país entre extranjeros que se residenciaren en el país, establece el artículo 116 de la LORC que los mismos deberán presentar en el Registro Civil, dentro de los primeros quince días de establecer su residencia, copia

---

[35] Art. 109 del Código Civil: "El matrimonio extranjero que se domiciliare en Venezuela, deberá presentar, dentro del primer año de su venida al país, a la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio respectivo, copia legalizada del acta de matrimonio para su inserción en los Libros de Registro Civil".
Art. 474 del Código Civil: "En el Registro de Matrimonios, además de las actas de los matrimonios correspondientes a la Parroquia o Municipio respectivo, extendidas o insertadas en conformidad con lo dispuesto en el Título sobre el matrimonio, se insertarán las copias que se expresan en los artículos 103 y 109 de este Código".
Art. 29 del Código Civil: "El cambio de domicilio de una persona se realiza por el hecho de fijar en otro lugar el asiento principal de sus negocios e intereses, o de ejercer en él habitualmente su profesión u oficio. El cambio se probará con la declaración que se haga ante las Municipalidades a que correspondan, tanto el lugar que se deja como el del nuevo domicilio. A falta de declaración expresa, la prueba deberá resultar de hechos o circunstancias que demuestren tal cambio".
Art. 11 del Código Civil: "La forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la Ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse. Cuando el acto se otorga ante el funcionario competente de la República, deberá someterse a las leyes venezolanas".

[36] Art. 116 de la LORC: "Los extranjeros y las extranjeras que hubieren contraído matrimonio fuera del país y que se residenciaren en la República Bolivariana de Venezuela, deberán presentar en el Registro Civil, dentro de los primeros quince días de establecer su residencia, copia legalizada y traducida por intérprete público, si es el caso, del acta de matrimonio para su inserción en los libros de Registro Civil.
Esta obligación deberá ser cumplida por los venezolanos o venezolanas que, habiendo contraído matrimonio fuera del país, no lo hubieren declarado ante la representación diplomática u oficina consular correspondiente". Ver además la Disposición Derogatoria Primera de la LORC.

[37] Art. 115 de la LORC: "El venezolano o la venezolana que contrajere matrimonio en un país extranjero podrá declararlo ante la delegación diplomática o consular del país donde se hubiere celebrado; a tal efecto, presentará copia legalizada y traducida por interprete público, de ser el caso, del acta de matrimonio, a los fines de su inserción en el libro respectivo del Registro Civil". Este artículo derogó lo dispuesto en el art. 103 del Código Civil. Ver además la Disposición Derogatoria Primera de la LORC.

[38] Art. 15 de la LDIP: "Las disposiciones de este capítulo se aplican siempre que esta Ley 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".

legalizada[39] y traducida por intérprete público, si es el caso[40], del acta de matrimonio para su inserción en los libros de Registro Civil. Se trata de una disposición que desarrolla lo prescrito de manera general en el artículo 101.5 de la LORC, al establecer que: "En los libros de matrimonios serán inscritas las actas de: … 5. Matrimonios de extranjeros o extranjeras celebrados en el exterior, a solicitud de los contrayentes, siempre y cuando uno de estos se encuentren residenciados en el territorio de la República Bolivariana de Venezuela".

23. Las disposiciones antes comentadas son concordantes con las establecidas en los artículos 3 y 4 de la LORC. La primera de ellas ordena la inscripción "en el Registro Civil (de) … (la) constitución … del vínculo matrimonial", mientras que la otra establece el "carácter de orden público" de las normas de dicha Ley y ordena su aplicación "a los venezolanos y las venezolanas, dentro o fuera del territorio de la República Bolivariana de Venezuela, y a los extranjeros y las extranjeras que se encuentren en el país". La finalidad de las normas mencionadas radica en facilitar la prueba del estado civil de las personas antes mencionadas. En este sentido, el artículo 12 de la LORC prescribe el principio de primacía de los datos contenidos en el registro Civil "con relación a la información contenida en otros registros", dándole a las actas del Registro Civil valor de "plena prueba del estado civil de las personas".

24. Ahora bien, ¿cuál será la sanción en caso de incumplimiento del deber de inscripción en el registro civil de las actas de aquellos matrimonios celebrados en otro país entre extranjeros que se residenciaren en el país? En el Derecho anterior a la LORC, a pesar de algunas voces discordantes, la opinión mayoritaria sostenía que el incumplimiento del deber entonces prescrito en el artículo 109 del Código Civil no aparejaba la inexistencia del matrimonio en cuestión, pues ni ese artículo ni algún otro de la Ley venezolana así lo establecían. Ninguna otra solución podía deducirse del ordenamiento jurídico venezolano, pues el legislador mismo había debido establecer la sanción expresa ante el incumplimiento de dicho deber[41].

25. Hoy en día la sanción ante el incumplimiento de lo establecido en el artículo 116 de la LORC lo fija expresamente la propia LORC, en su artículo 158.5, en el sentido de imponer multa de diez unidades tributarias (10 U.T.) a veinte unidades tributarias (20 U.T.), quienes omitieren presentar a la oficina de Registro Civil, en el término previsto, la copia legalizada y traducida, del acta de matrimonio de los extranjeros que se residenciaren en el país. Esta y ninguna otra debe ser la única sanción por el incumplimiento del deber ya mencionado. Por lo

---

[39] Hay que recordar que Venezuela es parte del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.

[40] Según el art. 80 de la LORC: "Los asientos en general se harán en idioma castellano…". Se trata tan solo de un desarrollo del artículo 9 constitucional que, en su parte relevante, establece: "El idioma oficial es el castellano".

[41] Al respecto ver, con abundantes referencias, Parra-Aranguren, Gonzalo, La celebración del matrimonio conforme al Derecho internacional privado venezolano, en: G. Parra-Aranguren, *Monografías selectas de Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1984, Serie Estudios, No. 21, pp. 399 ss., especialmente pp. 469 ss.

tanto, la falta de cumplimiento de la partida de matrimonio "extranjera" no afecta la validez de dicho matrimonio que lo sea tanto en cuanto a su forma como en su fondo de conformidad con los ordenamientos competentes según las normas de Derecho Internacional privado venezolanas. Esta es, además, la interpretación que se ajusta al criterio interpretativo que fija la propia LORC en su artículo 15, que dispone: "En caso de dudas en la interpretación y aplicación de esta Ley se preferirá aquella que beneficie la protección de los derechos humanos de las personas". Y, ciertamente, dicha interpretación es la más cónsona con el deber constitucional de proteger al matrimonio (*ex* art. 77).

V. Colofón: Algunas observaciones en torno derecho aplicable a la nulidad del matrimonio y una mención al matrimonio putativo y sus consecuencias patrimoniales

26. La LDIP no contiene una norma que expresamente regule la cuestión del derecho aplicable a la nulidad del matrimonio, como si lo hace el Código Bustamante[42]. Sin embargo, la solución que razonablemente se impone es precisamente la que ordena el Código Bustamante, es decir, someter la nulidad al mismo derecho que regula el requisito infringido sin perjuicio de la aplicación de la cláusula de reserva del artículo 8 de la LDIP, lo que en la práctica lleva a la aplicación acumulativa de la *lex causae* y la *lex fori*. Esto sería el resultado de las consideraciones de "orden público" que determinan las causales de nulidad del matrimonio en el sistema venezolano[43].

27. La violación del impedimento dirimente de vínculo anterior debe ser pronunciada por un tribunal de justicia, no es una "nulidad de derecho"[44]. En el caso venezolano, la declaración judicial de la nulidad del matrimonio puede generar efectos patrimoniales importantes tanto en lo que tiene que ver con los bienes habidos durante el pretendido matrimonio como en lo relativo a la sucesión por causa de muerte entre los pretendidos esposos[45]. Se habla entonces de matrimonio putativo[46]. Como explican los autores, el matrimonio putativo es una ficción legal. Se considera que el matrimonio declarado nulo surte efectos durante el tiempo comprendido entre la fecha de su celebración y la de la sentencia definitivamente firme que pronuncia

---

42 Art. 47 del Código Bustamante: "La nulidad del matrimonio debe regularse por la misma ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motive".

43 Ver al respecto Herrera Mendoza, Lorenzo, Anotaciones sobre la anulabilidad de matrimonios extranjeros, en: L. Herrera Mendoza, *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*, Caracas, Emp. El Cojo, 1960, pp. 290 ss., quien critica la solución de Bustamante. Ver también Parra-Aranguren, Prueba de la capacidad matrimonial…, ob. cit., p. 507 y allí la nota 19 con mención del trabajo del doctor Herrera Mendoza antes citado, y Barrios, Haydée, Instituciones de Derecho de Familia en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana", en V.H. Guerra *et al.* (coords.), *Derecho Familiar Internacional. Metodología para su Estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, pp. 243 ss., especialmente pp. 298 a 301, con cita de la jurisprudencia venezolana anterior a la LDIP (p. 301).

44 Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de familia*…, ob. cit., p. 84; López Herrera, *Derecho de familia*…, ob. cit., p. 386.

45 López Herrera, *Derecho de familia*…, ob. cit., pp. 431 y s., pp. 440 a 442.

46 Domínguez Guillén, *Manual de Derecho de familia*…, ob. cit., p. 87; López Herrera, *Derecho de familia*…, ob. cit., p. 421.

su nulidad[47]. Es un matrimonio aparente en el cual se busca proteger principalmente a quienes procedieron de buena fe y, por supuesto, a los hijos habidos en dicha unión. Estos serán temas de exploración en una próxima ocasión.

[47] López Herrera, *Derecho de familia*…, ob. cit., p. 387 y p. 421.

Breves notas sobre la determinación de la jurisdicción para la declaración de únicos y universales herederos

Claudia Madrid Martínez[*]

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 443-461.

Resumen

Estas breves líneas tienen por objeto analizar el tratamiento que se ha dado, en la jurisprudencia venezolana, a la determinación de la jurisdicción de los tribunales venezolanos para emitir la declaración de únicos y universales herederos, mediante justificativos para perpetua memoria. Para ello enfatizamos que, aunque el procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el cual se hace la declaración puede llevarse a cabo en Venezuela, ello no se traduce en la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de la sucesión.

Abstract

The purpose of this brief paper is to analyze the treatment that has been given by Venezuelan Case Law to the determination of the jurisdiction of the Venezuelan courts to issue a declaration of sole and universal heirs, by means of justifications for perpetual memory. To this end, I emphasize that, although the voluntary jurisdiction procedure through which the declaration is made may be carried out in Venezuela, this does not imply that the Venezuelan courts have jurisdiction on the merits of inheritance matters.

Palabras clave

Sucesión. Declaración de únicos y universales herederos. Justificativo para perpetua memoria. Jurisdicción voluntaria.

Keywords

Succession. Declaration of sole and universal heirs. Justification for perpetual memory. Voluntary Jurisdiction.

Sumario

Introducción. I. Naturaleza del justificativo para perpetua memoria. II. Criterios atributivos de jurisdicción en casos de jurisdicción voluntaria. A. Criterios de jurisdicción en materia de sucesiones. B. Criterios de jurisdicción para el justificativo para perpetua memoria. III. Un par de casos. A. Filiación homoparental y condición de heredero a partir de la partida de nacimiento. B. Recurso a los criterios de jurisdicción de la Ley de Derecho internacional privado. Una breve conclusión.

Introducción

La muerte de una persona no supone, *per se*, el fin de las relaciones jurídicas de las que era titular. Al contrario, tales relaciones, con excepción de aquellas personalísimas, son transmisibles a terceros. Así, encargado de regular "el destino del patrimonio de una persona natural, una vez acontecida la muerte de esta"[1], el Derecho de las sucesiones se hace presente, involucrando una doble perspectiva: por un lado, la perspectiva del derecho de propiedad, pues si bien

[*] 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 en la UCV y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

[1] Domínguez Guillén, María Candelaria, *Manual de Derecho sucesorio*, Caracas, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2ª ed. revisada y aumentada, 2019, p. 22.

la sucesión no se agota en ello, a la muerte de una persona es necesario determinar quiénes serán los nuevos titulares de su patrimonio[2]; y, por otro lado, tratándose de un cuerpo regulatorio al servicio de la familia, considera también el punto de vista del Derecho de familia. Ello, debido a que la continuidad de las relaciones jurídicas del causante se funda "en vínculos naturales y afectivos derivados del estado familiar o en algunos casos emanados de la voluntad del causante, que, como su nombre lo indica, dio origen o causa al patrimonio de cuya sucesión se trate"[3].

Así, cuando se produce la muerte de una persona, sus relaciones jurídicas se quedan sin titular, y como tal situación no es jurídicamente aceptable, se hace necesario, por razones sociales y de seguridad jurídica, determinar quiénes serán los nuevos titulares de esas relaciones, lo cual conduce, a su vez, a determinar el momento de transmisión de los derechos y deberes del causante[4]. En tal sentido se ha afirmado que la sucesión tiene tres momentos: apertura, delación y adquisición de la herencia[5].

En otras palabras, una vez abierta la sucesión, lo cual ocurre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del causante (art. 993 CCV), se hace el llamamiento o delación, es decir, se llama a concurrir a aquellas personas que tienen vocación hereditaria y que, luego de la aceptación se convertirán en herederos. Tengamos en cuenta que, aunque los derechos se transmiten del causante al causahabiente al momento de la aceptación, esa declaración unilateral de voluntad produce efecto retroactivo al momento de la apertura de la sucesión (art. 1001 CCV).

Bien, la condición de herederos o sucesores se deriva, bien del testamento, bien de la Ley, en el caso de las sucesiones intestadas, y, en principio —según afirma Torres-Rivero— no necesita ser declarada[6]. No obstante, tal como afirma Domínguez Guillén haciéndose eco de las palabras de Bonnecase[7] "a quien pretenda ser beneficiario de una sucesión corresponde demostrar su carácter de heredero" y para ello —continúa Domínguez Guillén— es suficiente con el acta del estado familiar[8]. Así, según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, bastaría con el acta de nacimiento y el acta de defunción, por ejemplo[9].

---

[2] "El causante transmite el derecho y el causahabiente o sucesor lo acepta o recibe". Domínguez Guillén, *Manual de Derecho sucesorio*…, ob. cit., p. 51.
[3] Domínguez Guillén, *Manual de Derecho sucesorio*…, ob. cit., pp. 44-45.
[4] Diez Picazo, Luis y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho civil*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1982, Vol. IV, p. 407.
[5] Domínguez Guillén, *Manual de Derecho sucesorio*…, ob. cit., pp. 89-90.
[6] Torres-Rivero, Arturo Luis, Declaratoria de sucesor, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 1993, No. 88, pp. 156 ss., especialmente pp. 157-158.
[7] Bonnecase, Julien, *Tratado elemental de Derecho civil*, México, Edit. Pedagógica Iberoamericana, 1995, p. 590.
[8] Domínguez Guillén, *Manual de Derecho sucesorio*…, ob. cit., p. 134.
[9] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 242, 9 de abril de 2014 (*Maryoris Nathaly Pacheco Acosta en amparo*), en: https://bit.ly/41qPTH9

Esa declaración que —aclaremos de una vez— es un paso más en la transmisión del patrimonio del causante, suele ser un asunto de jurisdicción voluntaria resuelto, a falta de un procedimiento especial, mediante el llamado justificativo para perpetua memoria —objeto de estudio en estas breves líneas. Esto no excluye, sin embargo, que también pueda verificarse mediante un proceso de naturaleza contenciosa, en los casos en los que se discute el testamento, el nexo familiar o la propia condición de sucesor[10].

Ahora bien, si se trata de una sucesión con elementos del extranjería —bien sea porque habiendo bienes de la sucesión en Venezuela, el último domicilio del causante estuvo en el extranjero, bien sea porque hay bienes ubicados en distintos países— la declaración de únicos y universales herederos en sede de jurisdicción voluntaria, en principio sencilla, puede hacerse más compleja, y requerir, para empezar, la determinación de la jurisdicción del tribunal venezolano para llevarla adelante y, establecer, de manera clara —aunque no siempre bien entendida— que se trata de un trámite diferente de la propia sucesión y que, por esa distinción, no debe ser tratada en conjunto con aquella. Así, es perfectamente posible que, aunque Venezuela no tenga jurisdicción para conocer de la sucesión, sí la tenga en cambio para emitir la declaración de únicos y universales herederos.

Hoy, cuando Venezuela ha visto marcharse a más de siete millones de personas, cuando la familia venezolana se ha visto fraccionada, cuando nuestra vida se ha internacionalizado, estos problemas van a presentarse con más frecuencia, poniendo un poco a prueba nuestro sistema de Derecho internacional privado que, particularmente en temas de jurisdicción voluntaria resulta precario. Repasemos algunos aspectos fundamentales.

I. Naturaleza del justificativo para perpetua memoria

Existe en Derecho internacional privado un principio generalmente aceptado según el cual, la forma del procedimiento se rige por el Derecho del lugar en el cual el mismo se lleva a cabo[11]. Tal principio fue recogido por la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana[12], en su artículo 56, norma de conformidad con la cual "[l]a competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desenvuelve". Así, entre otras cuestiones calificadas como procesales, el Derecho venezolano, como *Lex fori*, es aplicable a las formas de tutela, de manera que será el Derecho venezolano el competente para determinar

[10] Torres-Rivero, Declaratoria de sucesor…, ob. cit., pp. 157-158.
[11] Es la regla llamada *Lex fori regit processum*, de acuerdo con la cual la actividad procesal de los tribunales venezolanos queda ordenada por el Derecho procesal venezolano, con independencia de que al fondo del asunto le sea aplicable la Ley venezolana o una extranjera designada por nuestras normas de conflicto. En este caso, la Ley extranjera sólo regiría para los aspectos materiales.
[12] Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

la forma en la cual pueden obtenerse ciertos efectos materiales[13].

En el caso concreto, el procedimiento a seguir para declarar quiénes pueden ser llamados como únicos y universales herederos en Venezuela es el justificativo para perpetua memoria. Tal justificativo solo puede solicitarse a una autoridad judicial, cuando se trata de justificaciones o diligencias que "…se declaren bastantes para asegurar la posesión o algún derecho…" (art. 937 Código de Procedimiento Civil[14]). Los notarios, aunque con competencia general para emitir justificativos, excepcionalmente no la tienen cuando se trate de aquellos referidos en el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil, tal como lo dispone el artículo 75.4 de la Ley de Registros y Notarías[15].

Ahora bien, el procedimiento ante el juez ha sido consagrado por el legislador venezolano en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil venezolano. De conformidad con resta norma,

> [c]ualquier Juez Civil es competente para instruir las justificaciones y diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propio del interesado en ellas. El procedimiento se reducirá a acordar, el mismo día en que se promuevan, lo necesario para practicarlas; concluidas, se entregarán al solicitante sin decreto alguno.

Comentando la norma correspondiente en el Código derogado, Arminio Borjas afirmó: "Entiéndese por justificación para perpetua memoria o *ad perpetuam rei memoriam*, o simplemente *ad perpetuam*, las informaciones de testigos, instruidas judicialmente, para hacer constar algún hecho que interese a las personas que las promueven"[16]. Se trata, en definitiva, de actos de jurisdicción voluntaria con motivo del cumplimiento de solemnidades para ciertos actos, o para obtener el cumplimiento de determinadas resoluciones que deben ser dictadas por los tribunales[17].

Los tribunales venezolanos han admitido que es a través de tales justificativos que se hacen las declaraciones de únicos y universales herederos. Como ejemplo de ello, podemos citar una sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 29 de julio de 2004, de conformidad con la cual

> …cualquier Juez Civil es competente, para instruir las justificaciones o diligencias que estén dirigidas a la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, en este caso concreto, la condición de heredera de la ciudadana…; **sin que pretenda, por este**

---

13 Virgós Soriano, Miguel y Francisco Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 274.

14 *Gaceta Oficial* No. 4.209 Extraordinario, de fecha 18 de septiembre de 1990.

15 Gaceta Oficial No. 6.668 Extraordinario, de fecha 16 de diciembre de 2021.

16 Borjas, Arminio, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, Librería Piñango, 4ª ed., T. VI, p. 389.

17 Cuenca, Humberto, *Derecho procesal civil*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 1981, 4ª ed., T. I, p. 88; Barrios Haydée, La jurisdicción voluntaria, en: *Cursos de Derecho internacional, Serie Temática*, Washington, Secretaría General de la OEA, 2002, Vol. I (Parte I), El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000), pp. 811 ss., especialmente p. 829.

> **procedimiento, la apertura de la sucesión**. Dicho justificativo es el medio más expedito para asegurar la fijación de un hecho y darle pleno valor probatorio, mediante su posterior ratificación en juicio, que por no prever contradictorio alguno, puede ser solicitado ante cualquier circunscripción judicial (resaltado nuestro)[18].

Hemos destacado una parte del fragmento citado, pues ha de quedar claro que el justificativo no implica, de ninguna manera, la apertura de la sucesión. Su única finalidad es, tal como lo ha dejado claro el legislador venezolano en el ya citado artículo 936 del Código de Procedimiento Civil, comprobar algún hecho o derecho propio del interesado, en este caso, los derechos propios de la condición de heredero. Esta distinción entre la declaración y la propia apertura de la sucesión, también ha sido reconocida por la jurisprudencia en materia de Derecho internacional privado, según analizaremos *infra*.

En todo caso, tales diligencias, "instruidas por la autoridad judicial, hacen pruebas auténticas de lo que la expresada autoridad asevera haber pasado en su presencia, o de los hechos o circunstancias que ella ha visto y hecho constar, y tienen, en consecuencia, a diferencia de los simples justificativos, todo el valor"[19]. Mas, tratándose de un acto de jurisdicción voluntaria, la resolución emitida por el juez tiene entre las partes el efecto de una presunción *iuris tantum* de la situación jurídica declarada, mas es formalmente inmutable por constituir un estado preclusivo, que mantiene su autoridad en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen[20].

Ahora bien, la jurisdicción voluntaria —según ha entendido Rengel-Romberg[21]— presenta dos rasgos característicos: su finalidad constitutiva y, en segundo término, la naturaleza jurídica de la actividad realizada por el juez. El profesor venezolano llega a tal conclusión a partir de la regulación del Código de Procedimiento Civil venezolano, específicamente, de su artículo 895, de conformidad con el cual "…el juez, actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas, de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente Código".

Si bien en la jurisdicción voluntaria no existe un conflicto de intereses propiamente dicho —continúa Rengel-Romberg— "…el juez está llamado a examinar una situación de hecho concreta y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia del juez, pero siempre en conformidad con las disposiciones de la ley y del código"[22]. El juez, en todo caso, está llamado a tomar una resolución de tipo jurídico en interés de un sujeto, atendiendo a su interés privado, sea moral o patrimonial, y a examinar las circunstancias para resolver lo que sea de justicia.

---

[18] Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. 0770, 29 de julio de 2004 (*Ana María Guardia Correa en regulación de competencia*), en: https://bit.ly/42opv23

[19] Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*…, ob. cit., p. 395.

[20] Rengel Romberg, Arístides, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*, Caracas, Edit. Arte, 1995, Vol. I, Teoría general del proceso, p. 120.

[21] Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*…, ob. cit., Vol. I, pp. 118-121.

[22] Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*…, ob. cit., Vol. I, pp. 118-121.

II. Criterios atributivos de jurisdicción en casos de jurisdicción voluntaria

Tal como hemos adelantado, la declaración de únicos y universales herederos mediante un justificativo para perpetua memoria, un procedimiento de jurisdicción voluntaria, es distinto de aquel en el cual se discute y liquida efectivamente la sucesión. De hecho, desde el punto de vista del Derecho internacional privado y, en particular de la determinación del tribunal competente, las reglas en uno y otro caso, son diferentes. Para comprender mejor este planteamiento, recordemos brevemente los criterios de jurisdicción para la sucesión, para luego centrarnos en el justificativo para perpetua memoria.

A. Criterios de jurisdicción en materia de sucesiones

En materia de sucesiones, el Derecho internacional privado venezolano cuenta con normas en el Código Bustamante[23] y en la Ley de Derecho Internacional Privado. En el caso del Código Bustamante, el artículo 327 dispone que "[e]n los juicios de testamentaría o ab intestato será juez competente el del lugar en que tuvo el finado su último domicilio"[24].

La elección de un elemento personal para determinar la jurisdicción en materia de sucesiones denota la aceptación del principio de unidad y universalidad de las mismas, separando esta especial situación jurídica de la regulación de los bienes individualmente considerados. La unidad de la sucesión —afirma Bustamante— obliga a mantener para el procedimiento la unidad del juicio sucesorio[25]. En efecto, el principio de la unidad, aplicado en materia de sucesiones, "desplaza el énfasis del elemento real de la sucesión (la transferencia de la propiedad de los bienes del causante a sus herederos y legatarios), al elemento personal de la sucesión (la continuación de la personalidad del difunto a través de sus herederos)"[26].

Ahora bien, el último domicilio del causante constituye un foro razonable, pues se presume que se trata del lugar en que el *de cuius* tiene su patrimonio[27], así como denota un lugar relevante acerca de los actos de última voluntad. Este foro favorece, además, el buen desarrollo

---

[23] Gaceta Oficial No. 17.698, 9 de abril de 1932.

[24] Tengamos en cuenta que, en el ámbito del Derecho de familia, es frecuente el recurso a criterios atributivos de jurisdicción de carácter subjetivo, es decir, referidos a las personas. La razón principal de este predominio de los criterios subjetivos sobre los objetivos es que en esta materia no se suele discutir sobre una relación jurídica simple —un daño, un contrato, un derecho real sobre un bien— sino que más bien suele discutirse sobre cuestiones que determinan el llamado estatuto personal. De manera que lo importante es la posición del sujeto frente a sus relaciones familiares. Ver, en este sentido: Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*…, ob. cit., pp. 157-158.

[25] "…la herencia resulta, mientras los sucesores no empiezan a poseerla, algo dotado de personalidad propia, que ficticiamente prolonga la del causante. Por eso debe radicar donde el causante radicaba, o sea en su domicilio". Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Cultural, S.A., 3ª ed., 1947, T. III, p. 90.

[26] D'Onza García, 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, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 118, pp. 95 ss., especialmente p. 98.

[27] Bustamante reconoce que la actividad económica del *de cuius* está "naturalmente concentrada" en su domicilio. Ver: Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado*…, ob. cit. T. III, p. 90.

del proceso, la obtención de pruebas, la ejecución de la decisión, las medidas cautelares y la administración de los bienes que forman parte integrante de la universalidad, entre otras situaciones relacionadas con la misma[28].

Debemos considerar, a los efectos de la aplicación del citado artículo, que de conformidad con el artículo 11 de la Ley de Derecho internacional privado venezolana, el cual resulta aplicable a la interpretación del Código Bustamante en virtud del artículo 15 de la propia Ley[29], el domicilio de las personas físicas se encuentra en el lugar en que éstas tienen su residencia habitual. A pesar de que parte de la doctrina estima que la residencia constituye un criterio fáctico que, por ello, no requeriría calificación[30], nosotros hemos admitido, en otras oportunidades, la necesidad de determinar lo que ha de entenderse por residencia habitual, para lo cual resultan de gran utilidad los elementos temporal e intencional contenidos en el aparte único del artículo 23 de la propia Ley[31].

Ahora bien, en el ámbito de la Ley de Derecho internacional privado, además del criterios general del domicilio del demandado consagrado por el artículo 39, en los casos de acciones relativas a universalidades de bienes, entre las que se incluyen las sucesiones, ha de considerarse el artículo 41 de la Ley. Esta norma establece dos criterios de jurisdicción: el principio del paralelismo y el lugar de ubicación de bienes que formen parte de la sucesión[32].

El primero de los criterios mencionados —el principio del paralelismo— hace depender la jurisdicción de los tribunales venezolanos de la aplicación, al fondo de la controversia, del Derecho venezolano. De allí su nombre, pues ubica en paralelo al Derecho aplicable y al tribunal competente, con lo cual el juez competente resulta aplicando su propio Derecho. El criterio del paralelismo rompe, de alguna manera, la separación harto reconocida entre la jurisdicción y el Derecho aplicable.

---

28 Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*. Madrid, Civitas, 3ª ed., 2004, pp. 423-424.

29 A pesar de algunas opiniones en contra (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, TSJ, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 147 ss. Ver también, del mismo autor, Domicilio a los fines de la *cautio iudicatum solvi*, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 189 ss.), la calificación contenida en esta norma es aplicable a todo el sistema de Derecho internacional privado y no solo a la Ley. Ello en virtud del artículo 15 de la propia Ley. Ver: Maekelt, Tatiana y Haydée Barrios, Derogatoria del artículo 36 del Código Civil ante la vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje, No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 297 ss.

30 Barrios, Haydée, Del domicilio, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, pp. 41 ss., especialmente p. 42. En sentido similar: 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. 64.

31 Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Serie Trabajos de Grado, No. 2, 2004, p. 84.

32 Corte Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia 1 de noviembre de 1990, en: Pierre Tapia, Oscar, *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 1990, No. 11, pp. 242-244.

Ahora bien, el artículo 41.1 de la Ley remite, para el funcionamiento del criterio del paralelismo, a las normas venezolanas de conflicto. Así, siendo esta norma aplicable, tal como hemos afirmado, a los casos de sucesiones, es necesario que el juez aplique el artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma que dispone la aplicación del Derecho del domicilio del *de cuius*, con lo cual si el causante tuvo su último domicilio en Venezuela, sus jueces serán competentes para conocer y decidir todo lo relativo a la sucesión.

El segundo criterio es el lugar de ubicación de bienes que formen parte integrante de la sucesión. Al consagrar este criterio atributivo de jurisdicción, el legislador no distingue la naturaleza, cantidad o valor económico de los bienes, conformándose, simplemente con la ubicación en Venezuela de bienes que formen parte integrante de la universalidad. Este criterio, calificado como útil y necesario por Hernández-Bretón[33], podría conducir a un foro exorbitante, cuando los bienes ubicados en Venezuela no fueren representativos de la universalidad de que se trate.

B. Criterios de jurisdicción para el justificativo para perpetua memoria

A pesar de que es común encontrar referencias doctrinarias a la dificultad de establecer criterios de jurisdicción unitarios para los actos de jurisdicción voluntaria, debido a la heterogeneidad de los supuestos que son incluidos en esta categoría[34], pues en la misma estarían incluidos desde actos en que el juez despliega una real actividad jurisdiccional, hasta otros en los que despliega una labor meramente homologadora, probatoria, cautelar o incluso ejecutiva[35], el Código Bustamante, aceptando en ellos cierto carácter jurisdiccional, establece criterios atributivos para la jurisdicción voluntaria y establece una distinción, según se trate de actos civiles o comerciales.

En efecto, para los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil "y salvo también el caso de sumisión y el derecho local", será competente el juez del lugar en que tenga o haya tenido su domicilio, o en su defecto, la residencia, la persona que los motive (art. 330). Por su

---

[33] Hernández-Bretón, Eugenio, Acciones sobre universalidades de bienes. Artículo 41. En: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 1015 ss., especialmente p. 1018.

[34] Así lo reconoce Barrios, quien en su trabajo sobre la jurisdicción voluntaria afirma: "En materia civil, podemos mencionar entre otras: la adopción, el nombramiento de tutores, los depósitos de personas, la protocolización de testamentos, las informaciones para la dispensa de ley y **las de perpetua memoria**, la enajenación de bienes de menores e incapacitados, las medidas para la administración de los bienes del ausente, las subastas judiciales voluntarias, la posesión judicial en los casos que no procede el interdicto de adquirir, el deslinde y el amojonamiento, los prorrateos de foro. En materia de comercio puede acudirse a la jurisdicción voluntaria para el depósito y reconocimiento de efectos, embargo y depósito provisional de letras de cambio, calificación de averías, descarga de efectos, fianzas de cargamento, enajenación urgente de efectos y otras actuaciones perentorias, nombramiento de árbitros y peritos, etc." (resaltado nuestro). Ver: Barrios, La jurisdicción voluntaria…, ob. cit., p. 830.

[35] Así lo entienden Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, quienes ante el silencio del sistema español, recomiendan que la conexión se resuelva según la naturaleza y función de cada procedimiento. Ver: Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*…, ob. cit., p. 84.

parte, "[r]especto de los actos de jurisdicción voluntaria en materia de comercio y fuera del caso de sumisión y salvo el derecho local, será competente el juez del lugar en que la obligación deba cumplirse o, en su defecto, el del lugar del hecho que los origine" (art. 332). A los efectos de estas líneas nos limitaremos al análisis del artículo 330, pues los actos mercantiles de jurisdicción voluntaria escapan al ámbito material de la misma.

Bien, entendiendo que entre los actos de jurisdicción voluntaria en materia civil se encuentran aquellos que tienen por objeto dar a ciertas relaciones civiles la solemnidad y autenticidad que supone la intervención de los tribunales —la declaración de únicos y universales herederos, por ejemplo— y aquellos en los que se busca suplir con la intervención judicial determinadas incapacidades —autorización para disponer de los bienes propiedad de menores de edad sometidos a patria potestad— es lo "más útil a la vida moderna" el someterlos a los jueces del domicilio o, en su caso, de la residencia del interesado[36], sin descartar, desde luego, que los interesados puedan someterse voluntariamente a la jurisdicción de un tribunal distinto.

Desde luego, el domicilio ha de ser entendido como el lugar en el cual el *de cuius* tuvo su última residencia habitual. Ello de conformidad con los artículos 11 y 15 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana.

Ahora bien, si en el caso concreto se ven involucrados ordenamientos jurídicos de Estados no partes en el Código Bustamante, por lo que no resultaría aplicable, de conformidad con el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado, habría que recurrir a la legislación interna, pero nuestra Ley de Derecho internacional privado no contiene criterios de jurisdicción para los casos de jurisdicción voluntaria. La situación se agrava por el hecho de que la doctrina —y nosotros también lo hemos entendido así[37]— ha afirmado que, en materia de determinación de la jurisdicción, no existen lagunas que permitan el recurso a la analogía o a los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados[38] que permitieran, por ejemplo, recurrir a las normas del Código Bustamante.

La laguna que se plantea en este caso, habría de llenarse con las normas sobre competencia territorial interna. Así se ha aceptado, particularmente, desde la decisión de la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, dictada en fecha 27 de mayo de

[36] Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho internacional privado*…, ob. cit., T. III, p. 92.
[37] Madrid Martínez, Claudia, Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, 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. 99 ss., especialmente p. 101.
[38] Hernández-Breton, Eugenio, Modificación de la competencia procesal internacional directa por razón de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos), en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1991, No. 43, pp. 216 ss., especialmente p. 235. Trabajo reproducido en el *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2020, No. 2, pp. 531 ss., disponible en: https://bit.ly/3Me5011

1993[39], en la cual se afirmó que las normas que delimitan la jurisdicción y la competencia territorial interna desempeñan funciones de naturaleza totalmente diferente. Las primeras delimitan las competencias de los órganos judiciales de un determinado Estado, considerados en su conjunto; las segundas distribuyen entre los órganos judiciales singulares de cada Estado las *litis* que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidas a la misma.

Las normas sobre la competencia interna —continúa la Sala— solo son aplicables si previamente se resuelve, de manera afirmativa, el problema de la jurisdicción. De manera que, en aquellos sistemas que disponen de normas expresas delimitadoras de la jurisdicción, es técnicamente inadmisible delimitarla con cualesquiera otras normas no expresamente destinadas a cumplir tal función. Sólo en ausencia de normas sobre la jurisdicción se podría recurrir a las normas de competencia territorial interna.

El problema es que nuestro Código de Procedimiento Civil tampoco dispone de normas sobre competencia territorial para los casos de jurisdicción voluntaria, ni en la regulación de la competencia territorial interna (arts. 40 a 47), ni al regular la propia jurisdicción voluntaria (arts. 895-902). En este último caso se limita a resolver una especie de conflicto de competencias, al disponer, en el artículo 897, que "[s]olicitada a un Juez una determinación sobre jurisdicción voluntaria, no puede ser sometida a la consideración de otro Tribunal".

Por su parte, la Resolución 2009-0006, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se modifican a nivel nacional, las competencias de los Juzgados para conocer de los asuntos en materia Civil, Mercantil y Tránsito, de fecha 19 de marzo de 2009[40] —modificada solo respecto de la cuantía por la Resolución 2018-0013[41]—, dispone en su artículo 3:

> Los Juzgados de Municipio conocerán de forma exclusiva y excluyente de todos los asuntos de jurisdicción voluntaria o no en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, **según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio**, y en cualquier otro de semejante naturaleza. En consecuencia, quedan sin efecto las competencias designadas por textos normativos preconstitucionales. Quedando incólume las competencias que en materia de violencia contra la mujer tienen atribuida (resaltado nuestro).

Esta norma no establece criterios de competencia territorial, limitándose a referir la competencia de los tribunales de Municipio y remitiendo a las "reglas ordinarias" para ordenar lo relativo al territorio, las cuales no existen, como hemos afirmado, en materia de jurisdicción voluntaria. Con lo cual, la determinación de la jurisdicción sigue estando en manos del juez,

---

[39] Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 212, 27 de mayo de 1993, en: *Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1993, Tomo 125, pp. 622-626.
[40] Publicada en la Gaceta Oficial No. 39.152, 2 de abril de 2009.
[41] Publicada en la Gaceta Oficial No. 41.620, 15 de abril 2019.

quien en su análisis suele atender, principalmente, a la nacionalidad del solicitante. Criterio que, debemos aclarar, no es utilizado por las normas venezolanas de Derecho internacional privado, pero que en esta materia en particular ha resultado de general aceptación por los tribunales venezolanos.

Lo que sí resulta de suma importancia en la función del juez en esta materia —y así lo hemos afirmado al inicio de estas líneas—, ha sido la aceptación de la distinción entre su actuación al emitir el justificativo para perpetua memoria declarando quiénes son los únicos y universales herederos y el tema de la sucesión propiamente dicha. De hecho, así fue aceptado por un tribunal de instancia en el Zulia en abril de 2012[42], en una decisión en la cual admitió tener jurisdicción para emitir una declaración de únicos y universales herederos en un caso en el que el último domicilio del *de cuius* estuvo en Alemania, lugar donde se abriría la sucesión.

En este caso se trató de una apelación contra la sentencia del tribunal de Municipio en la que se negó la solicitud, alegando que, de conformidad con el artículo 993 del Código Civil venezolano, "[l]a sucesión se abre en el momento de muerte y en el lugar del último domicilio del de cujus", por lo que, estando tal lugar en Alemania, "…resulta obligatorio para este Juzgado negar la solicitud de declaración de únicos y universales herederos… Así se decide".

La sentencia de apelación comenzó por afirmar que, en efecto, la apertura de la sucesión es el momento que determina el inicio de la transmisión de los derechos de la persona que muere a sus herederos o causahabientes.

> Sus efectos están dirigidos a determinar la competencia del juez en cuanto a las causas que se originan de la sucesión, la determinación de la aceptación de la herencia, y la publicación del testamento, de allí la importancia del lugar del último domicilio del de cujus a que se refiere el artículo 993 del Código Civil…
>
> La declaración de únicos y universales herederos, por su parte, es
>
> …una providencia judicial (justificativo de perpetua memoria) en la que **se determinará si un venezolano tiene condición de heredero o no**, conforme al análisis de los hechos concretos que se evalúan, lo que se genera con el fin de constituir una resolución que puede ser necesaria para cumplir otros actos o para realizar válidamente alguna actuación posterior.

En la frase resaltada por nosotros se nota la admisión de la nacionalidad como criterio para afirmar la jurisdicción del tribunal para hacer la declaración de únicos y universales herederos.

[42] Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, sentencia No. S2-086-12, 10 de abril de 2012 (*Emil Johan Peter Herrmann Belloso en apelación*), en: https://bit.ly/3nY41Kh

III. Un par de casos

Esta no ha sido, lamentablemente, una posición unánime y pacífica en nuestra jurisprudencia. Por ello, vale la pena mirar de cerca un par de casos, en los que se tomaron caminos muy diferentes. Veamos.

A. Filiación homoparental y condición de heredero a partir de la partida de nacimiento

El 15 de diciembre de 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano decidió una acción de amparo constitucional a través de la cual reconoció la filiación de un niño en el seno de una familia homoparental[43]. Es quizá esta la parte más interesante de la decisión[44], sin embargo, en el curso de su decisión, la Sala Constitucional dejó plantada la confusión entre las declaratoria de únicos y universales herederos y la sucesión.

La historia comienza con dos venezolanas que contrajeron matrimonio en Argentina y realizaron, en Venezuela, un procedimiento de ovodonación. Una de ellas donó su óvulo fecundado in-vitro a la otra, quien llevó el proceso de gestación hasta el nacimiento del niño, lo cual ocurrió en Argentina. Los tres regresaron a Venezuela e intentaron la inserción de la partida de nacimiento del niño ante la Oficina Nacional de Registro Civil, solicitando, además del reconocimiento de la filiación, el reconocimiento de la nacionalidad venezolana del niño, por ser hijo de dos venezolanas por nacimiento. Antes de conocer la decisión, una de ellas fue asesinada en Caracas.

Según se lee en el texto de la sentencia,

> [e]n fecha 13 de abril de 2015, la Oficina Nacional de Registro Civil, mediante respuesta con el No. ONRC/2056/2015, establece que efectivamente (…) es venezolano y considera procedente la expedición del Acta de Nacimiento por parte del Registro Civil venezolano, condicionando la misma, al desconocimiento de la relación de parentesco de una de las dos madres, estableciendo que la legislación venezolana no contempla o permite la doble filiación materna o paterna (…) insistiendo que el Acta de Nacimiento presentada, no hace mención a quién dio a luz al niño, por lo que procedió a solicitar mediante el Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores y representación diplomática venezolana en la República Argentina, documento que demostrara lo requerido, estableciendo la misma Oficina Nacional de Registro Civil que el vínculo filial materno que debía asentarse en el Acta de Nacimiento que se expida, es el de una sola madre (…), desconociendo así la doble maternidad del niño (…).

---

[43] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1187, 15 de diciembre de 2016, (*Migdely Miranda Rondón en amparo*), en: https://bit.ly/3pl0wxS

[44] Ver comentario en: Hernández-Bretón, Eugenio, La fractura de la familia venezolana ante el Derecho internacional privado, en: *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2019, No. 1, pp. 249 ss., especialmente pp. 266-269. Disponible en: https://bit.ly/3VUBjqh

En fecha 16 de abril de 2015, el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes declaró que el acto jurídico celebrado entre las dos ciudadanas venezolanas, es válido únicamente en la República Argentina; y que la única filiación reconocible para el Derecho venezolano es la existente entre el niño y quien lo dio a luz.

En relación con la sucesión de la madre fallecida, la propia decisión de instancia afirmó, incurriendo en la señalada confusión, que habiendo estado su último domicilio en Venezuela, tal como consta en el Acta de Defunción, la sucesión referida debe llevarse en concordancia con las leyes venezolanas, por lo que

> la Declaración como Único y Universal Heredero (…) como hijo (…), no es procedente, ya que fue reconocido por dicha ciudadana en la ciudad de Argentina, bajo disposiciones legales que (…) discrepan de las venezolanas y a la cual no se le puede otorgar la presunción de maternidad, ya que de los recaudos y dichos, se desprende que no fue la de cuyus (sic) que (sic) alumbró al niño y finalmente decide que los vínculos familiares y conyugales que soportan el pedimento, no son compatibles con la legislación venezolana vigente (…).

Esta decisión fue recurrida a través de un amparo constitucional ante el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, el cual confirmó la decisión anterior en fecha 29 de julio de 2016.

Así, la cónyuge sobreviviente y su hijo intentaron acción de amparo contra las referidas decisiones de la Oficina Nacional de Registro Civil y de los Tribunales de instancia y superior, antes citadas. A pesar de que la Sala Constitucional declara inadmisible el amparo por "inepta acumulación", entra a conocer del caso por razones de orden público[45].

Para decidir, la Sala Constitucional reconoce a la cónyuge que dio a luz al niño como "gestante subrogada", es decir,

> …aquella mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación in vitro por esa otra persona o pareja, con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término, parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja y con intención de entregárselo a éstas.

Como con ella se llevó a cabo el proceso de gestación y se materializó el hecho cierto del parto, la Sala Constitucional reconoce sin problemas la filiación,

> …por cuanto realmente desde el inicio del procedimiento de reproducción asistida nunca hubo tal intención de "entrega del niño" por parte de la gestante subrogada, condición

[45] Apoyándose en decisiones anteriores, la Sala afirma que "…del escrito contentivo de la presente acción de amparo se evidencia que los derechos presuntamente violados afectan no sólo la esfera particular de los derechos subjetivos de los accionantes, sino de un número indeterminado de personas que forman el grupo de LGBT revistiendo tales violaciones el carácter de orden público indicado por la norma, afectando las buenas costumbres. Incluso, en razón de todos los niños, niñas y/o adolescentes, que como hijos /as; de homosexuales o transexuales, tienen derecho a pertenecer a una familia y a gozar de todos los beneficios que esto conlleva".

> que consta en las actas del expediente… lo que esta Sala Constitucional constata es una clara manifestación de voluntad de constituir una familia homoparental con los efectos jurídicos que la misma conllevaría en similares circunstancias a la de una familia tradicional.

Para determinar cabalmente la filiación, la Sala estima el proceso de ovodonación incluyó material genético de la donante. "En consecuencia, genéticamente el niño …, es hijo de la ciudadana … (fallecida), por lo cual tiene el derecho de estar inscrito con los apellidos de sus progenitoras, y así se ordena sea rectificado por la autoridad civil competente. Así se decide".

Ahora bien, en virtud del artículo 75 de la Constitución, "[e]l Estado garantizará la protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia". A partir de esta norma, la Sala entiende que se busca proteger a la familia como "…asociación natural de la sociedad y como espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas". Por tal razón, y de conformidad con el derecho a la igualdad y no discriminación, previstos en el artículo 21 de la Constitución, la Sala reconoció el derecho de maternidad de ambas ciudadanas.

Al respecto, afirma la Sala:

> …la protección del Estado a la familia no se circunscribe tan sólo a la madre o padre, así como tampoco se limita al estado civil de éstos, sino que se extiende a quienes ejerzan la jefatura de la familia, esto en virtud, de que la familia es el centro de gravedad de una serie de disposiciones de mayor importancia, las cuales van desde el derecho reconocido al niño y al adolescente de ser criado y educado dentro de tal familia.
>
> Esta protección del Estado hacia la familia es de suma trascendencia, dado que como hemos venido puntualizando se prioriza la armonía de la relación Familia-Estado para lograr como fin último una estructura ordenada de la organización política, en razón de que lo natural antecede al derecho, y es éste quien finalmente regula y ordena las situaciones dadas por los actos volitivos de la sociedad.
>
> En consecuencia, una lectura acorde con la Constitución, conlleva a una protección del Estado sin distinción a la forma de conformación de la familia, por ello está llamada a incluir a los niños, niñas y adolescentes nacidos en familias homoparentales, siendo estos sujetos de derecho, que gozan de todos los derechos y garantías consagradas a favor de las personas en el ordenamiento jurídico al igual que cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional.

Como consecuencia del reconocimiento de la filiación, la Sala reconoce el derecho del niño a participar en la sucesión de su progenitora fallecida.

> …esta Sala Constitucional evidencia que en la sociedad se han originado ciertas relaciones humanas de las cuales surgen necesidades que han quedado desprovistas de una regulación especial, las cuales han de ser resueltas aplicando disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas; resultando necesario en el presente asunto aplicar los valores superiores del ordenamiento jurídico y principios generales del derecho, para resolver en derecho el hecho partiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad.

En efecto,

> …uno de los fines supremos es establecer un Estado en el cual se asegure la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, desde un punto de vista multiétnico y pluricultural; procurando privativamente el bien común, la integridad territorial, la convivencia y éstas sólo tendrán posibilidades reales de cumplimiento dignificando a aquellos cuya situación de hecho no han encontrado bajo regulaciones preconstitucionales la efectiva protección, que en la Constitución de 1999, esta Sala Constitucional en aplicación de la misma está llamada a garantizar a todos los venezolanos y venezolanas sin ninguna distinción, máxime cuando el órgano legislativo nacional llamado a legislar sobre esta materia de trascendencia social se encuentra al margen del Estado de Derecho, por el manifiesto y continuo desacato a las decisiones de esta máxima instancia judicial, evidenciando una omisión en relación con el tema.

Respecto de la declaración del niño como heredero, la Sala considera la partida de defunción de la madre y,

> como máxima instancia de la jurisdicción constitucional, llamada a garantizar los derechos constitucionales ya indicados, declara procedente la inclusión del niño involucrado en el presente asunto en la Declaración Únicos y Universales Herederos, en virtud del reconocimiento que hace esta Sala Constitucional de la filiación biológica y por ende la filiación materna con el mismo.

Por tales razones, sin hacer alusión alguna a la internacionalidad de la relación y a las normas de Derecho internacional privado, la Sala anula las decisiones anteriores y reconoce la filiación del niño, ordenando la inserción de la partida de nacimiento emitida por autoridades argentinas en el registro civil venezolano.

Solo en el voto salvado se hacen ciertas alusiones bastante particulares al sistema de Derecho internacional privado, con el objeto de sustentar la inadmisibilidad del recurso de amparo. Así, se sugiere la existencia de un fraude a la Ley por hecho de que las ciudadanas venezolanas se hayan trasladado a Argentina para contraer matrimonio, siendo Venezuela mantiene la prohibición al matrimonio homosexual. A pesar del fraude que anuncia el magistrado disidente, cita el artículo 5 de la Ley de Derecho internacional privado que consagra el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente adquiridas conforme a un Derecho extranjero. Además, cita el artículo 9 del Código Civil, norma que ha sido derogada por la Ley de Derecho internacional privado y que disponía la aplicación de la Ley nacional al estado y capacidad de las personas.

En todo caso, con sus falencias —por ejemplo, no se hace mención alguna al matrimonio válidamente celebrado en Argentina—, este fallo constituye una importante decisión que, de alguna manera rompe el silencio del sistema venezolano ante una realidad a la que no puede seguir dando la espalda.

B. Recurso a los criterios de jurisdicción de la Ley de Derecho internacional privado

En fecha 8 de diciembre de 2021, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia dictó una sentencia mediante la cual decidió una consulta de jurisdicción, planteada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y Marítimo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón, el cual declaró la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos frente al juez extranjero, para emitir una declaración de únicos y universales herederos[46].

La procedencia de la consulta obligatoria por la declaratoria de la falta de jurisdicción frente al juez extranjero, tuvo su fundamento en el artículo 57 de la Ley de Derecho internacional privado. Sin embargo la Sala hace más bien referencia a los artículos 59 y 62 del Código de Procediendo Civil, siendo que la primera de las norma citadas se entiende derogada, respecto de la fala de jurisdicción frente al juez extranjero, por la Ley de Derecho internacional privado.

Bien, se trató en este caso de la solicitud presentada por María Teresa Quintas Ares, para que ella y sus cinco hijos fueran declarados únicos y universales herederos de su esposo, fallecido en España, donde él y su familia tenían su domicilio. Esta solicitud se hace a los efectos de la tramitación de la pensión de sobrevivientes ante autoridades venezolanas.

Así, con fundamento en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil, la solicitante acompañó su escrito del acta de matrimonio; el acta de nacimiento de los hijos comunes, las cédulas de identidad del causante, de la solicitante y de sus hijos, y, la certificación literal de defunción asentada en el Registro Civil español, debidamente apostillada. Ante la solicitud, el tribunal de instancia, invocando el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, declaró improcedente la solicitud con fundamento en el artículo 993 del Código Civil, norma de conformidad con la cual, según hemos afirmado *supra*, la sucesión debe abrirse en el lugar del último domicilio del causante.

La solicitante apeló la decisión y el tribunal de instancia oyó la apelación en ambos efectos y remitió el caso al tribunal superior, el cual declaró sin lugar la apelación ejercida, anuló el fallo recurrido y declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial venezolano respecto del juez extranjero. Para llegar a esta conclusión, el tribunal superior descartó la aplicación del Código Bustamante puesto que no está vigente frente a España, y luego afirmó que la Ley de Derecho internacional privado no tiene normas para determinar la jurisdicción en casos de jurisdicción voluntaria.

[46] Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 0383, 8 de diciembre de 2021, (*María Teresa Quintas Ares en consulta de jurisdicción*), en: https://bit.ly/3BiIrU1

Sin embargo, inexplicablemente, el tribunal aplicó el artículo 34 de la Ley, que es una norma sobre Derecho aplicable y que nada tiene que ver con la jurisdicción. A partir de este artículo, que ordena la aplicación a la sucesión del Derecho del domicilio del causante, afirmó el tribunal que "puede colegirse que tratándose el presente caso de una solicitud de declaración de únicos y universales herederos, ésta debe ser tramitada por el domicilio del causante que es la Provincia de Almería - España".

Al declarar la falta de jurisdicción frente al juez extranjero, el tribunal remitió el expediente a la Sala Político-Administrativa, vía consulta obligatoria para que esta se pronuncie sobre el asunto. Al decidir, la Sala empezó por cuestionar la actuación de los tribunales involucrados en la causa, considerando que

> actuaron de forma negligente en detrimento de la parte solicitante y haciendo caso omiso de las normas procesales vigentes; por lo que, se hace un llamado de atención a ambos profesionales del derecho, para que en lo sucesivo eviten realizar tales actuaciones que van en perjuicio de los justiciables y de la respetabilidad del Poder Judicial.

Luego, "en aras de dar celeridad procesal al presente asunto", la Sala pasa a decidir la consulta de jurisdicción.

La Sala reconoce que se trata de un caso de jurisdicción voluntaria, de manera

> que no tiene carácter contencioso ya que su tramitación no presupone una reclamación de obligaciones de contenido patrimonial o de división y liquidación de algún conjunto de bienes o partes del mismo, por lo que, en principio, no existe una contraparte frente a la cual sea necesario hacer valer una exigencia o derecho adquirido. (*Vid*., sentencia de esta Sala número 00086 del 21 de febrero de 2019).

Es una situación, afirma la Sala, con elementos de extranjería, lo cual impone su análisis a la luz del sistema de Derecho internacional privado considerando, en particular, las fuentes consagradas por el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado, de manera que, no habiendo tratado alguno entre España y Venezuela que regule la materia, es necesario el examen de las normas de Derecho internacional privado venezolano a los fines de la determinación de la jurisdicción.

No obstante, tal como hemos afirmado a lo largo de este trabajo, la Ley de Derecho internacional privado no establece criterios para la determinación de la jurisdicción voluntaria, pues los criterios de jurisdicción contenidos en este instrumento están referidos a casos de "juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, así como las causas intentadas contra personas domiciliadas en el exterior". Por tal razón, la Sala se impone el "el análisis de la presente causa a la luz de la analogía, conforme a las fuentes del derecho mencionadas *supra*".

De todos los criterios contenidos en la Ley, y a pesar de no manifestarlo de manera expresa, la Sala aplicó el criterio de la sumisión a los tribunales venezolanos, contenido en el artículo 42.2 del citado instrumento normativo. Esta norma establece los criterios de jurisdicción para los casos de acciones relativas a cuestiones de estado y relaciones familiares, y condiciona el funcionamiento de la sumisión a la existencia de una vinculación efectiva con el territorio de la República. El establecimiento de este requisito adicional obedece, en nuestra opinión, a la limitada función que en materia de estado y relaciones familiares se acostumbra a dar a la autonomía de la voluntad[47].

Específicamente se refiere la Sala a la sumisión tácita entendida, en los términos del artículo 45 *eiusdem*, respecto del demandante por la interposición de la demanda y, en cuanto al demandado, por el hecho de contestar la demanda sin alegar la falta de jurisdicción del tribunal u oponerse a una medida preventiva.

Respecto de la vinculación efectiva, tradicionalmente, la doctrina ha entendido que debe tratarse de "circunstancias fácticas que realmente vinculen a los litigantes con el territorio venezolano", tales como el lugar de celebración del matrimonio, el hecho de haber estado la pareja domiciliada en Venezuela, tener hijos en Venezuela, tener bienes en el territorio de la República, entre otras[48]. De manera similar, nuestra jurisprudencia ha admitido circunstancias tales como el domicilio del demandante; el lugar de celebración del matrimonio; el hecho de haber estado los cónyuges domiciliados en Venezuela; el hecho de poseer bienes en el territorio de la República; la nacionalidad venezolana de los litigantes[49]; etc.

En este caso concreto, la Sala afirmó que, aun cuando el domicilio de la solicitante y del causante al momento de su fallecimiento, están en España, la solicitud se hace a los efectos de tramitar la pensión de sobrevivientes ante autoridades venezolanas, lo cual "evidencia la sumisión de la peticionante a la jurisdicción de los tribunales venezolanos por vinculaciones efectivas con el territorio de la República". Por tal razón, afirma la Sala que el poder judicial venezolano sí tiene jurisdicción para conocer de la solicitud y, de ser el cao, emitir la correspondiente declaración y, en consecuencia, se revoca la decisión dictada por el tribunal superior.

No justifica sin embargo la Sala por qué aplica precisamente el criterio de la sumisión con vinculación. Tal vez la razón sea que la calificación de una persona como heredero se vincula a su estado y, por ello, resultaría de aplicación el artículo 42 de la Ley. En todo caso,

---

47 Madrid Martínez, Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado…, ob. cit., pp. 163-164.

48 Hernández-Breton, Eugenio, Acciones sobre estado y relaciones familiares. Artículo 42, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Universidad Central de Venezuela, 2005, T. II, pp. 1021 ss., especialmente p. 1022.

49 Ver: Madrid Martínez, Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho internacional privado…, ob. cit., pp. 163-164, y la jurisprudencia citada.

tengamos en cuenta que no es esta una cuestión sencilla pues —ya lo hemos afirmado *supra*— generalmente se admite que la determinación de la jurisdicción, por sus características no admite recurso a la analogía, con lo cual, la laguna que se plantea en este caso, y que habría de llenarse con las normas sobre competencia territorial interna, tampoco encuentra respuesta por esa vía.

Una breve conclusión

La masiva migración que vive hoy Venezuela es caldo de cultivo para relaciones de carácter internacional y, sobre todo, situaciones de internacionalidad que impactan en última instancia a la familia. Pensando en la internacionalización de la vida de la familia, hemos elegido un tema que no ha recibido un tratamiento uniforme de parte de nuestros tribunales, queriendo dejar en claro, para futuros casos, que aunque los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para adelantar un procedimiento de jurisdicción voluntaria mediante el cual se hace la declaración de únicos y universales herederos, ello no se traduce, necesariamente, en la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de la sucesión. Tampoco puede llegarse a semejante conclusión en sentido contrario, de manera que conociendo los tribunales venezolanos de la sucesión, pueden estos admitir documentos extranjeros en los que conste la condición de herederos.

VI. Nuestros Clásicos

Orden público internacional y divorcio vincular*

Joaquín Sánchez Covisa

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 465-500.

I. Introducción

A. La cláusula de orden público

Entendemos por cláusula de reserva o de orden público internacional el principio por el cual se excluye la aplicación de una ley extranjera competente cuando su aplicación resulta manifiestamente incompatible con los principios esenciales de la ley del juzgador (*lex fori*)[1].

A la luz de ese concepto, que proviene de las indelebles enseñanzas de Savigny[2] y que puede hoy considerarse *consensus omnium* en la doctrina internacional-privatista[3], el orden público internacional exige ineludiblemente dos requisitos.

Requiere, en primer lugar, que, de acuerdo con la norma de derecho internacional privado del juez, sea competente un derecho extranjero para la apreciación de determinado supuesto.

Requiere, en segundo lugar, que la aplicación del derecho material extranjero produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales de la *lex fori*.

---

* Publicado en: *Libro-Homenaje a Lorenzo Herrera-Mendoza*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, Tomo I, pp. 82-180; y en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Contraloría General de la República, 1976, pp. 441-502.

[1] A pesar de que creemos preferible el término "cláusula de reserva" (*Vorbehaltsklausel*), creado por la doctrina germánica, porque configura mejor el sentido de la institución, utilizamos en estas líneas el término de "orden público internacional", "orden público absoluto" o cuando no haya lugar a confusiones, simplemente "orden público", porque son los que se han generalizado en los países latinos y en general en los sistemas jurídicos del grupo romano-francés.

[2] Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Darmstadt. Hermann Gentner Verlag, 2. Auflage, 1956, Tomo VIII, § 349.

[3] Señalemos, a título de simple ejemplo, en la doctrina francesa: Niboyet, Jean Paulin, *Cours de Droit international privé français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, Nos. 504 ss.; Batiffol, Henry, *Droit international privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, Nos. 354 ss.; Lerebours Pigeonniere, Paul, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, No. 378. En la doctrina italiana: Balladore-Palliere, Giorgio, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1946, No. 33; Morelli, Gaetano, *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, Jovene, 1952, Nos. 47 ss.; Fedozzi, Prospero, *Il Diritto Internazionale Privato, Teoria Generale e Diritto Civile*, Padova, CEDAM, p. 285. En la doctrina germánica: Wolff, Martin, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Springer, 1933, § 14; Raape, Leo, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1961, § 13; Kegel, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, § 16; Niederer: *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Schulthess, 1956, § 42. En la doctrina angloamericana, dentro del enfoque peculiar del *common law*. Cheshire, D.C.L., *Private International Law*, London, Clarendon Press, Oxford University Press, 1957, pp. 54 ss.; Graveson, Ronald Harry, *The conflict of laws*, London, Sweet and Maxwell, 1965, pp. 483 ss.; Goodrich, Herbert F., *Handbook of the Conflict of laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1938, 1.11; Schmitthof, Clive, *English Conflicts of laws*, London, Pitman, 1948, pp. 54 ss. En la doctrina española: Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1966, Tomo I, pp. 352 ss.: Aguilar Navarro, Mariano, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Artes Gráficas, 1964, Vol. I, Tomo II, pp. 145 ss. En la doctrina latinoamericana: Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1955, Nos. 371 ss.; Goldschmidt, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, Tomo I, pp. 441 ss. En relación con la URSS y los países europeos del Este, véase, en análogo sentido, pese a las diferentes repercusiones prácticas del concepto, Szaszy, Istvan, *Private International Law in the European People's Democracies*, Budapest, Akademiai Kiado, 1964, Ch. VIII.

Cuando falta el primer requisito, esto es, cuando la *lex fori* es la única que tiene competencia —como ocurre, por ejemplo, en materia procesal, penal o administrativa—, no nos encontramos ante un caso de orden público, sino de aplicación pura y simple de la *lex fori*, como ley competente para conocer de la correspondiente relación. Si hemos de evitar inútiles confusiones, no debemos hablar en tal caso de orden público internacional, aunque así lo hicieren en su tiempo, los autores de la escuela de Mancini[4] y aunque así lo haya recogido, por influencia de esa escuela, el articulado del Código Bustamante[5].

Cuando falta el segundo requisito, no hay lugar a excluir la aplicación del derecho extranjero, a pesar de que el contenido de la norma extranjera competente sea distinto o contrario a la ley material imperativa del foro, esto es, al orden público interno del sistema del juez. Si desconocemos este requisito, confundiendo el orden público internacional con el orden público interno, corremos el riesgo de destruir el contenido y los valores del sistema conflictual. Transformamos así al orden público internacional, de acuerdo con el expresivo término del juez inglés Burrough, en un peligroso caballo desbocado. Una vez montados en él, no sabemos dónde nos puede arrastrar[6].

B. Planteamiento del orden público en el divorcio

La cláusula de reserva o de orden público internacional se presenta, en consecuencia, en la disolución del matrimonio por divorcio, cuando, de acuerdo con la norma de conflicto del juez, tiene competencia una ley material extranjera para apreciar la procedencia y causas del divorcio, y cuando, a pesar de ello, se excluyen las disposiciones de la ley extranjera porque resultan manifiestamente incompatibles con los principios esenciales de la *lex fori*.

---

[4] Citemos, como ejemplo representativo, la obra clásica de Weiss, en la cual se define a las leyes de orden público internacional como "las leyes de interés general que se imponen siempre a su observancia sobre el territorio en que han sido dictadas" (*Manual de Derecho internacional privado*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêtes, 1912, Tomo I, p. 565). La distinción usual entre el efecto negativo y el efecto positivo del orden público, aunque perfectamente útil desde el punto de vista didáctico, ha contribuido a esa confusión. En efecto, el efecto positivo tiende no pocas veces a sugerir que el orden público se aplica *per se*, sea o no competente la ley extranjera.

[5] El artículo 3 del Código Bustamante, que clasifica las leyes vigentes en cada Estado en leyes personales o de orden público interno, leyes territoriales, locales o de orden público internacional, y leyes voluntarias o de orden privado, considera leyes de orden público internacional, que denomina también, como vemos, locales o territoriales, a aquellas que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales. Ese criterio crea a lo largo del Código una constante indeterminación. Cuando el Código habla de ley local o de orden público internacional, ¿debe entenderse que se trata de principios en los cuales la *lex fori* excluye a la ley extranjera competente, o debe entenderse que se trata de la aplicación de la *lex fori* en cuanto única ley competente cuando el asunto está vinculado con el territorio del juez? Por otra parte, el propio Código confiesa implícitamente la insuficiencia de esa clasificación tripartita cuando se ve obligado a recurrir a otros conceptos, como por ejemplo, "ley de la situación" (arts. 105, 114, 227), "ley de domicilio conyugal" (art. 52), "ley del primer domicilio matrimonial" (art. 187), "ley del lugar en que se hizo el pago" (arts. 123, 401, 407).

[6] "*…once you get astride of it, you never know where it will carry you*". (*Richard vs. Mellish*, 2 Bing. 229.252.130 Eng. Rep. 294.1824) citado por Nussbaum, Arthur, *Grundzüge des Internationales Privatrechts*, München, Beck, 1952, p. 109, y Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado…*, ob. cit., Tomo I, p. 469.

La influencia del orden público puede suscitarse en las dos siguientes oportunidades: en los divorcios decretados por un tribunal nacional y en los divorcios decretados por un tribunal extranjero[7]. En el primer caso, que se encuadra en el problema general de la ley aplicable al divorcio, el tribunal nacional que pronuncia el divorcio ha de apreciar el grado en que puede aplicar las disposiciones de la ley extranjera competente. En el segundo caso, que se inserta en el problema general de la eficacia internacional de las sentencias, el tribunal nacional ha de apreciar el grado en que resultan aceptables las disposiciones aplicadas por el tribunal extranjero que pronunció el divorcio. En las páginas siguientes estudiaremos sucesivamente uno y otro caso.

El tema que contemplamos tiene, como todos los temas de la vida jurídica, inmensas y complejas ramificaciones. A los efectos de limitar el ámbito del presente estudio, hemos de referirnos al planteamiento general de la cuestión en la legislación y jurisprudencia venezolanas. Haremos, sin embargo, referencias al derecho comparado sin cuya consideración es imposible configurar las bases teóricas del problema. Esperamos aportar así una modesta contribución al análisis de algunos temas fundamentales que plantea la teoría del orden público y la institución del divorcio en el derecho conflictual.

II. Divorcio decretado por un tribunal nacional

A. Bases teóricas: justicia conflictual y justicia sustancial

La aplicación de la cláusula de reserva u orden público internacional implica un sacrificio de la justicia conflictual —formal—, que inspira a la norma de derecho internacional privado, en favor de la justicia sustancial o de fondo, que inspira a la norma de derecho material. La justicia conflictual exige, en efecto, que a cada relación jurídica se aplique la ley material del país que, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, tiene competencia para regirla. Ello significa que en tales relaciones, sometidas a un derecho extranjero, deben prevalecer los criterios de justicia contenidos en ese derecho extranjero, aunque sean distintos de los criterios consagrados en el derecho del juez. Ahora bien, cuando esa divergencia es tan grande que implica una absoluta incompatibilidad entre los criterios del derecho extranjero y los principios fundamentales de justicia de la *lex fori*, el juez debe excluir las disposiciones correspondientes del derecho extranjero. Debe excluir, por ejemplo, la ley extranjera que permite contraer matrimonio a un hombre con más de una mujer o que establece diferencias entre las personas

[7] Prescindimos de los casos en que el divorcio es pronunciado por una autoridad no judicial, ya sea mediante una ley del parlamento, como en Irlanda o en Quebec, o con intervención del rey o de un organismo administrativo, como en Dinamarca o Noruega; y de aquellos en que se configura con las características de un acto privado o cuasiprivado, con la eventual intervención de la autoridad administrativa o religiosa, como ocurría en la Rusia Soviética hasta 1936 y como sucede en el derecho hebreo. Por lo demás, los principios generales que exponemos son aplicables, *mutatis mutandis*, a los casos mencionados. Véanse referencias a esos problemas en Wolff, *Private International Law*…, ob. cit., pp. 375 ss.

por razones de raza o religión. En ese conflicto extremo de intereses y valores sucumben los valores del sistema conflictual ante los valores preferentes de la justicia sustancial[8].

La experiencia histórica muestra que el campo del divorcio es uno de los sectores del derecho positivo donde se manifiesta con más frecuencia ese conflicto de valores y donde, en consecuencia, el juez tiende a sacrificar las exigencias de la justicia conflictual, excluyendo las disposiciones de la ley extranjera. Ello se explica sin duda por la profunda significación que tiene la institución matrimonial en las realidades ético-sociales de cada pueblo y por la consiguiente trascendencia que otorga la jurisprudencia a las causas que determinan la disolución del vínculo conyugal.

Los jueces de cada sistema tienden, en efecto, a considerar la enumeración de causas de divorcio contenidas en su propia ley como una especie de *numerus clausus*, que marcaría un límite infranqueable a la disolución del matrimonio. De acuerdo con esa tesis, sólo podría decretarse el divorcio, aun en los casos en que sea competente una ley extranjera, por las causas establecidas en la *lex fori* o que sean claramente equiparables a ellas.

Puede quizás criticarse ese criterio, en cuanto representa una notoria extensión del principio excepcional del orden público y, por ende, un evidente sacrificio de la justicia conflictual. Es, sin embargo, uno de los pocos casos en que esa extensión tiene una visible justificación. Ello es así por tres razones. En primer lugar, el orden público funciona ante una institución de especial trascendencia social, como una especie de defensor del vínculo. Impide así que un matrimonio se disuelva por casos que no estén contemplados en el sistema jurídico donde se decreta el divorcio. En segundo lugar, el hecho de que el divorcio requiera necesariamente, en la mayor parte de los países, la intervención de un órgano judicial, colorea a la institución de un tinte procesal y hace que esa tesis coincida con el principio de que las actuaciones procesales deben estar en todo caso sometidas a las disposiciones de la *lex fori*. Mas, sobre todo, a la luz del ideal fundamental del derecho internacional privado, que es el de unificar internacionalmente el contenido material de las decisiones o evitar, al menos, que en distintos países se dicten soluciones materiales discordantes para un mismo caso, tal aplicación del orden público apenas resulta objetable. La persona que, según la ley extranjera competente, podría obtener un divorcio y por las razones expresadas no lo obtiene, conserva, en efecto, la situación jurídica de casada ante todos los sistemas jurídicos y, tiene, en todo caso, abierta la posibilidad de obtener ese

[8] Neuhaus ha observado acertadamente que a diferencia de lo que ocurre con otros correctivos a la aplicación de Ja ley extranjera que, como la adaptación, tienen un predominante carácter técnico, en el orden público se plantea una decisión entre intereses y valores contrapuestos. (*Interessen oder Wertenscheidungen*). (Neuhaus, Paul Heinrich, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, de Gruyter, 1962, p. 256).

divorcio ante los tribunales del país cuya ley es aplicable al fondo, si tales tribunales poseen competencia internacional para conocer del proceso[9].

B. Ley aplicable al divorcio

La determinación de la ley competente para regir la procedencia y las causas del divorcio puede responder a dos posibles criterios. Puede situar el centro de gravedad de la institución, bien en la autoridad que lo decreta, o bien en la persona de los cónyuges. En el primer caso atribuye competencia a la *lex fori*, esto es, a la ley del tribunal que conoce del juicio de divorcio; y en el segundo, a la ley personal de los cónyuges, ya en su forma de *lex patriae*, o ya en su forma de *lex domicilii*[10].

La primera solución es la que fue sustentada por Savigny[11] y la que prevalece en la tradición y en el espíritu del *common law*. Es por eso la que rige señaladamente en el derecho inglés y norteamericano. Puede en cierto modo estimarse que, de acuerdo con la peculiar configuración histórica del *common law*, las disposiciones relativas al divorcio resultan absorbidas por el aspecto procesal de la institución y quedan en consecuencia sometidas a la ley del juez.

La segunda solución, en la forma de ley nacional (*lex patriae*), es la que difundió la escuela manciniana de la personalidad del derecho y la que propició el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Heidelberg (1887) y de Lausana (1888). Es, en tal sentido, la que se consagra en la mayor parte de los países de Europa continental, como por ejemplo, Francia, Alemania, Suiza y Suecia[12]. Y es la que consagran igualmente los países de Europa Oriental. En su forma de *lex domicilii*, es la que rige en algunos países europeos que conectan el estatuto personal con el domicilio —como Noruega y Dinamarca—, en los países

[9] El doctor Herrera Mendoza no sólo ha mantenido esta tesis en el caso del divorcio, sino que la ha extendido —frente a la solución consagrada en el artículo 47 del Código Bustamante— a la acción de nulidad del matrimonio, para la cual pueden en efecto pregonarse similares argumentos (Herrera Mendoza, Lorenzo, Anotaciones sobre la anulabilidad de matrimonios extranjeros, en: *Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, Emp. El Cojo, 1960, pp. 290 ss.).

[10] Junto a la ley del tribunal (*lex fori*) y a la ley personal de los cónyuges (*lex patriae* o *lex domicilii*), es común citar también, como posible punto de conexión determinante, la ley del lugar de celebración del matrimonio. Esta tesis, que responde a la doble idea de asimilar el matrimonio a una relación contractual y de aplicar la *lex loci* al fondo, disolución y extinción de las obligaciones contractuales, es, desde ambos aspectos, objetable. ¿Tiene, en efecto, algún sentido regir el divorcio por la ley del lugar de celebración del matrimonio, que puede ser en sí mismo perfectamente accidental? Sólo lo tiene cuando esa ley, como ocurre en la mayoría de los casos, coincide con la ley personal de los cónyuges o con la ley del tribunal que decreta el divorcio, mas ello nos sitúa de nuevo frente a los criterios esenciales enunciados en el texto. Sobre el efecto atribuido a la ley del lugar de celebración del matrimonio en los tratados de Montevideo, véase nota 13.

[11] Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*…, ob. Cit., Tomo VIII, § 379, No. 6. Savigny atribuye competencia a la ley del tribunal, porque el elemento moral otorga a las leyes sobre el divorcio un carácter rigurosamente obligatorio. Observa, no obstante, que esa ley coincide con la ley del domicilio del marido, pues allí se coloca la jurisdicción competente para conocer del divorcio.

[12] Un caso especial es el de Bélgica, donde una ley reciente (ley de 27 de junio de 1960) ha sustituido la competencia de la *lex patriae* por la de la *lex fori*, si bien con ciertas concesiones relativas a su compatibilidad con la ley nacional del demandado. (Véase Graulich, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1961, p. 69). La jurisprudencia holandesa se ha inclinado tradicionalmente también, por razones de orden público, a la tesis de la *lex fori*, salvo en el caso de que se trate de países signatarios del Convenio de La Haya. (Véase sentencia de 11 de enero de 1924 del Tribunal del Distrito de Ámsterdam, en: *Journal*, 1925, p. 1.120).

latinoamericanos que aceptan el principio domiciliario, y es también, en tal sentido, la que consagran los Tratados de Montevideo[13].

Ahora bien, teniendo en cuenta que los sistemas que consideran competente a la *lex fori* y aquellos que consideran competente a la *lex domicilii* atribuyen generalmente competencia a los tribunales del domicilio conyugal para decretar el divorcio, resulta que en ambos casos la ley del juez coincide con la ley del domicilio y no es siempre posible determinar si la aplicación de esa ley se está haciendo a título de *lex fori* o a título de *lex domicilii*[14].

Ello implica que las soluciones relativas a la ley aplicable se escinden prácticamente en dos fundamentales: la de aquellos países que aplican la ley del tribunal, en cuanto *lex fori* o ley del domicilio conyugal, y la de aquellos países que aplican la *lex patriae*, esto es, la ley nacional de los cónyuges[15], [16].

Es obvio que en el caso de los países que aplican la ley coincidente del domicilio y el foro, el problema del orden público pierde generalmente toda razón de ser, ya que el tribunal aplica exclusivamente su propia ley. Lo pierde, por lo tanto, porque la regulación de la

---

[13] El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 determina, en su artículo 13, que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, pero impone la condición adicional de que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en que se celebró. Atribuye, por lo tanto, competencia a la *lex domicilii* pero en forma cumulativa con la *lex loci celebrationis*. La intervención de esta última ley, cuya discutible competencia se señala en la nota anterior y que fue introducida en el Tratado de 1889 por una enmienda accidental, ha sido eliminada en el Tratado de 1940. En el artículo 15 de este tratado se atribuye competencia exclusiva a la ley del domicilio conyugal y se otorga al Estado en donde se celebró el matrimonio el simple derecho a no reconocer la disolución no admitida por sus leyes.

[14] Esta situación se presenta en el derecho angloamericano. El artículo 135 del *Restatement of the Law of Conflict of Laws* (1934), que refleja en este punto la posición general de los tribunales norteamericanos, determina que "*the law of the forum governs the right to divorce*". El comentario del propio *Restatement* observa, no obstante, que esa ley es competente no porque sea la del lugar donde se intenta la acción, sino porque es la del domicilio de una o de ambas partes. La competencia de la *lex domicilii*, se deriva de acuerdo con la frase repetidamente usada por los tribunales, "*from the right of every Nation or State to determine the status of its own domiciled citizens*". (Véase Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws*…, ob. cit., p. 397). Esta tesis deja, sin embargo, en pie el problema, en razón de que el tribunal del domicilio es el único que tiene jurisdicción en materia de divorcio. Por su parte, en el derecho inglés, en los casos excepcionales en que conoce del divorcio un tribunal que no es el tribunal del domicilio, el tribunal inglés aplica el propio derecho y no el derecho del domicilio extranjero. (P.e., *Zanelli, vs. Zanelli*, 1948. Véase Cheshire, *Private International Law*…, ob. cit., p. 393. Wolff, *Private International Law*…, ob. cit., p. 380).

[15] Dados los limitados propósitos de este estudio, no podemos penetrar en los complejos problemas especiales que suscita la aplicación de la *lex patriae*, en el caso de que cambie la nacionalidad de los cónyuges, y sobre todo, en el caso de que tengan nacionalidades diversas. Es útil anotar, sin embargo, que frente a la tesis tradicional que, en este último caso, imponía la ley del marido, ha tenido lugar una curiosa evolución, que es particularmente visible en la jurisprudencia francesa. Esa evolución puede resumirse en tres decisiones clásicas: el caso Ferrari, de 6 de julio de 1922 (D. P. 1922, 1.137), que aplica, en contra de las disposiciones de la ley nacional del marido italiano, la ley francesa a una mujer francesa, y que puede implicar tanto la aplicación distributiva de las distintas leyes a cada uno de los cónyuges o la aplicación, sin más, de la ley francesa al cónyuge francés; el caso Rivière, de 17 de abril de 1953 (*Revue* 1953,412), que aplica la ley del domicilio común, doctrina que fue confirmada poco después en el caso Lewandowski, de 15 de marzo de 1955 (D. 1955, 540); y el caso de Tarwid, de 15 de mayo de 1961 (D. 1961,437), que aplica, a falta de domicilio común, la *lex fori*. Es sintomático observar, a través de la evolución expresada, cómo, en los casos en que la *lex patriae* resulta de difícil o problemática aplicación, resurgen las conexiones básicas del domicilio y del foro, a través de las cuales se aproximan los sistemas latinos a los sistemas angloamericanos.

[16] Al referirse a la ley aplicable al divorcio, en su reciente trabajo sobre el divorcio en derecho internacional privado, Schwind sólo señala dos únicas alternativas básicas: la ley del foro o la ley nacional de los cónyuges. (Le Divorce en Droit International Privé, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1966, Vol 117, pp. 468 ss.).

institución es la misma que resultaría si fuese considerada de orden público en su integridad. La eliminación del problema del orden público es una de las evidentes ventajas teóricas y prácticas de esa solución[17]. El problema sólo se suscita, en efecto, en tales países, en las oportunidades poco frecuentes en que el juez de un sistema que aplica estrictamente la *lex domicilii* conoce de divorcios de personas domiciliadas fuera del país. En cambio, en el segundo caso, esto es, en el de los países que aplican la *lex patriae* al divorcio, es donde el problema del orden público se plantea en toda su magnitud.

C. Orden público como limitación a la aplicación de la Ley personal de los cónyuges

El orden público interviene principalmente en el divorcio como una cláusula que excluye o limita parcialmente la aplicación de la ley nacional de los cónyuges en los países en los cuales, de acuerdo con la norma-conflictual, tiene competencia esa ley para regular el fondo de la materia.

Es justamente en este caso donde, de acuerdo con lo que hemos expuesto en el capítulo 3, ha prevalecido en el derecho comparado la tendencia a considerar de orden público internacional la indisolubilidad del vínculo matrimonial por causas no consagradas en la *lex fori*. De acuerdo con esta tesis, el divorcio sólo puede pronunciarse cuando es admitido a la vez por la ley nacional de los cónyuges y por la ley del tribunal[18].

La cláusula de orden público ha servido así para construir una norma conflictual compleja y cumulativa, que conecta simultáneamente la procedencia y las causas del divorcio con la *lex patriae* y la *lex fori*.

Esa aplicación cumulativa suscita, por lo demás, un problema adicional. ¿Basta que el divorcio sea procedente según ambas legislaciones, aunque las causas sean diversas, o es necesario que la causal de la *lex fori* coincida con la causal de la *lex patriae*?

La aplicación cumulativa de la *lex patriae* y la *lex fori* fue propiciada por el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Heidelberg (1887) y Lausana (1888), y fue consagrada por el Convenio de La Haya el 12 de junio de 1902 para regular conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y separación de cuerpos. Según el artículo 1º del Convenio, los cónyuges sólo pueden intentar una demanda de divorcio cuando su ley nacional y la ley del lugar donde la demanda se intenta admiten el divorcio. Según el artículo 2º, el divorcio sólo puede ser solicitado cuando en el caso de que se trate es admitido a la vez por la ley nacional

[17] Véase Gallardo, Ricardo, *La solution des conflits de lois dans les pays de l'Amérique Latine*, Paris. Librarie générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 24.

[18] Una exposición clásica de esta tesis se encuentra en Audinet, Eugène, Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1926, Vol. 11, pp. 218 ss.

de los cónyuges y por la ley del lugar donde la demanda se intenta, aunque sea por causas diferentes[19].

La tesis de la aplicación cumulativa es la que, en líneas generales, ha acogido la jurisprudencia francesa. Los tribunales franceses no divorcian, por lo tanto, a extranjeros cuyas leyes nacionales no consagran el divorcio vincular. No divorcian, por lo tanto, a cónyuges españoles, italianos, brasileños, argentinos, colombianos, sin que importe el hecho de que el matrimonio se haya celebrado ante el funcionario del Estado civil francés[20]. A la inversa, sólo decretan el divorcio de extranjeros por causas consagradas también en la ley francesa[21]. Han negado, en el mismo sentido, la conversión en divorcio de una separación de cuerpos italiana basada en el mutuo consentimiento[22], y han aceptado, en cambio, la conversión en divorcio de una separación de cuerpos inglesa basada en el adulterio del marido[23].

La solución expresada, que es, en Francia, un simple producto de la doctrina y de la jurisprudencia, ha sido formalmente consagrada en la legislación alemana. El artículo 17 de la ley de Introducción al Código Civil alemán atribuye competencia en materia de divorcio a la *lex patriae*, a través de una norma de conflicto bilateral que ordena aplicar la ley nacional del marido. Sin embargo, en el párrafo cuarto del mismo artículo, determina que el divorcio sólo se puede pronunciar en Alemania cuando sea procedente tanto según la ley extranjera como según la ley alemana. Los tribunales alemanes no divorciarían, en consecuencia, a un holandés por enfermedad mental, porque esa causal, aunque existe en el derecho alemán, no existe en el derecho holandés; y no divorciarían a un mexicano por mutuo consentimiento, porque el divorcio por mutuo consentimiento existe en el derecho mexicano, pero no existe en el derecho alemán[24]. Por lo demás, de acuerdo con la interpretación que se da a ese precepto, basta que exista una causa para el divorcio en ambos derechos, aunque ellas sean diversas. Así por ejemplo, en una sentencia dictada en 1931, el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Hamburgo

[19] Aun en este caso, no es lógicamente necesario que la coincidencia sea exacta, ya que ello obligaría a una identidad de los términos usados por la ley, sino que sean de contenido y significación equiparables.

[20] Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación (Chambre Civile) de 30 de octubre de 1905, en la cual se niega el divorcio a cónyuges austríacos de religión israelita, casados en Francia, porque no podían divorciarse de acuerdo con su ley nacional (*Revue*, 1906, p. 737).

[21] Existen obviamente diferencias de opinión entre quienes, como Batiffol, sostienen la estricta concordancia con las causales de la ley francesa (*Droit International Privé*…, ob. cit., p. 494) y quienes, como Lerebours-Piggeonnière, tienden a una interpretación extensiva de las mismas, dando así entrada a causales equiparables de la ley extranjera (*Droit International Privé*…, ob. cit., p. 544). El problema se ha planteado, por ejemplo, agudamente en relación con causales como la enfermedad mental de uno de los cónyuges, del derecho alemán (art. 1.569 del BGB, sustituido por el art. 45 de la Ley Matrimonial de 20 de febrero de 1946). ¿Debe rechazarla el orden público francés, en virtud de que las causales del Código Civil francés —adulterio, condena penal, excesos, sevicias e injurias— suponen un acto culpable del cónyuge demandado, o debe aceptarlas entendiendo que se trata de una causa equiparable a la injuria grave del derecho francés?

[22] Sent. de la Corte de Casación de 6 de julio de 1922 (*Sirey*, 1923, I, p. 5).

[23] Sent. de la Corte de Casación de 13 de noviembre de 1928 (*Journal*, 1929, p. 426).

[24] Véase Raape, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 281.

decretó el divorcio basándose en el mutuo acuerdo de los cónyuges, admitido en el derecho polaco (hebreo), y en el adulterio del marido, consagrado en el derecho alemán[25].

A su vez, el Código civil suizo dice en el artículo 59, 7-h del título final, que "un cónyuge extranjero que habita en Suiza tiene el derecho de solicitar el divorcio ante el juez en su domicilio, si acredita que las leyes o la jurisprudencia de su país de origen admiten la causa de divorcio invocada y reconocen la jurisdicción suiza".

Es evidente que el orden público puede intervenir también en los países que aplican al divorcio la *lex domicilii* cuando se ventilan ante sus tribunales divorcios de personas domiciliadas en el extranjero. En este caso, al igual que en el caso de aplicación de la ley nacional, la ley del tribunal puede excluir causas de divorcio contenidas en la ley del domicilio. El caso es, sin embargo, de escasa significación práctica. Según hemos expuesto más arriba, los países que aplican la ley del domicilio al divorcio otorgan generalmente competencia para decretarlo al tribunal del domicilio. Ejemplo clásico es el que ofrecen al respecto los Tratados de Montevideo. Atribuyen competencia para regir el fondo del divorcio a la ley del domicilio conyugal, y atribuyen asimismo competencia para conocer del juicio de divorcio a los tribunales del domicilio conyugal (art. 61 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y art. 59 del Tratado de 1940). La identidad de criterios en la atribución de competencia legislativa y de competencia jurisdiccional elimina el problema del orden público a través de la aplicación pura y simple de la *lex fori*. Más adelante veremos, sin embargo, algunos casos, particularmente referidos al derecho venezolano, en que se plantea el problema del orden público frente a la *lex domicilii*. Tales casos se producen justamente por el hecho de que se asigna competencia legislativa a la *lex domicilii* y se admite, sin embargo, a la vez una diversidad de competencias jurisdiccionales[26].

D. Legislación y Jurisprudencia venezolanas

No existe en el derecho venezolano una norma legislativa conflictual que determine expresamente la ley aplicable al divorcio, como tampoco, en general, al matrimonio y a las relaciones familiares. Sin embargo, es razonable deducir, tanto de las bases estatutarias de nuestro sistema como de la inequívoca redacción de los artículos 9 y 26 del Código Civil, que someten a la *lex patriae* todo lo atinente al estatuto personal, que la ley competente es la ley nacional de los cónyuges[27].

---

25 Citado por Kegel, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 292.

26 Véase el cap. II.E. Tales casos son un resultado de aplicar, directa o analógicamente las disposiciones sobre competencia jurisdiccional del Código Bustamante. No conocemos, sin embargo, ningún caso en que se hayan planteado, lo que viene de nuevo a confirmar la escasa trascendencia práctica del problema.

27 Esta tesis ha sido sostenida por Francisco Gerardo Yanes, *Memorándum de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Tipografía Universal, 1912, pp. 95-96; por Juan Carmona, El Divorcio ante el Derecho Internacional Privado, en: *El Profesional*, 1920, Tomo III, año III, No. 49, p. 5; por Francisco Manuel Mármol: La Ley Personal del Extranjero y la Jurisprudencia de Casación en

Dentro de esa concepción, es asimismo razonable entender, de acuerdo con la tesis general anteriormente expuesta, que el orden público excluye la aceptación de causas de divorcio de la ley nacional de los cónyuges no contempladas en la legislación venezolana y conduce, en consecuencia, a la aplicación cumulativa de ambas leyes, esto es, a decretar solamente el divorcio cuando está admitido por la ley venezolana, en cuanto ley del tribunal, y por la ley nacional de los cónyuges extranjeros.

No obstante frente a esa plausible interpretación del sistema legal venezolano, los tribunales han aplicado pura y simplemente la *lex fori*, haciendo abstracción integral de la ley nacional de los cónyuges. Esa actitud de la jurisprudencia es en parte reflejo del sentimiento territorialista que ha prevalecido en la práctica nacional y que ha inducido reiteradamente a soslayar la aplicación del derecho extranjero y a ignorar incluso la existencia del problema conflictual. El divorcio es, en efecto, uno de los ejemplos más expresivos en que se manifiesta, como consecuencia de esa realidad, la transformación o deformación implícita de nuestro sistema conflictual, de un sistema de base estatutaria con peculiares características, en un sistema territorialista revestido de un simple ropaje estatutario, hecho que puso brillantemente de relieve en 1943 el doctor Lorenzo Herrera Mendoza[28].

La consecuencia práctica de esa situación es que el orden público ha intervenido de manera total el campo de la procedencia y de las causas del divorcio. Los tribunales venezolanos divorcian solamente por las causales de la ley venezolana. Pero, además, los tribunales venezolanos excluyen totalmente de este campo la aplicación de la ley extranjera. Decretan, por ende, el divorcio, siempre que existan algunas de las causales consagradas en la ley venezolana, cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges[29].

Venezuela, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1954, No. 1, pp. 41 ss., y por Ramiro E. Rincón, Algo sobre el divorcio, en: *Ordo, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación*, 1932, No. 4, p. 138. Véase especialmente el trabajo de Mármol, que critica la jurisprudencia de casación a que más adelante se hace referencia. Por su parte, el doctor Pedro Manuel Arcaya estableció en el artículo 30 de su Proyecto de ley de aplicación de Derecho Internacional Privado: "Los tribunales venezolanos no pueden conocer de ningún juicio de divorcio ni de separación de cuerpos, entre cónyuges extranjeros, o cuando el marido sólo lo sea, sino por las motivos y con los efectos que determina la respectiva ley nacional".

[28] Véase Herrera Mendoza, Lorenzo, *La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad*, Caracas, Emp. El Cojo, 1943. Entre la profunda y variada contribución que ha realizado el doctor Herrera Mendoza a través de su labor de escritor, de estudioso, de juez y de abogado, y por medio de la enseñanza oral y la palabra escrita, al desenvolvimiento del derecho internacional privado venezolano, éste es, a nuestro juicio, el escrito de mayor significación. En el expresado escrito aborda, con su indomable independencia de juicio y su peculiar manera de expresión, las realidades dogmáticas, históricas, político-legislativas y sociológicas que configuran el sistema conflictual venezolano; traza un panorama crítico que hasta entonces nadie había sido capaz de esbozar, y abre un fecundo camino para su análisis doctrinal y para su renovación legislativa y jurisprudencial. Sea esta nota una ocasión adicional para reiterar el reconocimiento y admiración que deben al doctor Herrera Mendoza todos los que se dedican en Venezuela al estudio de los problemas conflictuales.

[29] La tesis que propicia la aplicación exclusiva de la *ley fori* al divorcio por razones de orden público fue sustentada por Jesús Antonio Páez, quien alegó, además, para justificar la aplicación de esa ley a los extranjeros, el hecho de que el artículo 188 del Código Civil (equivalente al 184 del Código vigente) determina que "todo" matrimonio válido se disuelve por divorcio (Divorcio del extranjero, *El Profesional*, 1919, p. 73).

La jurisprudencia es, en ese respecto, constante y uniforme. En las escasas oportunidades en que algún tribunal de instancia ha aplicado la ley personal de los cónyuges, negando, por ejemplo, el divorcio de personas cuya ley nacional no consagra el divorcio vincular[30], la decisión ha sido revocada en la instancia superior[31] o casada por la Corte de Casación.

La Corte Federal y de Casación se ha pronunciado sobre el caso en dos viejas sentencias: la primera, de 15 de junio de 1914, y la segunda, de 21 de febrero de 1921. En la primera se trataba del divorcio de un italiano casado en Venezuela con una venezolana, y en la segunda de un divorcio entre dos españoles casados en Puerto Rico cuando la isla era todavía colonia española. En ambas decisiones, la Corte afirmó categóricamente que el estatuto personal de los cónyuges no podía invocarse en una materia que, como el divorcio, interesaba al orden público, al que por cierto calificó indebidamente de "orden público interno" en vez de "orden público internacional"[32].

E. Reglas del Código Bustamante

El Código Bustamante regula la materia correspondiente a la procedencia y a las causas del divorcio en los artículos 52 y 54. Tales artículos fueron ratificados sin reservas por Venezuela. Tienen, en consecuencia, fuerza legal en relación con los países que ratificaron el Tratado de La Habana sin reservas, así como en relación con aquellos que lo ratificaron con reservas pero no incluyeron esos artículos entre las reservas formuladas[33].

---

30 Véase la decidida crítica que formuló en 1912 Pedro F. Escalona a una sentencia que negó el divorcio de un colombiano casado con venezolana, en virtud de que la ley colombiana no consagra el divorcio vincular (Un caso de renunciación de la Soberanía Nacional, en: *Revista de Ciencias Políticas*, 1912, Vol. IV, pp. 265 ss.). Rodrigo Octavio criticó al poco tiempo la tesis de Escalona y defendió el criterio de la sentencia (*Le mariage et le divorce au Brasil*, Paris, Marchal & Godde, 1913, p. 1.082).

31 Véase la sentencia de 27 de febrero de 1953 de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, que revoca la sentencia de primera instancia de 29 de julio de 1952, por la cual se declaraba sin lugar, por aplicación de la ley personal, la demanda de divorcio de dos cónyuges españoles (*Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, Caracas, 1957, Vol. III, p, 134).

32 Véanse los textos correspondientes en la *Memoria de la Corte Federal y de Casación de* 1915, t. I, pp. 171 a 173, y en la *Memoria de* 1922, t. I, pp. 162 a 164. En la primera de las expresadas sentencias (Caso D'Anello Manrique), el juez de Primera Instancia de Ciudad Bolívar, actuando con asociados, negó el divorcio, por aplicación de la ley nacional del marido y actor. El juez superior, también con asociados, revocó el fallo y decretó el divorcio, por estimar que las leyes relativas al matrimonio son de orden público. El Tribunal Supremo del Estado, asimismo con asociados, confirmó el fallo de segunda instancia y la Corte Federal y de Casación, en la Sala de. Casación, actuando como ponente el magistrado J. Eugenio Pérez, declaró sin lugar el recurso. (Véase la defensa de esta sentencia por el ponente, Divorcio de los Extranjeros en Venezuela, en: *Revista Jurídica*, 1930, No. 13, pp. 32-34). En la segunda sentencia (Caso Maldonado-Esteban) el juez de Primera Instancia del Distrito Federal decretó el divorcio. El divorcio fue negado en segunda instancia y vuelto a acordar en la tercera instancia. La Corte Federal y de Casación, en la Sala de Casación, actuando como ponente el magistrado Antonio Álamo, declaró sin lugar el recurso.

33 Tienen, por lo tanto, fuerza de ley en relación con Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, que ratificaron el Código Bustamante sin reservas, y en relación con Haití, que formuló reservas determinadas, no incluyó entre ellas los artículos expresados. No tiene fuerza de ley en relación con los Estados Unidos y con todos los países no americanos, que no fueron signatarios del tratado; en relación con Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay, que lo suscribieron pero no lo ratificaron; ni en relación con Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador, que lo suscribieron con reservas indeterminadas. Tampoco tiene fuerza de ley respecto a Brasil, el cual reservó precisamente los dos artículos mencionados. Es al menos dudoso que lo tenga en relación con la República Dominicana, dada la naturaleza especial de las reservas formuladas. Sobre las reservas al Código Bustamante, y en particular sobre las reservas indeterminadas, véase Muci Abraham, José, *Los conflictos de leyes y la codificación colectiva en América*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1955, pp. 34 ss.

No es clara la significación respectiva de los dos artículos mencionados. El artículo 52 parece referirse a la procedencia del divorcio, y el artículo 54, a sus causas. El artículo 52 establece que el derecho al divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal[34]. Por su parte, el artículo 54 estipula que las causas del divorcio se someterán a la *lex fori*, esto es, a la ley del lugar en que el divorcio se solicite, pero, añade, "siempre que en él estén domiciliados los cónyuges".

¿Cuál es el significado de los expresados artículos? Deben, a nuestro juicio, distinguirse dos casos. Si el país del domicilio conyugal es el mismo donde se solicita el divorcio, la solución es simple. La procedencia y las causas del divorcio deben regularse, de acuerdo con ambos artículos, por la ley del domicilio conyugal, que coincide por hipótesis con la *lex fori*. Ahora bien, ¿cuál es la situación en el caso en que el divorcio se solicite en un país distinto del domicilio conyugal? De conformidad con el texto del artículo 54, la aplicación de la *lex fori* está sometida a la condición de que los cónyuges tengan su domicilio en el país del tribunal, lo que implica que si es otro el domicilio tal disposición no debe recibir aplicación. En tal caso, la única disposición operante resulta la norma del artículo 52, el cual contempla, en general, el derecho al divorcio, y, a falta de otra norma específica, debe contemplar también sus causas. Si esta interpretación es exacta, y no parece que pueda haber otra, las reglas del Código Bustamante se reducirán a las disposiciones del artículo 52, que atribuyen competencia a la ley del domicilio conyugal. El artículo 54 contendría, por lo tanto, una disposición inoperante, ya que en el único caso en que resulta aplicable, esto es, en el caso de que los cónyuges tengan su domicilio en el país del tribunal, no hace sino ampliar o corroborar la regla del artículo 52, y en el caso en que tendría verdadera significación, esto es, cuando la ley del domicilio de los cónyuges no coincide con la *lex fori*, resulta, por su propio texto, de imposible aplicación[35].

---

[34] El artículo 52 dice seguidamente que el divorcio "no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges". Es difícil entender esta salvedad final. Si —como parece— el Código ha querido evitar que un cambio de domicilio conyugal convierta en causal de divorcio un hecho que no lo era, ¿por qué no ha exigido que la causa sea autorizada por la ley del domicilio anterior y no por la ley personal de ambos cónyuges? He aquí una de tantas incongruencias que encontramos en el Código Bustamante, y que es en la presente ocasión tanto más objetable si se tiene en cuenta que, de acuerdo con las disposiciones del artículo 7, de la ley personal de ambos cónyuges será, en el caso de países que adopten como ley personal la *lex domicilii*, la misma ley del actual domicilio conyugal, y en el caso de países que adopten como ley personal la *lex patriae*, una ley o leyes distintas a las que maneja el Código en materia de divorcio. Por otra parte, el hecho de que en esa frase final del artículo 52 se aluda a la regulación de las causas de divorcio, indica también que no existe una nítida diferencia entre la esfera de aplicación de los artículos 52 y 54, y avala la conclusión a que hemos de llegar más adelante.

[35] El artículo 54, cuya inutilidad ha sido señalada por José Muci Abraham (Conflicto de leyes y juicio de exequátur, en: *Studia Iuridica*, 1957, No. I, p. 369), hubiera tenido sentido lógico evidente si dijera prácticamente lo contrario de lo que dice, a saber, que las causas del divorcio se someterán también a la ley del lugar en que se soliciten, cuando en él no estén domiciliados los cónyuges. Ello supondría que en el caso de que la ley del domicilio conyugal no coincidiese con la *lex fori*, se aplicarían cumulativamente ambas leyes. Desafortunadamente, en este como en otros puntos, la obra de Sánchez de Bustamante no aporta indicación alguna que ayude a aclarar las oscuridades del Código. (Véase Sánchez de Bustamante, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, La Mercantil, 1943, Tomo II, pp. 56-57).

Admitiendo, por lo tanto, que el Código Bustamante atribuye competencia a la ley del domicilio conyugal, ¿cuál es la función que, en un divorcio sometido a las disposiciones del Código, corresponde al orden público del foro?

Nuevamente debe hacerse aquí una distinción.

En el caso más común, es decir, en el caso de que el divorcio se intente en el lugar del domicilio conyugal, el problema desaparece, ya que las leyes del foro —y por lo tanto, el orden público del foro— se aplican en su integridad, en cuanto ley del domicilio conyugal.

Por el contrario, en el caso menos común en el cual la acción del divorcio se intente en el tribunal de un país distinto del domicilio conyugal[36], ¿puede el juez excluir las causales de la ley extranjera competente por la aplicación de su propia ley?

Es, a nuestro juicio, lógico que los países que aplican como ley personal la *lex patriae*, como ocurre hoy en Venezuela, puedan excluir causales de la ley extranjera no admitidas en la *lex fori*, cuando la ley nacional de uno o de ambos cónyuges coincida con la ley del juez. Ello quiere decir, por ejemplo, que el juez venezolano podría excluir las causales de la ley del domicilio conyugal no admitidas en su legislación, cuando se trate de divorcios de cónyuges venezolanos. Esta tesis tiene un apoyo directo en el artículo 53 del Código Bustamante[37], el cual faculta a los Estados contratantes a no reconocer el divorcio decretado en el extranjero por causas que no admita el derecho personal de los cónyuges. Si el Código permite desconocer un divorcio extranjero por las razones expresadas, es lógico, a mayor abundamiento, que permita no decretar el divorcio en contraposición con la ley personal[38].

Es en todo caso razonable propugnar que en los casos en que el Código Bustamante tiene fuerza de ley —los cuales son sumamente escasos— se maneje con extremada moderación una cláusula que, como el orden público, priva de efectos a una ley extranjera que se aplica por imperativo de un tratado internacional vigente.

---

[36] Este caso puede plantearse, por ejemplo, de acuerdo con las normas de competencia procesal internacional contenidas en los artículos 318 y ss. del Código Bustamante, cuando los cónyuges se sometan a los tribunales de un país distinto de aquel donde tengan el domicilio conyugal. Por ejemplo, dos cónyuges venezolanos domiciliados en Perú, Panamá o Guatemala, o dos cónyuges de los cuales uno es venezolano y el otro peruano, panameño o guatemalteco, domiciliados en el país del cónyuge no venezolano, se someten expresa o tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. En tales casos, la *lex fori* será la venezolana, en tanto que la ley del domicilio conyugal competente para regir el divorcio será, según el caso, la peruana, la panameña o la guatemalteca. Valladão considera que la referida situación suscita el difícil problema de que el *forum* aplique una ley extranjera sobre divorcio (Le Droit international privé des Etats Americains, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1952, Tomo 81, p. 106). Esta observación es particularmente válida para los países que rio consagran el divorcio vincular, En los demás países no debiera suscitar mayores dificultades que las que origina en general la aplicación de leyes extranjeras.

[37] El artículo 53 es también otro modelo de ambigüedades. Contiene tal cantidad de disyuntivas, que es difícil determinar los casos que ha querido abarcar. ¿Se refiere sólo a divorcios decretados en el extranjero o también al pronunciamiento de divorcios en el territorio del juez? Dada la parte final del texto y a pesar de su evidente ambigüedad, nos parece lógico entender que se refiere a personas divorciadas fuera del país donde el problema se plantea.

[38] Quedan en pie una serie de problemas. Por ejemplo, ¿podrá el juez excluir una causal contenida en la ley del domicilio conyugal no aceptada por la ley nacional de uno de los cónyuges, cuando esta ley no coincide con la *lex fori*? ¿Podrá el juez imponer causales contenidas en la *lex fori* y no admitidas por la ley del domicilio conyugal? Nos inclinamos en ambos casos por la negativa.

F. Estado actual del derecho venezolano

¿Cuál es, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, el estado real actual del derecho venezolano y qué significación tiene esa situación a la luz de los principios del derecho conflictual?

En el derecho común, esto es, en el caso de conflictos de leyes no regidos por el Código Bustamante, hemos visto que la solución que se adapta a las directrices de nuestro sistema legislativo, esto es, la aplicación de la ley nacional de los cónyuges (*lex patriae*), corregida y combinada por el orden público del juez (*lex fori*), ha sido suplantada por la aplicación exclusiva de la ley del tribunal (*lex fori*), como consecuencia de que la jurisprudencia ha incluido todo lo referente al divorcio en el orden público internacional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el derecho común, la competencia de los tribunales venezolanos se basa, en materia de divorcio, en el domicilio conyugal[39], ello significa que la aplicación de la *lex fori* coincide con la aplicación de la ley del domicilio conyugal, y ello implica, por lo tanto, que la *lex patriae* ha venido a quedar sustituida por la ley del domicilio como ley competente para regir los divorcios decretados por tribunales venezolanos[40].

Por otra parte, en el caso de conflictos de leyes sometidos a las disposiciones del Código Bustamante, debe igualmente regir la ley del domicilio conyugal, de acuerdo con las disposiciones de este Código anteriormente analizadas, la cual ha de coincidir también, en el caso de matrimonios domiciliados en Venezuela, con la ley del tribunal.

Ello quiere decir que en el caso ordinario de que los tribunales conozcan de divorcios de matrimonios domiciliados en Venezuela, la ley aplicable, tanto según el derecho común como según el Código Bustamante —aunque por motivos diversos—, es la ley del domicilio conyugal, coincidente *ex hypothesis* con la *lex fori*[41]. En este caso ordinario desaparece el

---

[39] Artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. Aunque este precepto contiene una simple norma de competencia procesal territorial interna, es transformable, por vía analógica, en una norma de competencia procesal internacional, máxime teniendo en cuenta que coincide con el criterio general de atribución de jurisdicción a los tribunales venezolanos que se deriva de los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil. (Sobre el problema de la competencia procesal internacional en el derecho venezolano, véase Sánchez-Covisa, Joaquín, *Anotaciones sobre la competencia procesal indirecta*, en: *Studia Iuridica*, 1957, No. 1).

[40] Neuhaus ha observado agudamente que la reiterada aplicación del orden público frente a una determinada norma de conexión debe despertar dudas sobre la solución consagrada en esa norma, y puede servir en el campo del derecho de personas y del derecho de familia, para corregir la inoportuna aplicación del principio de nacionalidad, sustituyéndola por el del domicilio o residencia. (Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts*…, ob. cit., p. 259). Ese diagnóstico es en gran parte aplicable a la realidad jurisprudencial venezolana en materia de divorcio. En ella se basa en parte el proyecto de reforma legislativa que se contempla en el capítulo II.G.

[41] El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, al decretar el divorcio de dos cónyuges portugueses, ha expuesto esa posición: "…la ley sobre estatuto personal de los cónyuges extranjeros que no les permite la disolución del vínculo conyugal mediante el divorcio, no es aplicable en Venezuela, no solamente porque el derecho extranjero debe tener una limitación, es decir, no debe tenerse en cuenta cuando es contrario a las buenas costumbres o vaya contra una disposición legislativa del territorio donde se quiere aplicar, o colida con el orden público, sino también porque por el Código Bustamante debe aplicarse la ley territorial de Venezuela siempre que los cónyuges tengan su domicilio en este país". (Sentencia de 9 de enero de 1953, *Jurisprudencia de los Tribunales de la*

problema de orden público en cuanto tal, en virtud de que el tribunal aplica exclusivamente su propia ley.

Queda en pie, sin embargo, en nuestra realidad actual, el caso en que los tribunales venezolanos conozcan de divorcios de personas no domiciliadas en el país. De acuerdo con nuestras informaciones, ese caso no se ha planteado en la práctica. Se puede, no obstante, plantear cuando, de conformidad con las disposiciones del Código Bustamante, se sometan voluntariamente los cónyuges a la jurisdicción venezolana en virtud de que al menos uno de ellos sea venezolano. Puede igualmente ocurrir, a nuestro juicio, en relación con países no vinculados por el Código Bustamante, por aplicación analógica de las disposiciones del Código, o por aplicación de principios generales de derecho procesal internacional[42].

¿Cuál es, en este caso, la ley aplicable a las causas del divorcio, y cuál es la función que desempeña entonces el orden público?

Debemos diferenciar dos supuestos. Si se trata del caso menos frecuente de países vinculados por el Código Bustamante, la ley competente será la del domicilio conyugal, pero no podrán aplicarse a cónyuges venezolanos las causas de esa ley no admitidas por la ley venezolana, de acuerdo con la tesis que ha sido expuesta en el capítulo 7.

Si se trata, por el contrario, de países no vinculados por el Código Bustamante, el problema resulta especialmente complejo. Caben, a nuestro modo de ver, tres soluciones alternativas. La primera sería la simple aplicación de la *lex fori*, extendiendo a este caso el criterio general mantenido por la jurisprudencia. La segunda sería la aplicación analógica del Código Bustamante, lo que llevaría a aplicar —de acuerdo con lo que se acaba de exponer— la ley del domicilio conyugal, con las limitaciones del orden público del foro. La tercera sería la aplicación de la ley venezolana, en cuanto *lex patriae*, de acuerdo con los principios de nuestro sistema conflictual. La primera solución conduce en la práctica a la misma conclusión que la tercera. Creemos que, *de lege lata*, esa debiera ser la solución aplicable, ya que coincidiendo en ella los principios jurisprudenciales que han otorgado al divorcio el carácter de materia de orden público y los principios legislativos que aplican la *lex patriae* al estado y capacidad de los venezolanos, no hay razón suficiente para sustituirla por una extensión analógica de las disposiciones del Código Bustamante.

República, 1957, Vol. III, p. 133). Por su parte, el Juzgado Superior Segundo de la 15ª Circunscripción Judicial, al decretar el divorcio de dos italianos casados en Italia, ha considerado competente la ley venezolana, como. ley del domicilio de los cónyuges, por. aplicación analógica de las disposiciones del Código Bustamante. (Sentencia de 6 de marzo de 1956, *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, 1959, Vol. V, p. 374).

42 Véase las disposiciones del Código Bustamante comentadas en la nota 36. Una importante sentencia de la Corte Federal otorgó el *exequátur* a una sentencia de divorcio entre alemán y venezolana decretada por un tribunal alemán, y consideró competente al tribunal alemán por efecto de la sumisión tácita de las partes, a pesar de que el domicilio conyugal se encontraba en Venezuela. (Sentencia de 15 de febrero de 1955, redactada por el doctor Héctor Parra Márquez, *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, No. 7, Vol. I, pp. 68 ss.). No existe, a nuestro juicio, razón alguna para que no se apliquen principios similares a los fines de otorgar jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de divorcios de personas domiciliadas en territorio extranjero.

G. Solución del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado[43] acoge la *lex domicilii* como ley determinante del estatuto personal. La disposición fundamental se encuentra consagrada en el artículo 13, según el cual "la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio". Esa solución se proyecta en el conjunto de normas relativas al derecho de las personas, de la familia y de las sucesiones. El artículo 21 la aplica especialmente al divorcio y a la separación de cuerpos.

La consagración de la *lex domicilii* en materia de divorcio y relaciones familiares constituye una sustancial modificación del criterio que ha prevalecido en nuestro sistema de derecho internacional privado desde el Código de 1873[44], la cual se ajusta mejor a las realidades demográficas, sociales y espirituales venezolanas, regulariza la situación creada por la interpretación jurisprudencial y coincide con la tesis del Código Bustamante y con las inspiraciones dominantes en los países de América Latina[45], [46].

Las disposiciones del proyecto sobre la ley aplicable al divorcio están, sin embargo, redactadas de una manera singular. Merecen, en tal sentido, una especial consideración, aunque ello rebase en parte los objetivos de este estudio. El artículo 21 somete, en efecto, el divorcio a la ley del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, en lugar de someterlo a la ley del domicilio conyugal, o a lo sumo, a la ley del domicilio del marido, la cual, coincide en general con la ley del domicilio conyugal.

---

43 Véase *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Ministerio de Justicia, 1965. El mencionado proyecto fue redactado a instancias del Ministerio de Justicia y por iniciativa del ministro de Justicia doctor Andrés Aguilar, por una comisión integrada por el doctor Roberto Goldschmidt, el eminente jurista y buen amigo, dolorosa y prematuramente desaparecido; el doctor Gonzalo Parra Aranguren y el autor de este trabajo. El mencionado proyecto ha sido sometido a la consideración de jueces y profesionales, pero no ha sido hasta el momento sometido a la consideración de las Cámaras Legislativas.

44 La misma orientación apareció ya en el Código de 1867, pero dada la corta vigencia de este texto legal y el hecho de que el Código de 1873 constituye la matriz de nuestra actual codificación civil, parece más lógico hacer referencia exclusiva a él.

45 Esta es también la orientación que se deriva de las enseñanzas orales y escritas del doctor Lorenzo Herrera Mendoza. El trabajo mencionado más arriba terminaba con estas palabras significativas: "El domicilio, que ha sido el régimen de los angloamericanos y de las Repúblicas unidas pollos Tratados de Montevideo, ha venido produciendo los efectos de una especie de doble corriente jurídico-magnética que, del Ártico al Antártico y de la Argentina al Canadá, ha ido cubriendo, paulatinamente, a las Repúblicas de América, hasta el punto de que ya les quedan poco ambiente y espacio a las legislaciones, como la venezolana, la cubana y alguna otra, que vinculan a la nacionalidad la eficacia extraterritorial de las leyes". (*La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad*…, ob. cit., p. 236). Debemos una vez más subrayar que, a pesar de que el doctor Lorenzo Herrera Mendoza no pudo colaborar, por razones de edad y salud, en la preparación y redacción del proyecto, en sus enseñanzas se basan, como se afirma explícitamente en la exposición de motivos, las principales orientaciones del mismo.

46 Ha sido expresamente propugnada, entre nosotros, por Mayobre, José Antonio, Ley aplicable en materia de divorcio, en: *Cultura Jurídica*, 1946, Nos. 17-18, pp. 38 ss. En sentido general, véase Bogdanowsky, Tatiana, La nacionalidad y el domicilio en el Derecho internacional privado, en: *Revista de la Faculta de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1962, No. 23, pp. 438 ss.

Esa redacción no altera la situación en la inmensa mayoría de los casos, ya porque el domicilio conyugal es el domicilio de ambos cónyuges, ya porque éste viene determinado por el domicilio del marido, o porque se atribuye a la mujer casada el mismo domicilio del marido.

Tiene, sin embargo, profunda significación a la luz de la disposición del proyecto que permite a la mujer casada tener domicilio propio distinto al del marido (art. 9). En tal caso, la mujer puede solicitar el divorcio de acuerdo con la ley de su propio domicilio. Con ello se equipara jurídicamente la situación de los sexos y se evita que la ley aplicable al divorcio sea exclusivamente determinada por la voluntad y los intereses del marido. Se evita, por ejemplo, que una mujer domiciliada en Venezuela se vea en la imposibilidad de obtener el divorcio porque su marido la abandonó —o incluso se domicilió ulteriormente— cuando tenían su domicilio en un país que no consagra el divorcio vincular[47].

Puede, ciertamente, alegarse, como ha sido hecho por eminentes autoridades, que esa disposición facilita el fraude a la ley[48]. El cónyuge que desee divorciarse y no puede lograrlo de acuerdo con la ley material del país del domicilio conyugal, podrá conseguirlo con el solo hecho de adquirir domicilio en un país donde la legislación le permita obtener el divorcio.

Consideramos que el propio proyecto disminuye sensiblemente esos riesgos al regular el cambio de domicilio en el artículo 8, determinando que sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia principal.

Es, sin embargo, cierto que ella disminuye el riesgo, pero no lo evita. Puede, sin embargo, observarse que, en primer lugar, esa disposición elimina una injusta discriminación, al

---

47 Esas disposiciones se complementan en el proyecto con las normas de competencia procesal internacional que atribuyen competencia a los tribunales venezolanos en acciones sobre estado y relaciones familiares, no sólo en los casos en que el demandado tenga su domicilio en el país y en aquellos en que las partes se sometan a su jurisdicción (art. 43, ord. 2°), sino también cuando el derecho venezolano sea competente para regir el fondo del litigio. Ello quiere decir, por ejemplo, que una mujer venezolana o domiciliada en Venezuela, casada con un italiano, un español, un argentino, un brasileño, un colombiano, etc., que fuere abandonada por el marido, podrá, si tiene domicilio en Venezuela, intentar la acción de divorcio ante los tribunales venezolanos, aunque el marido tenga el domicilio en su país de origen. La ley aplicable al fondo será, de acuerdo con lo expuesto, la ley venezolana: y de conformidad con el ordinal 29 del artículo 43, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de la acción. En el derecho vigente, en el cual, por aplicación de la *lex patriae*, sería competente la ley venezolana, los tribunales carecen de jurisdicción en virtud de que el domicilio del marido, se encuentra en un país extranjero, en el cual, por lo demás, la ley prohíbe intentar la demanda de divorcio. Esta paradójica situación se ha presentado frecuentemente en la práctica. Es fácil solventarla a través de la sumisión de ambos cónyuges a la jurisdicción venezolana, más, como es obvio, no suele ser fácil lograr la sumisión en tales circunstancias. En tanto se modifique la legislación, creemos que sería posible deducir por vía interpretativa una norma implícita, basada en los principios generales del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, por la cual se atribuyera en tales casos competencia a los tribunales venezolanos, basándose en el principio lógico de que no tiene sentido que la ley venezolana se declare aplicable a una situación jurídica concreta y al mismo tiempo haga esa aplicación imposible por falta de jurisdicción de los tribunales que deberían aplicarla.

48 Lo ha objetado, por ejemplo, Neuhaus (*Der venezolanische Entwurf eines Gesetzes über Internationalen Privatrecht*, inédito, III, 1). [Nota de la Editora: una traducción al español de este trabajo, hecha por la profesora Maekelt, con el título "Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado. Observaciones de Derecho comparado", puede consultarse en: *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1970, Tomo I, pp. 53 ss.].

abrir a ambos cónyuges una posibilidad que hoy está solamente abierta al marido; y que, en segundo lugar, son probablemente menores los perjuicios familiares y sociales que esa disposición puede ocasionar, que aquellos que puede evitar.

¿Cuál será, de acuerdo con las disposiciones del proyecto, la intervención que corresponde al orden público? Si el tribunal aplica la ley del domicilio, porque ambos cónyuges tienen su domicilio en el país, esa ley coincidirá con la *lex fori*. El tribunal aplicará, en consecuencia, su propio derecho, sin que se suscite problema alguno al respecto. Si, por el contrario, el juicio se entabla, por sumisión voluntaria de los cónyuges, sin que ninguno de los cónyuges, o al menos el que entabla la demanda, tenga su domicilio en el país del tribunal, el juez deberá aplicar la ley del domicilio conyugal, o eventualmente la ley del domicilio del demandante, pero excluirá, de acuerdo con las normas sobre orden público del artículo 6 del proyecto, las disposiciones que produzcan resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Ello significa que no decretará el divorcio si no existen causas suficientes en la ley del tribunal, lo que llevará, de acuerdo con los principios expuestos en los capítulos 3 y 5, a la aplicación cumulativa de la *lex domicilii* y de la *lex fori*.

III. Divorcio decretado por un tribunal extranjero

A. Bases teóricas: creación y reconocimiento de situaciones jurídicas

La cláusula de reserva o de orden público internacional debe tener un campo de aplicación más restringido cuando se trata de reconocer situaciones jurídicas válidamente creadas en un sistema jurídico extranjero que cuando se trata de crear situaciones jurídicas en el seno del sistema jurídico nacional. Sucede, en cierto modo, con esa distinción algo similar a lo que ocurre con la diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional. De igual manera que sólo ciertas normas de orden público interno tienen trascendencia suficiente para excluir una ley extranjera competente y constituir, por lo tanto, normas de orden público internacional, solamente ciertas normas de orden público internacional tienen asimismo trascendencia suficiente para excluir una ley extranjera incorporada a una situación jurídica concreta válidamente creada en el extranjero.

Nos encontramos frente a la distinción, magistralmente expuesta por Niboyet, entre la noción de orden público en el terreno de la creación de los derechos, y la noción de orden público en el terreno de la eficacia de los derechos[49]. En el primer caso se trata de crear en el propio país derechos y situaciones jurídicas mediante la aplicación directa de la ley material extranjera, en tanto que en el segundo se trata simplemente de reconocer derechos adquiridos y situaciones jurídicas definitivamente constituidas en el extranjero.

[49] Niboyet ha hablado expresivamente de dosificación, esto es, determinación de la cantidad de derecho extranjero que es preciso neutralizar. (Véase una clara y breve exposición del tema en *Cours de Droit International Privé francáis*…, ob. cit., p. 513).

La razón de esa diferencia radica en la peculiar modalidad que reviste en ambos casos el sacrificio de la justicia conflictual ante la justicia sustancial, que constituye el núcleo medular de la cláusula de orden público (véase cap. II.A). Cuando el juez crea una situación jurídica nueva, a la cual es aplicable una ley extranjera, el sacrificio de la justicia conflictual es meramente abstracto o formal. Se sacrifica, en efecto, la recta aplicación de las normas de derecho internacional privado ante los valores más altos de la justicia sustancial, que constituyen la radical fundamentación axiológica dé toda norma de derecho. Por el contrario, cuando se plantea el problema de reconocer o no una situación jurídica válidamente creada en el extranjero, el sacrificio de la justicia conflictual no es meramente abstracto. Se sacrifica, en efecto, la justicia sustancial incorporada en esa situación jurídica y en los efectos que de ella se derivan. Las consecuencias injustas —de injusticia sustancial— que puede originar ese desconocimiento son, en estos casos, más importantes y significativas que los principios generales de justicia material a los cuales responde la norma de orden público internacional.

Veamos algunos ejemplos.

Ciertos impedimentos matrimoniales —como es, por ejemplo, el impedimento de parentesco— pueden tener carácter de orden público internacional cuando se trata de crear una nueva situación jurídica matrimonial, es decir, de celebrar un matrimonio en el país. Impiden o anulan, por lo tanto, el matrimonio, a pesar de que la ley extranjera aplicable a los requisitos de fondo del matrimonio no consagre los expresados impedimentos. No obstante, esos impedimentos, salvo en el caso de que sean absoluta y totalmente inaceptables —como es el impedimento referente a los hermanos—, no justifican el desconocimiento o anulación de un matrimonio válidamente celebrado en el exterior de conformidad con la ley extranjera competente. Es. mucho mayor la injusticia sustancial que se comete al desconocer ese matrimonio y, por ende, las innumerables relaciones personales y patrimoniales que de él se derivan, que al aceptar un matrimonio contraído con un impedimento que, por razones de orden público, impediría o anularía un matrimonio contraído en el país.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo puede ser, en ciertas condiciones, contrario al orden público internacional, y en consecuencia excluir la aplicación de la ley extranjera que lo permita y que sería aplicable a un acto concreto de reconocimiento. No obstante, ese principio de orden público, a no ser absoluta y totalmente inexcusable —lo que en este caso nos parece difícil imaginar—, no debe impedir que se considere hijo natural a quien fue reconocido en el extranjero bajo el imperio de una ley extranjera competente. Nuevamente sería aquí mayor la injusticia sustancial que se cometiese al ignorar las relaciones personales, patrimoniales, sucesorias derivadas del *status* de hijo natural, que al aceptar un reconocimiento que, por razones de orden público, no hubiese sido posible efectuar en el país.

El divorcio es precisamente una de las instituciones donde esa diferencia se presenta con características más nítidas y tiene mayores y más frecuentes repercusiones prácticas.

Es justo, por ejemplo, de acuerdo con la tesis expuesta en el capítulo 5, que el juez de un país que no consagre el divorcio por mutuo consentimiento, no divorcie a un matrimonio extranjero por el motivo expresado, a pesar de que sus normas de derecho internacional privado sometan las causas de divorcio a la *lex patriae* de los cónyuges y en la ley nacional respectiva se encuentra consagrado el divorcio por mutuo consentimiento. En ese caso, la justicia conflictual —aplicación de la ley competente y de los criterios de justicia consagrados en ella— sucumbe ante la justicia sustancial e impide, por lo tanto, que el criterio de justicia sustancial de la *lex fori* sea suplantado por el de la ley extranjera competente.

Mas no se justifica, sin embargo, que desconozca la validez de un divorcio pronunciado en el extranjero en condiciones materiales y procesales irrefutables, por el hecho de que se basó en el mutuo consentimiento de los cónyuges. Ese desconocimiento produciría generalmente injusticias sustanciales mucho más graves que aquellas que trata de evitar con la aplicación de sus principios del orden público internacional. Condenaría, en efecto, a una situación irregular permanente todas las relaciones jurídicas personales —matrimonios ulteriores de los cónyuges divorciados, hijos procreados en esos matrimonios— y todas las relaciones patrimoniales y sucesorias entre los divorciados con sus anteriores y actuales cónyuges y descendientes, etc., etc. Con el propósito de mantener en un caso concreto un principio abstracto de justicia sustancial, estaría fomentando un universo de injusticias e incertidumbres materiales.

No es siempre fácil distinguir cuáles son las normas de orden público internacional que afectan a la creación de situaciones jurídicas y no afectan al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero, como no es fácil tampoco determinar en zonas marginales dónde nos encontramos ante una creación o simple reconocimiento de situaciones jurídicas[50]. El problema, como todos los grandes problemas hermenéuticos, queda necesariamente sometido a la cuidadosa valoración de la jurisprudencia.

De ello cabe, sin embargo, desprender un principio general, útil para orientar esa compleja valoración jurisprudencial. De la misma manera que el contenido del orden público internacional es variable en el tiempo y en el espacio —en función de los principios ético-sociales dominantes—, es igualmente variable en función del grado de contacto que tenga la norma extranjera que lo contravenga con el sistema jurídico del juez. Ese contacto será prácticamente

[50] Casos especialmente problemáticos nos aparecen, por ejemplo, en el campo de los negocios jurídicos. ¿En qué medida puede surtir efecto un testamento otorgado en el extranjero y reglado por el derecho extranjero pero contrario al orden público internacional del juez? Es razonable admitir que no debe surtir efectos para sustentar en el territorio del juez una acción de reclamación de herencia, pero sí debe surtirlos para reconocer como propietario a quien haya adquirido en el exterior los bienes sucesorales de acuerdo con el testamento expresado. Algo similar puede decirse de contratos sometidos al extranjero y contrarios al orden público del juez. El problema requeriría un estudio mucho más complejo y profundo, y sólo aspiramos a señalarlo aquí.

irrelevante cuando la norma extranjera haya recibido íntegra aplicación en el exterior y sólo se invoquen en el foro cualidades y relaciones jurídicas que son en sí mismas inobjetables.

B. Sistemas que no consagran el divorcio vincular

El problema expuesto se ha planteado en los países que no consagran en su legislación el divorcio vincular.

Tales países consideran de orden público internacional la indisolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio Sus tribunales no lo decretan, por lo tanto, en ningún caso[51].

No obstante, esos países reconocen ordinariamente la validez de un divorcio pronunciado en el extranjero de acuerdo con la ley extranjera competente, al menos cuando ese divorcio no está vinculado al ordenamiento nacional. Reconocen, en consecuencia, el status de divorciado a quien lo adquirió válidamente en el extranjero, y le consideran, en tal virtud, hábil para contraer nuevo matrimonio.

Es interesante al respecto el caso del derecho italiano, tanto por la destacada posición que ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia italiana en el desarrollo de derecho internacional privado como por el hecho de ser uno de los escasos países europeos que no han consagrado nunca en su legislación interna el divorcio vincular. Los tribunales italianos no pronuncian el divorcio de ciudadanos extranjeros, aunque la ley personal de los cónyuges lo permita. Excluyen, por lo tanto, por razones de orden público, la ley nacional del extranjero, competente de acuerdo con la norma de conflicto italiana[52]. Sin embargo, según el criterio mayoritario de la doctrina, el orden público italiano no debe oponerse a reconocer la disolución del matrimonio por el divorcio válidamente decretado por un tribunal extranjero. La tesis ha sido, por ejemplo, clásicamente sostenida por Fiore[53], y más modernamente, por Morelli[54] y otros muchos[55]. La

[51] La tesis contraria ha sido defendida en nombre de la cabal aplicación de la ley personal, por François Laurent (*Droit Civil International*, Bruxelles, Paris, Bruylant-Christophe & Co. Editeurs, Librairie A. Marescq, Ainé, 1880, Tomo V, p. 132). Laurent cita al respecto opiniones similares de Troplong y Merlin.

[52] Alguna vez ha sido sustentada la opinión contraria por los tribunales, como en el famoso y discutido caso de los cónyuges von Bremen, sentenciado por el Tribunal de Ancona el 22 de marzo de 1884, en el cual se decretó el divorció de acuerdo con la ley personal. (Véase el texto en *Giurisprudenza Italiana*, 1884, II, 247). En un caso más reciente, la Corte de Casación ha anulado la sentencia de la Corte de Apelación de Turín por la cual se declaraba competente para aplicar una ley extranjera (en el caso, inglesa) de divorcio. (Sentencia de 17 mayo 1952. *Il Foro Italiano*, 1952, I, 1188).

[53] Fiore, Pascuale, *Derecho internacional privado*, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878, Tomo III, p. 697.

[54] Morelli, Gaetano, *Il Diritto processuale civile internazionale*, Padova, CEDAM, 2ª ed., 1954. Morelli señala claramente la necesidad de no identificar "*il concetto dell'ordine pubblico quale limite alia inserzione di norma straniere nell'ordinamento interno, con la conseguenza che dovrebbero considerarsi contrarie all'ordine pubblico e, come tali, escluse del riconoscimento tutte le sentenze straniere le quale applicano norme che, in quanto contrarie all'ordine pubblico, non sono suscettibili di essere assunte nell'ordinamento italiano*".

[55] Puede citarse a Anzilotti, Diena, Perassi, Udina, Busco, Quadri, Cavaglieri, Fedozzi, Monaco. Véase Pau, Giovanni, Divorzio (Diritto civile internazionale e comparato), en: *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, Vol. VI, p. 73.

jurisprudencia ha mostrado inicialmente criterios vacilantes[56]. Lo ha aplicado, sin embargo, en todo caso a los divorcios de nacionales de Estados miembros del Convenio de La Haya de 1902, pero lo ha aplicado después, igualmente, a cualesquiera divorcios de extranjeros cuya ley nacional admita ese modo de disolución del matrimonio[57]. Niega, sin embargo, el reconocimiento del divorcio cuando uno al menos de los cónyuges es italiano y su régimen familiar esté por lo tanto sometido a la ley italiana. Lo niega también en el complejo caso de los matrimonios concordatorios[58].

El reconocimiento de los divorcios extranjeros fue igualmente sustentado en Francia, antes de que la ley de 1884 consagrara el divorcio vincular[59].

En los países latinoamericanos que no consagran en su legislación el divorcio vincular tiende a prevalecer un criterio similar. Pueden mencionarse al respecto los casos de Argentina, Brasil, Chile y Colombia[60].

En el derecho argentino se considera válido el divorcio decretado en el extranjero, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado en el extranjero. El reconocimiento del divorcio extranjero no resulta, por lo tanto, ordinariamente obstaculizado por el orden público argentino[61]. Sólo en el caso de que el matrimonio hubiese sido celebrado en Argentina, el artículo 7 de la Ley de Matrimonio Civil impone restricciones especiales[62].

En Brasil, donde la *lex domicilii* sustituyó como ley personal a la *lex patriae* en la reforma de la Ley de Introducción al Código Civil que se llevó a efecto en 1942, dispone la mencionada ley que "no será reconocido en el Brasil el divorcio si los cónyuges fueren brasileños; y si uno de ellos lo fuere, será reconocido respecto al otro, que no podrá, sin embargo, casarse en el Brasil" (art. 76). A pesar de las innumerables controversias que ha originado el

56 Véase Vitta, Edoardo, L'ordre public en matiére de divorce et de nullités de mariage dans la jurisprudence italienne, en: *Revue Critique de Droit international privé*, 1965, Vol. 54, pp. 267 ss.

57 Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación de 6 de febrero de 1961 (11 *Foro Italiano*, I, p. 430).

58 Se trata de los matrimonios regulados por el concordato de 11 de febrero 1929 entre el Estado italiano y la Iglesia Católica, y por la subsiguiente Ley sobre el Matrimonio de 27 de mayo de 1929, en los cuales se otorgan efectos civiles al matrimonio católico. Véase al respecto Vitta, art. cit., donde examina algunos de los problemas técnicos que plantea, desde el punto de vista del derecho internacional privado, el matrimonio concordatorio.

59 Aunque los tribunales franceses se pronunciaron inicialmente por la tesis contraria, el criterio expresado prevaleció a partir del famoso caso Bulkley, resuelto por sentencia de la Corte de Casación de 28 de febrero de 1860 (Sirey, 1860-1-210). La misma doctrina se aplicó, después de la supresión del divorcio en 1816, a los franceses divorciados en la época de la Revolución y del Imperio.

60 Los únicos países latinoamericanos que no consagran el divorcio son Argentina, Brasil, Chile, Colombia y. Paraguay.

61 Véase Goldschmidt: *Sistema y Filosofía*…, ob. cit., p. 403; Vico, Carlos, *Curso de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1967, Tomo 2, p. 85.

62 El artículo 7 de la Ley de Matrimonio Civil dice que "la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no fuera a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse". Se ha discutido si ese precepto se limita a negar validez a un nuevo matrimonio argentino o si niega validez a cualquier matrimonio ulterior. (Véanse obras citadas en la nota superior).

mencionado precepto, es evidentemente deducible que se reconoce el divorcio de extranjeros domiciliados en el extranjero que fuere decretado de acuerdo con la ley extranjera competente[63].

En Chile se reconoce el divorcio decretado, en el exterior de conformidad con las leyes extranjeras. El artículo 120 del Código Civil dispone que si ese matrimonio no hubiere podido disolverse según las leyes chilenas —lo que sucede, de acuerdo con el artículo 15 del Código Civil, cuando uno o ambos cónyuges sean chilenos—, el divorcio no habilita a ninguno de los dos cónyuges para celebrar nuevo matrimonio en Chile, mientras viviere el otro cónyuge[64].

En Colombia se reconoce, en general, el divorcio de extranjeros válidamente decretado en el extranjero, si bien no se reconoce, por aplicación de la ley personal, el divorcio de colombianos en el exterior, aunque sólo sea colombiano uno de los cónyuges[65].

El problema se planteó también en Venezuela antes de que la reforma del Código Civil de 1904 incluyera en nuestra legislación el divorcio vincular. La tesis del reconocimiento, siempre que no se trate de venezolanos, sujetos en esta materia al régimen de la *lex patriae*, fue sustentada en aquella época por el doctor Herrera Mendoza. "El extranjero —escribió Herrera Mendoza— divorciado de acuerdo con su estatuto personal, por sentencia de los tribunales competentes de su patria o de otra nación que admita el divorcio, puede contraer matrimonio en Venezuela si presenta copia debidamente legalizada de la sentencia que lo declara libre"[66]. En el mismo sentido se pronunció Dominici al comentar el artículo 17 del Código Civil de 1896 (equivalente al artículo 26 del Código Civil vigente). "Si [un extranjero] —escribía Dominici— se hubiera divorciado legalmente en su país de un matrimonio contraído fuera de

---

63 El precepto suscita no pocas dudas y observaciones en relación con los demás casos, esto es, en el caso de que se divorcien en el extranjero brasileños o personas domiciliadas en el Brasil. Se ha discutido si la primera parte supone o no la consagración de la *lex patriae* en lugar de la *lex domicilii* para el caso específico del divorcio, o si es una simple norma sobre condición jurídica de los extranjeros. La segunda parte puede dar lugar a situaciones tan curiosas como ilógicas. Por ejemplo, si el extranjero divorciado de brasileño en el exterior se casa de nuevo en el exterior con otro brasileño, habrá dos personas brasileñas casadas válidamente a la vez con una misma persona extranjera. Véase una discusión del problema en De Castro, Amilcar, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense Juridica, 1968, Tomo II, No. 165. Es interesante observar que Castro, reiterando la posición que mantuvo Clovis Bevilacqua en el Congreso Jurídico Americano de 1900, sustenta con singular precisión la tesis expuesta en el texto. Escribe, en efecto: "…a barreira da ordem público internacional é sempre mais baixa na atribuição de afeitos a fatos ocorridos no estrangeiro, do que na apreciação originária de fatos pertinentes ao *forum*. E com esta orientação é que se deve abordar a questão da atribuição de efeitos à divorcio decretado no estrangeiro". (ob. cit., pp. 99-100).

64 Esa disposición ha sido criticada en Chile, porque mientras el cónyuge extranjero puede contraer nuevo matrimonio en el extranjero y ese matrimonio se considera válido en Chile, el cónyuge chileno queda ligado por el matrimonio anterior y no puede volver a casarse en ningún país del mundo. (Véase Albónico Valenzuela, Fernando, *Manual de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, Tomo II, No. 406).

65 Véase el resumen que formula Caicedo Castillo de los principios que rigen en materia de divorcio en el derecho colombiano (*Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, Tomo II, No. 213). Caicedo Castillo observa que, en aplicación del artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1889, vigente en Colombia, puede incluso ser válida y ejecutable una sentencia que otorgue el divorcio vincular a colombianos, casados civil o católicamente en otro país, que obtuvieron el divorcio ante el juez del domicilio por causas admitidas por la ley del derecho del domicilio y por la del lugar de celebración.

66 Herrera Mendoza, Lorenzo, Autoridad extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio, en: *Anales de la Universidad Central*, 1902, año III, p. 453.

Venezuela, podría casarse aquí, porque el matrimonio celebrado en la República es el que nuestra ley considera indisoluble y el extranjero se rige en el caso por su estatuto personal"[67].

Por último, merece citarse, en sentido contrario, en razón de su posición excepcional, el caso de España, donde ha ejercido una máxima influencia la concepción sacramental del matrimonio del derecho canónico. La jurisprudencia española ha considerado de orden público internacional el principio de indisolubilidad del vínculo conyugal y ha negado, en consecuencia, el reconocimiento de divorcios legalmente decretados en el extranjero. Así, el Tribunal Supremo ha declarado nulo el matrimonio celebrado en Londres entre un español y una francesa que se había divorciado en Francia de un francés, de acuerdo con la ley francesa[68].

C. Sistemas que aplican la ley personal al divorcio

El problema se ha planteado asimismo en los países que aplican la ley nacional al divorcio y consagran, al mismo tiempo, en su legislación el divorcio vincular. ¿Debe ser igual el contenido y grado de aplicación del orden público cuando se pronuncia un divorcio en el país que cuando se reconoce la validez de un divorcio pronunciado en un país extranjero?

Es instructivo al respecto comparar las soluciones congruentes de la jurisprudencia y de la doctrina en Francia y Alemania, dos países típicamente representativos de este grupo.

Constituye, sin duda, un mérito singular de la jurisprudencia francesa el haber construido la doctrina del "efecto atenuado" (*éffet atenué*) del orden público cuando se aprecia la validez de una situación jurídica legalmente creada de conformidad con un derecho extranjero.

La tesis fue claramente consagrada en el famoso caso Rivière, sentenciado por la Corte de Casación en el año 1953[69]. Se trataba de un divorcio por mutuo consentimiento decretado por un tribunal ecuatoriano entre una mujer francesa y un marido de origen ruso domiciliado en Ecuador. A pesar de que el divorcio por mutuo consentimiento no está consagrado en la legislación francesa y se considera —en cuanto tal— contrario al orden público internacional francés, la Casación reconoció la validez del divorcio. Arguyó que "la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según que imponga obstáculos a la

---

[67] Dominici, Anibal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Caracas, Edit. Rea, reedición, 1962, p. 61. A pesar de que Dominici sustenta una tesis correcta, entremezcla, con el dudoso tecnicismo con que el eminente comentador y civilista suele abordar los problemas de derecho internacional privado, la ley personal y la *lex loci celebrationis*. En el mismo sentido, Luis F. Fernández, quien critica con razón la intervención que Dominici otorga a la ley del lugar de celebración del matrimonio. (*El divorcio considerado bajo el punto de vista del Derecho internacional privado*, Caracas, 1902, p. 32). También en el mismo sentido parece manifestarse, en un reciente e incidental comentario sobre el tema, Parra-Aranguren, Gonzalo, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero, en: Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, 1965-1966, No. 1, p. 149, nota 69.

[68] Sentencia de 12 de mayo de 1944 (*Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 648). Véase asimismo Verplaetse, Julian, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Artes Gráficas, 1954, pp. 417, 419; Goldschmidt, *Sistema y Filosofía*…, ob. cit., Tomo II, pp. 313-314.

[69] Sentencia de la Corte de Casación de 17 de abril, de 1953. (*Revue*, 1953, p. 412).

adquisición de un derecho en Francia o según que se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y de acuerdo con la ley a quien el derecho internacional privado francés otorga competencia".

La doctrina del efecto atenuado del orden público cuando se trata de reconocer derechos válidamente creados en el extranjero puede hoy considerarse incorporada a la doctrina y a la jurisprudencia francesa[70]. Ha recibido aplicación en una serie de campos, como, por ejemplo, para admitir el reconocimiento en el extranjero de un hijo adulterino[71] o para admitir que una de las mujeres de un extranjero polígamo reclame alimentos en Francia a su marido[72].

En el derecho alemán, la cláusula de orden público referente a la eficacia de las sentencias extranjeras está consagrada en el Código Procesal Civil (art. 328, numeral 48, de la *Zivilprozessordnung*). El mencionado precepto dispone que no habrá lugar al reconocimiento si atentare contra las buenas costumbres o el fin de una ley alemana. Está redactado, por lo tanto, de manera análoga a la cláusula general de orden público que se contempla en el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB). Aunque la doctrina del efecto atenuado del orden público aparece expuesta casi con los mismos términos por Raape, quien la justifica, además, con la expresiva frase "actuar uno mismo es distinto que avenirse al modo de actuar de los demás" (*Selbst handeln ist etwas anders als sich mit fremden Handeln abfinden*)[73], no la encontramos enunciada en Alemania con la nitidez con que lo ha sido en Francia. Ello se explica, sin embargo, por dos razones. La una es que la jurisprudencia alemana ha manejado con gran moderación el orden público frente a sentencias extranjeras y ha sentido menos necesidad de acuñar una expresión que justificase esa conducta. La otra es que ha llegado a esa conclusión a través del problema general de delimitar los distintos casos concretos en los cuales la aplicación de la norma extranjera atenta al orden público del país.

En apoyo de lo expuesto, puede observarse que la doctrina y la jurisprudencia alemanas ofrecen un copioso repertorio de casos en los cuales se admite el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio que disuelven el matrimonio por causas por las cuales no podría haber sido disuelto por un tribunal alemán. El *Reichsgereicht* admitió en 1938 el divorcio soviético por simple acuerdo de los cónyuges, anterior por lo tanto a la ley soviética de 1944, a pesar de que el derecho alemán no consagraba el divorcio por mutuo consentimiento. Aunque sobre el punto existen soluciones discordantes, los tribunales alemanes han admitido el divorcio de un

[70] Véase, por ejemplo, Batiffol, *Droit International Privé*…, ob. cit., p. 367; Niboyet, *Cours de Droit international privé*…, ob. cit., p. 575; Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, ob. cit., pp. 388-9.
[71] Sentencia de la Corte de Casación de 22 de mayo de 1957 (*Revue*, 1957, p. 466).
[72] Sentencia de la Corte de Casación de 28 de enero de 1958 (*Revue*, 1958, p. 110).
[73] Raape, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 142. Véase igualmente Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts*…, ob. cit., p. 258.

egipcio por repudio de su mujer[74]. Raape considera que el orden público no debe siquiera intervenir en relación con cónyuges alemanes divorciados por mutuo consentimiento en el extranjero, siempre que no hubiere fraude a la ley[75], y mantiene además que en el caso de extranjeros divorciados en el extranjero el orden público apenas entra en consideración[76].

Kegel ha expuesto que el orden público requiere que la norma extranjera que lo contraviene tenga un contacto con el sistema interno (*Inlandsberührung*), y que cuanto más intenso sea ese contacto, más directamente quedará afectado el orden público. Afirma, por el contrario, rememorando el verso del Fausto, que ese contacto no existirá: "*wenn hinten weit in der Türkei die Völker aufeinanderschlagen*" (cuando allá lejos, en Turquía, los pueblos pelean entre sí)[77], [78].

D. Sistemas que aplican la lex fori (en cuanto lex domicilii) al divorcio

En el caso de los países que aplican a los divorcios pronunciados por los propios tribunales la *lex fori*, en cuanto ley del tribunal competente para decretar el divorcio —normalmente coincidente con la ley del domicilio conyugal— y no en cuanto principio restrictivo de orden público internacional, el problema expresado se resuelve en cierto modo por la propia lógica de los hechos. Tales sistemas reconocen, en efecto, igualmente la válida aplicación de la ley del tribunal extranjero, cuando el divorcio es decretado por los tribunales del país del domicilio. Tienden así a atenuar o reducir, cuando no a eliminar la intervención del orden público internacional.

Esta es la solución que generalmente se consagra en el mundo angloamericano. El sistema del *common law* muestra así su singular capacidad para resolver adecuadamente los casos prácticos. En efecto, una solución —como la de la *lex fori*— que parece quizá excesivamente territorialista —cuando se contempla en relación con los divorcios decretados en el país—, se convierte, gracias a la adopción de un criterio equivalente para las relaciones jurídicas creadas

74 Kegel, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 300.
75 Raape, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 309, nota 94.
76 Raape, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 314.
77 Kegel, *Internationales Privatrecht*…, ob. cit., p. 188.
78 En cierto modo ligado con el problema del orden público se halla el problema de si la sentencia extranjera debe haber aplicado la ley material competente de acuerdo con el derecho internacional privado del país ante el cual se invoca. Puede considerarse excepcional la tesis francesa que tiende a exigir ese requisito, lo que equivale a imponer la vigencia o al menos a requerir la aplicación universal de las propias normas de conflicto. No lo exigen Alemania, Italia, Bélgica, Suiza, etc., etc., ni, con mayor razón, los países de *common law*. Nos parece a lo sumo admisible mantener esa tesis, como corolario del principio de orden público, en los casos en que la norma de derecho internacional privado del sistema donde se invoca la sentencia extranjera remite al propio ordenamiento material y su infracción suponga, por lo tanto, una infracción de la propia ley material. El problema ha sido aludido someramente por nosotros en otra oportunidad (véase Sánchez-Covisa, Joaquín, *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*, Caracas, Emp. El Cojo, 1956, pp. 21 ss.). El punto ha sido tratado en Venezuela por J. Muci Abraham (Conflicto de leyes y juicio de exequátur…, ob. cit., pp. 340 ss.), quien estima contrario al orden público la no aplicación material declarado competente por la norma de conexión del país donde se invoca la sentencia extranjera, en el supuesto de que el conflicto de leyes estuviere vinculado a ese ordenamiento.

en un territorio ajeno, en una solución generosa hacia el derecho foráneo y perfectamente congruente con los principios ideales de la comunidad jurídica internacional.

Esta tesis se resume en el derecho de los Estados Unidos en la proposición: "*A divorce decree rendered in a State where both parties are domiciled is entitled to recognition in other States*"[79], es decir, la sentencia dictada en el país del domicilio será reconocida en los demás países. Así por ejemplo, en el caso *Miller vs. Miller* (1911), los tribunales de Nueva York reconocieron el divorcio decretado en Rusia por un rabino; y en el caso *Kapigian vs. Minassian* (1912), los tribunales de Massachusetts reconocieron un divorcio efectuado en Turquía sin intervención judicial, por la simple conversión de la mujer a la religión mahometana. Esta regla se aplica en los conflictos de leyes con derechos extranjeros, y se aplica también con carácter obligatorio, en virtud de la "*full faith and credit clause*" de la Constitución de los Estados Unidos, en los conflictos de leyes entre los distintos Estados de la Unión.

La tesis del *common law* fue sobria y clásicamente enunciada en Inglaterra por Dicey[80]. De acuerdo con el criterio de los tribunales ingleses, la validez de un divorcio obtenido en el país del domicilio no queda afectada por el hecho de que fuera concedido por una causa no admitida por el derecho inglés. En el caso *Mezger vs. Mezger* (1937, p. 19) fue reconocido un divorcio decretado por conducta insultante, y en el caso *Pemberton vs. Hughes* (1899, 1 Ch), por carácter violento o indomable, esto es, por causas que no son admisibles en el derecho inglés[81]. Los tribunales ingleses han llegado a admitir la validez de un divorcio extranjero a través de un reenvío jurisdiccional, esto es, en virtud de que le otorga validez la ley del país de domicilio de los cónyuges[82].

La tesis general del derecho angloamericano ha sido insuperablemente expuesta en 1906 por el juez Sir Gorell Barnes en el caso *Bater vs. Bater*:

> Si este país reconoce el derecho de un tribunal extranjero para disolver el matrimonio de dos personas que estaban en esa época domiciliados en país extranjero, tiene también que admitir que ese matrimonio pueda ser disuelto de acuerdo con la ley de ese país extranjero, incluso en el caso de que esa ley disuelva el matrimonio por causas por las cuales no se disuelve en este país. No proceder así conduciría a resultados absurdos, porque según la ley del domicilio habrían dejado de ser marido y mujer, y sin embargo serían marido y mujer si

[79] Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws*…, ob. cit., p. 130.

[80] "*A valid judgment, or sentence of divorce, has in England the same effect as a decree of divorce… granted by the court in England, as regards the status of the parties to the marriage which is dissolved*". (*Dicey*, Albert venn, *The Conflict of Laws*. Londres, London, Stevens & Sons, 1949, Rule 93).

[81] Cheshire, *Private International Law*…, ob. cit. p. 395.

[82] En el famoso caso *Armitage vs. Aromey General*, en 1906, se reconoció un divorcio decretado en el Estado de Dakota del Sur porque era reconocido en el Estado de Nueva York, en el cual estaban domiciliadas las partes. Más recientemente, en 1959, en el caso de Mountbatten vs. Mountbatten, se extendió esta doctrina, reconociendo la validez de un divorcia mexicano en virtud de que se acreditó ante el tribunal que los tribunales de Nueva York, donde, la esposa tenía su residencia reconocían la jurisdicción del tribunal mexicano. (Véase Cheshire, *Private International Law*…, ob. cit., pp. 399-400).

volviesen a su país. Esto no es conveniente ni lógico, por lo cual creo que el divorcio es válido si estaban domiciliados efectivamente y de buena fe en el país donde se dictó la sentencia[83].

Es obvio, por lo demás, que las causas del divorcio extranjero no son necesariamente reconocidas en todos los casos. Cuando sean absolutamente incompatibles con los supremos principios ético-jurídicos que informan el sistema del juez, serán rechazados por razones de *public policy*, esto es, a través de la peculiar manifestación que adopta en el *common law* la cláusula de orden público internacional. En este punto entronca la doctrina de los sistemas que aplican la *lex fori* o la *lex domicilii* con la de los que aplican la ley nacional.

Sin embargo, el criterio decididamente moderado y excepcional con que hacen uso los jueces angloamericanos de ese concepto —la misma idea de *public policy* sugiere que ha de conmover las bases del orden social— contribuye a lograr que el reconocimiento de divorcios decretados por el tribunal del país donde están domiciliadas las partes se haga casi sin reservas. El control del orden público se ha concentrado en forma prácticamente exclusiva, en los países de *common law*, en el control de la regularidad procesal del juicio.

E. Legislación y jurisprudencia venezolanas

Así como no hay en el derecho venezolano ningún precepto legislativo que consagre la cláusula general de orden público internacional[84], existe, en cambio, un precepto legislativo que la consagra frente al contenido material de una sentencia extranjera. El artículo 748 del Código de Procedimiento Civil exige, en efecto, entre los requisitos necesarios para dar fuerza ejecutoria a la sentencia extranjera, que "no contenga declaraciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República"[85].

¿Qué interpretación ha dado la Corte Suprema a este precepto al apreciar la disolución del matrimonio por sentencias extranjeras de divorcio?[86].

---

[83] Citado por Cheshire, *Private International Law*…, ob. cit., p. 395.

[84] Se ha querido ver esa norma en el artículo 8 del Código Civil. A pesar de que esta opinión es sustentable y ha sido apoyada por la eminente figura del doctor Herrera Mendoza, nos resistimos a hacer decir al artículo mencionado lo que no concuerda con su historia, con su letra ni con su significación. (Véase Sansó, Benito, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1967, p. 729). Ha sido, por otra parte, una vez más, el doctor Herrera Mendoza quien puso de relieve el origen y la equívoca significación de dicho artículo en el derecho venezolano. (Véase: *Escuela estatutaria en Venezuela*…, ob. cit., especialmente el capítulo sobre "El hibridismo antagónico de nuestra legislación", pp. 140 ss.).

[85] El numeral 4° del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, cuya redacción no es afortunada, dice textualmente: "Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en Venezuela, y que la sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público, o al derecho público interior de la República, ni choque contra la sentencia firme dictada por los tribunales venezolanos".

[86] En virtud de que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial dominante, se exige el juicio previo de *exequátur* para otorgar cualesquiera efectos a una sentencia extranjera de divorcio (véase cap. III.F), la correspondiente interpretación se ha perfilado en los juicios

Esa interpretación suscita de nuevo una paradójica situación.

Por una parte, al igual que en el caso de divorcios decretados por un tribunal nacional, ha prevalecido la tendencia territorialista que fue certeramente descrita y criticada hace un cuarto de siglo por el doctor Herrera Mendoza[87]. En virtud de esa tendencia, que alzaprima, en cierto modo a la ley propia como ley *par excellence* y concibe los principios imperativos de esa ley como destinados a regir *urbi et orbi*, la Corte ha afirmado que los divorcios extranjeros sólo son válidos en Venezuela cuando se ajustan a las causas de divorcio de la ley venezolana.

Como reflejo de esa actitud, vale la pena citar algunas decisiones recientes y significativas. En la sentencia del 5 de mayo de 1965[88] se niega el *exequátur* a una sentencia mexicana de divorcio (Chihuahua) porque "no se menciona en la decisión ningún hecho o circunstancia que permita determinar si los hechos causantes del divorcio coinciden con los supuestos a que se contraen las causas taxativamente expresadas en el Código Civil venezolano". La materia referente a las sentencias extranjeras de divorcio —afirma la Corte en la expresada sentencia— "es de eminente orden público, no admitiéndose la disolución del vínculo matrimonial sino por las 'causas únicas' que se indican en el artículo 185 del Código Civil". (Entrecomillado de la Corte). En la sentencia de la Corte de 8 de diciembre de 1965[89] se niega asimismo el *exequátur* a una sentencia norteamericana de divorcio (Florida) porque no se menciona en ella la causa, hechos o circunstancias que dieron motivo al divorcio. La Corte afirma que "la materia del divorcio y en general todas las relaciones personales de la familia son de orden público absoluto en la legislación venezolana", y en consecuencia, "la disolución del matrimonio sólo procede por una cualquiera de las causas únicas indicadas por el artículo 185 del Código Civil". En la sentencia del 3 de agosto de 1966[90] se niega el exequátur a una sentencia mexicana de divorcio (Ciudad de México) porque no determina los hechos o circunstancias que configuran la injuria grave, lo cual se considera indispensable a los fines de apreciar su concordancia con la causal correspondiente de la ley venezolana.

En algunos casos, el criterio territorialista expresado tiende a inclinar a la Corte por el peligroso camino de revisar en el fondo la decisión del juez extranjero[91], lo cual contradice la noción misma del *exequátur*, que es un simple reconocimiento u homologación —un simple *dar fuerza ejecutoria*, según los términos del artículo 746 del Código de Procedimiento Civil,

---

de *exequátur* que se ventilan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil, ante la Corte Suprema de Justicia (antes Corte Federal y de Casación).

87 Véase capítulo II.D y especialmente nota 28.

88 *Gaceta Forense*, No. 48, p. 97.

89 *Gaceta Forense*, No. 50, p. 242.

90 *Gaceta Forense*, No. 53, p. 63.

91 Ello es especialmente valedero para la sentencia últimamente citada, en la cual el presidente de la Corte, doctor J, M. Padilla, y el magistrado doctor Saúl Ron salvaron sus votos, basados precisamente en la razón expresada.

a lo decidido por el juez extranjero—, y no un nuevo juicio y una nueva valoración de los hechos por el tribunal nacional.

Desde luego, es verosímil que en determinados casos se trataba de sentencias procesalmente irregulares, en las cuales no tenían jurisdicción los tribunales extranjeros o no había tenido lugar una verdadera controversia judicial, y en cuanto tales, carentes de eficacia internacional, y la Corte, en lugar de invocar esos vicios, recurrió para rechazarlas al camino más fácil, aunque técnicamente más dudoso, de afirmar que no se habían acreditado hechos constitutivos de causales consagradas en la ley venezolana.

Por otra parte, a pesar de esa radical adhesión verbal a la tendencia territorialista y a la aplicación integral de la ley propia, la Corte Suprema, evidentemente sensible ante las razones de justicia que exigen con menos rigor la cláusula de orden público frente a situaciones jurídicas constituidas en el extranjero, ha concedido reiteradamente el *exequátur* a sentencias de divorcios decretadas por causas no contempladas en la ley venezolana.

En primer término, ha otorgado el *exequátur* a sentencias de divorcio extranjeras decretadas por mutuo consentimiento de los cónyuges. Citemos, a título de ejemplo, la sentencia de 4 de octubre de 1939[92], que otorga el *exequátur* a un divorcio ecuatoriano; y más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 1963[93] que otorga el *exequátur* a un divorcio panameño, y la sentencia de 20 de mayo de 1963[94] que lo otorga a un divorcio cubano[95].

Mas, en segundo lugar, la Corte ha otorgado igualmente el *exequátur* a sentencias extranjeras de divorcio fundadas en causales distintas de las que se consagran en la legislación nacional. Citemos, a título de ejemplo, la sentencia de 19 de mayo de 1965[96] que homologa un divorcio cubano decretado por incompatibilidad de caracteres, desavenencias y separación de hecho de los cónyuges[97]; la sentencia de 8 de diciembre de 1965[98] que homologa un divorcio

92 *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, 1940, Tomo I, p. 271.
93 *Gaceta Forense*, No. 40, p. 14.
94 *Gaceta Forense*, No. 40, p. 211.
95 Es, sin duda, especialmente justificado —a ello nos hemos referido en el capítulo 10— considerar que un divorcio válidamente decretado en el extranjero por mutuo consentimiento de los cónyuges no atenta contra el orden público internacional venezolano, a pesar de que ese mismo orden público impediría en todo caso que un tribunal venezolano decretase un divorcio por mutuo consentimiento. Una razón decisiva adicional en apoyo de esa tesis —razón que esgrimen expresamente las dos sentencias últimamente citadas— es el hecho de que el divorcio por mutuo consentimiento está implícitamente reconocido en nuestra legislación después de un período de separación judicial de dos años. Vale la pena también mencionar que el divorcio por mutuo consentimiento está consagrado en numerosos países cuyas concepciones ético-jurídicas, religiosas y sociales son sustancialmente similares a las nuestras. En el mundo latinoamericano, el divorcio por mutuo consentimiento está consagrado en Bolivia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay. Se puede además obtener en Perú y en Costa Rica después de uno o dos años —respectivamente— de separación judicial. En Cuba se puede obtener después de una separación de hecho de seis meses.
96 *Gaceta Forense*, No. 48, p. 147.
97 En igual sentido, las recientes sentencias de 28 de noviembre y 20 de diciembre de 1967, publicadas, respectivamente, en la *Gaceta Oficial* de 11 de enero y de 29 de enero de 1968, en las cuales se homologan divorcios cubanos.
98 *Gaceta Forense*, No. 50, p. 245. En igual sentido, sentencia de 19 de diciembre de 1966 (*Gaceta Oficial* de 24 de enero de 1967).

cubano decretado por "desavenencias entre los cónyuges"; la sentencia de 1967[99] que homologa un divorcio uruguayo decretado por riñas y disputas continuas; y las propias sentencias de 4 de noviembre de 1965[100] y de 24 de enero de 1967[101] que homologan divorcios norteamericanos —el primero del Estado de Florida y el segundo del Estado de Alabama— decretados por "*cruelty*" (crueldad) de uno de los cónyuges[102].

Es asimismo significativo que la Corte, inspirada por la prevaleciente doctrina antes mencionada, ha homologado tales sentencias afirmando que los hechos constitutivos de esas causales extranjeras coinciden o son equivalentes a los de las causales contenidas en nuestra legislación. Esta afirmación puede ser en algunos casos valedera, pero es en otros difícil de aceptar. ¿Puede, por ejemplo, decirse, como ocurre en algunas de las sentencias anteriormente citadas, que la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho de la legislación cubana, o que las riñas y disputas de la legislación uruguaya, que son estados objetivos que no implican culpabilidad de uno de los cónyuges, son equivalentes, respectivamente, como afirma la Corte en las sentencias citadas, al abandono voluntario o a los excesos, sevicia o injuria grave, que significan en nuestra legislación la manifiesta conducta culpable de uno de los cónyuges?[103].

Debe, sin duda, aplaudirse plenamente la reiterada orientación de la Corte Suprema al apreciar con notoria amplitud las causas de divorcio contenidas en sentencias extranjeras. Sería, sin embargo, más adecuado fundar esa actitud, no en una supuesta o real equivalencia con las causas de la legislación venezolana, sino en el principio de que el orden público internacional debe ser menos exigente cuando se trata de apreciar un divorcio válidamente decretado en el extranjero que cuando se trata de decretarlo en el país, esto es, en lo que ha denominado la Casación francesa el "efecto atenuado" del orden público[104].

Esa tesis no sólo colocaría sobre bases jurídicas más firmes el criterio sustentado por la Corte Suprema sino que permitiría construir sistemáticamente una doctrina judicial que es de

---

[99] *Gaceta Oficial* de 31 de enero de 1968. (La sentencia se publica en la *Gaceta* sin mención de día y mes).
[100] *Gaceta Forense*, No. 50, p. 31.
[101] *Gaceta Oficial* de 9 de marzo de 1968.
[102] Es razonable admitir que esta causa resulte más equiparable a la correspondiente causal venezolana que las anteriores. En la sentencia de 4 de noviembre de 1965, la Corte usa un lenguaje menos riguroso que el usual. "No sería razonable —afirma— exigir una absoluta igualdad entre las causales de las dos legislaciones, sino que razonablemente haya entre ellas similitud material". Es por lo demás, interesante que en la última de las expresadas sentencias —la del Estado de Alabama— ambos cónyuges eran venezolanos.
[103] Véase un ejemplo muy reciente en la sentencia de 27 de noviembre de 1968 (*Gaceta Oficial* No. 28.808, de 20 de diciembre de 1968), la cual considera equiparable la separación de más de seis meses de la legislación cubana al abandono voluntario de la legislación venezolana.
[104] Es interesante citar a este respecto la sentencia de 24 de abril de 1967 Corte Suprema de Justicia: *El valor de las sentencias de divorcio extranjero,* Caracas, 1947. p. 21), de la cual fue ponente el doctor Luis Loreto, y en la cual se concedió el *exequátur* al divorcio de dos españoles decretado en Cuba. La Corte decidió que esa sentencia que las causales de divorcio se regían por la ley del domicilio, de acuerdo con las disposiciones del Código Bustamante, ratificadas igualmente por Cuba y Venezuela, por lo que consideró irrelevante que las causales de la ley cubana no correspondieran exactamente con las causales de la ley venezolana.

inmensa importancia para el divorcio, pero que lo es, en no menor medida, en los demás sectores de las relaciones jurídico-privadas de la vida internacional[105].

Es, finalmente, digno de mención el hecho de que tanto en lo que respecta a los divorcios decretados en el país como a la apreciación de divorcios pronunciados en el exterior, la jurisprudencia nacional se ha basado en motivaciones que son, a nuestro juicio, teóricamente objetables, pero ha dictado en general decisiones ajustadas a las necesidades de justicia de la realidad nacional. La misión del estudioso es, sin duda, contribuir en lo posible a aclarar esos problemas y evitar esos errores. No obstante, en el verdadero cumplimiento de la misión que corresponde a los jueces es mucho más importante el contenido de la decisión que los motivos e ideas en que se fundamenta. Usando una terminología familiar en el *common law* e infortunadamente descuidada en los sistemas jurídicos latinos, es la *ratio decidendi* —esto es, la razón objetiva del pronunciamiento judicial— y no los *obiter dictae* —esto es, las consideraciones incidentales de los jueces que no inciden decisivamente en el contenido del fallo— lo que integra la sustancia jurídica real de la jurisprudencia.

F. Mecanismos de control de la sentencia extranjera de divorcio

Las ideas anteriormente expuestas se refieren a cuestiones de fondo. Son, en cuanto tales, independientes de los criterios procesales que adopte cada sistema jurídico para admitir la penetración de los efectos de la sentencia extranjera. Aunque el análisis de este aspecto rebase los propósitos del presente trabajo, es conveniente exponer algunas consideraciones que complementen el panorama general esbozado en las páginas anteriores.

En los países que admiten el efecto de plano de la sentencia extranjera de divorcio, el control será eventualmente ejercido por cualquier tribunal ante el cual se plantee el problema en forma principal —en un juicio sobre la validez o nulidad del divorcio extranjero—, o en forma incidental —en un juicio, por ejemplo, sobre la validez de un matrimonio ulterior o sobre la legitimidad o los derechos sucesorios de los hijos nacidos de ese segundo matrimonio.

Esta solución rige, en el derecho comparado, en tres grupos de sistemas jurídicos que llegan a similares conclusiones por vías curiosamente diversas.

---

[105] El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado no contempla especialmente el tema. En todo caso, es digno de observar que el artículo 53 al enunciar los requisitos que han de reunir las sentencias extranjeras para tener efecto en Venezuela, no menciona la contradicción del contenido material de la sentencia con el orden público internacional venezolano, El punto queda en todo caso sometido a las disposiciones generales del artículo 6, que permite excluir las disposiciones del derecho extranjero cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Es evidente que esa incompatibilidad ha de producirse menos veces al reconocer una sentencia extranjera que al crear una situación jurídica nueva en el país. Por lo demás, la disposición del artículo 5 sobre derechos adquiridos en el exterior, que alude en general a los efectos de cualesquiera situaciones jurídicas creadas en el derecho extranjero, es igualmente significativa para la apreciación de los efectos de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Rige, en primer lugar, en los países de *common law*, en los cuales el divorcio decretado en el exterior es un *status* personal que no requiere un acto formal de reconocimiento, como sucede a cualquier estado jurídico relativo a las personas o a las cosas, pero que también, al igual que en estos otros casos, puede ser en cualquier momento objeto de impugnación y controversia judicial[106].

Rige, en segundo lugar, en los países que, de acuerdo con el modelo del derecho alemán, diferencian, con criterios no demasiado distantes del *common law*, el reconocimiento (*Anerkennung*) de la ejecución (*Vollstreckung*) de las sentencias extranjeras, y someten solamente la ejecución a la previa homologación judicial[107].

Rige, en tercer lugar, en los países donde, de acuerdo con el modelo francés, a pesar de exigirse, con mayor o menor rigor, un juicio previo de homologación o *exequátur* para la penetración de los efectos de la sentencia extranjera, se considera que las sentencias relativas al estado y capacidad de las personas surten efectos de plano cuando no entrañen actos de ejecución sobre las personas o las cosas[108].

De otro lado, en los países que someten en todo caso a una previa homologación o declaratoria de eficacia (*exequátur*) la penetración de los efectos de la sentencia extranjera, es evidentemente el tribunal encargado de otorgar esa homologación o *exequátur* el que ejerce el

---

106 En el trabajo presentado al V Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Bruselas, 1958), P.R.H. Webb enuncia la posición del derecho inglés en los términos siguientes: "*An English court will recognise a final decree of divorce granted by the competent court of a foreign state as a judgment in rem effective in England (without anything in the nature of an exequatur) to dissolve the parties status as married persons*". Ese reconocimiento está solamente sometido a las reglas atributivas de jurisdicción al tribunal extranjero y al hecho de que se haya sometido a las normas que aseguran la regularidad del procedimiento (*English standards of faimess*). (*The Effect [in England] of foreign Divorce Decrees*, Brussels, International Academy of Comparative Law, 1958, p. 212). La tesis del derecho inglés puede considerarse, *mutatis mutandis*, representativa del derecho angloamericano.

107 El derecho alemán regula el reconocimiento y la ejecución en los artículos 328 y 722, respectivamente, del Código Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*). Debe, sin embargo, observarse que el artículo 24 del cuarto decreto de aplicación de 25 de octubre de 1941 de la Ley de Matrimonio (*Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz*) somete la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio a una homologación administrativa del ministro de Justicia del Reich (hoy ministro de Justicia de los *Länder*). Sin embargo, esta homologación sigue siendo innecesaria cuando la sentencia ha sido dictada por un tribunal de la nacionalidad de los cónyuges, lo que excluye normalmente la mayor parte de los divorcios extranjeros.

108 La famosa sentencia de 28 de febrero de 1860 dictada por la Corte de Casación francesa en el caso Bulkley (véase cap. II, nota 59), decidió que una extranjera divorciada en el extranjero podía casarse de nuevo en Francia sin solicitar previamente el *exequátur* de la sentencia de divorcio. La Corte de Casación enunció y generalizó esa doctrina en la sentencia de 3 de marzo de 1930 (*Journal*, 1930, p. 981), afirmando que "*les jugements rendus par un tribunal étranger relativement á l'état et á la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu á des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes*". Una tesis similar, esto es, que hace compatible la institución del *exequátur* con el reconocimiento de plano de las sentencias extranjeras, rige, con ciertas variantes, en Bélgica, Holanda, Grecia, Polonia, etc. (Véase Valladão, Haroldo, Les éffets des jugements étrangers de divorce (Rapport général au V° Congrès International de Droit comparé de Bruxelles), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1959, pp. 443 ss.).

control de la sentencia de divorcio extranjera. Esto es lo que sucede, al menos dentro de ciertos límites, en el continente europeo, en Italia[109], en el continente americano, en el Brasil[110].

En el sistema jurídico venezolano, es discutible si las disposiciones del artículo 746 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales las sentencias extranjeras cuya ejecutoria no haya sido declarada por la Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema) "no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas", exigen en todo caso el *exequátur* para la producción de cualesquiera efectos o lo exigen solamente para otorgarles el carácter personal de cosa juzgada y para poner en marcha el aparato coercitivo del Estado.

Nosotros hemos mantenido esta última tesis[111]. No es, sin embargo, la que han mantenido algunos de los más eminentes representantes de la doctrina jurídica nacional, y muy singularmente los doctores Herrera Mendoza y Loreto[112], ni la que desde, hace más de dos décadas, mantiene en forma constante la jurisprudencia nacional[113].

---

[109] A pesar de que el punto fue controvertido en la doctrina italiana frente al Codice di Procedura Civile de 1865, ha quedado formalmente zanjado por el Código de 1940, el cual exige una previa declaración de eficacia para hacer valer en Italia una sentencia extranjera (art. 796). Obsérvese, sin embargo, que el artículo 799 permite el reconocimiento incidental de la sentencia.

[110] La tesis ha sido mantenida en el Brasil por el Supremo Tribunal Federal, frente al criterio contrario sustentado durante cierto tiempo por la Corte de Apelación del Distrito Federal y a pesar de las dudas que puede sembrar el parágrafo único del artículo 15 de la Ley de Introducción al Código Civil, según el cual no están sujetas a homologación las sentencias extranjeras meramente declaratorias del estado de las personas. (Véase Valladão, Les effets des jugements étrangers de divorce…, ob. cit., pp. 443 ss.).

[111] Véase Sánchez-Covisa, *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*…, ob. cit., pp. 33 ss.; Id., La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1958, No. 15, pp. 61 ss. Reproducida en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 438 ss.

[112] Véase especialmente, Herrera Mendoza, Lorenzo, El valor de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero, en: *Estudios sobre Derecho internacional privado*, Caracas, Emp. El Cojo, 1960, pp. 297 ss.; Loreto, Luis, Sentencias extranjeras de divorcio y solicitud del exequátur, en: Cultura Jurídica, 1943, No. 9, pp. 5 ss.; Id., La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequátur, en: Studia Iuridica, 1957, No. 1, pp. 352 ss. Parra Aranguren, quien aborda recientemente y de manera incidental el tema, observa agudamente que en lo que respecta al nuevo matrimonio de los extranjeros en Venezuela, el problema sólo puede plantearse a partir de la reforma del Código Civil de 1942, pues "los códigos civiles desde 1904 hasta 1942 permitieron expresamente a los extranjeros demostrar por medio de justificativos de testigos su cualidad de divorciados, y de esta manera admitían la eficacia en Venezuela, sin necesidad de *exequátur*, del eventual divorcio pronunciado por tribunales extranjeros". ("Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero…, ob. cit., p. 156, nota 82). En relación con el punto expresado, el artículo 108 del Código Civil vigente determina, en efecto, que la prueba del divorcio del extranjero que quiera contraer matrimonio en Venezuela se "hará siempre mediante presentación de la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada". Este precepto deja en pie una serie de problemas. En primer lugar, aunque esa duda corresponda más a la *mens legis* que a la *men legislatorie*, ¿esa declaración de ejecutoria es el *exequátur* de la sentencia extranjera —la declaración de ejecutoria a que alude el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil—, o es la declaración de ejecutoriedad del juez —nacional o extranjero— que dictó la sentencia? Obsérvese que la duda es tanto más legítima por cuanto la disposición no alude a divorcios extranjeros, sino a matrimonios de extranjeros que pueden haber sido divorciados, por un tribunal extranjero o por un tribunal nacional. En segundo lugar, aun en el caso de que se suponga que esa declaración alude al *exequátur* de la sentencia extranjera, ¿constituye un requisito necesario para la validez del matrimonio o es una prohibición que, en el supuesto de que la sentencia extranjera sea procesal y materialmente regular, no afecta a la validez del divorcio y del matrimonio ulterior?

[113] Véase la sentencia de 8 de febrero de 1946, de la cual fue ponente el magistrado doctor Luis Loreto. De acuerdo con esa sentencia, que rectificó categóricamente la jurisprudencia anterior, para que las sentencias extranjeras produzcan en Venezuela efectos jurisdiccionales "tales como los declarativos, constitutivos, ejecutivos y reflejos, es menester que se la declare ejecutoria mediante el procedimiento del *exequátur*" (Corte Suprema de Justicia, *El valor de las sentencias de divorcio extranjeras*, Caracas, Tipografía Americana, 1947, p. 29). En el mismo sentido existe hoy una reiterada jurisprudencia. Pueden mencionarse especialmente las sentencias

Ello quiere decir que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de nuestro sistema, la penetración de cualesquiera efectos de la sentencia extranjera de divorcio —y entre ellos especialmente la capacidad del divorciado para contraer matrimonio— queda subordinada a la previa obtención del exequátur. Por lo tanto, es la Corte Suprema de Justicia el órgano encargado de revisar, en el correspondiente juicio de exequátur, si las causas de divorcio admitidas en la sentencia extranjera atentan contra los principios del orden público internacional venezolano[114].

Es, en todo caso, muy importante señalar que, sea cualquiera el mecanismo procesal adoptado, la sentencia extranjera carece de eficacia, tanto en el caso de que su contenido material infrinja los principios de orden público internacional, como en el caso más frecuente de que haya sido dictada por un tribunal que carezca de jurisdicción o competencia internacional, o de que se hayan infringido los principios que aseguran su regularidad procesal, como son los relativos a la citación del demandado y a su razonable posibilidad de defensa[115].

La única diferencia entre uno y otro mecanismo procesal es que, en el caso de la rigurosa exigencia del *exequátur*, ese control es efectuado en forma previa, como se hace siempre en todo caso para cualquier acto extranjero que implique el uso de la fuerza coactiva del Estado, en tanto que en el caso del efecto de plano el control judicial sólo se efectúa cuando un tribunal conoce en forma principal o incidental de la sentencia extranjera, esto es, se efectúa igual que se hace con los demás actos que afectan a las relaciones jurídicas privadas, como por ejemplo, matrimonios, testamentos, contratos, etc.[116].

---

de 11 de octubre de 1951 (*Gaceta Forense*, 1ª Etapa, Tomo IX, p. 114), de 3 de agosto de 1955 (*Gaceta Forense*, Tomo IX, Vol. II, p. 65), y de 14 de mayo de 1957 (*Gaceta Forense*, Tomo XVI, Vol. I, p. 87).

114 Cabe, sin embargo, preguntar si no han de ser los tribunales ordinarios quienes resuelvan acerca de la eficacia de la sentencia de divorcio extranjera en el caso de que el problema surja como una cuestión incidental que determine indirectamente el problema jurídico discutido (por ejemplo, sucesorio, de filiación, etc.). Si la sentencia constituye el antecedente inmediato, es lógico, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, negarle eficacia por no haber sido exequaturada (en este sentido, la sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de 9 de abril de 1954, *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, Ministerio de Justicia, vol. IV, t. II, p. 581, y la sentencia de la Corte de Casación de 3 de agosto de 1955, *Gaceta Forense*, Tomo IX, vol. II, p. 65), pero ¿ha de suceder igual si se trata de un efecto remoto? ¿Serán ineficaces todos los efectos y relaciones jurídicas que se deriven, por remota e indirecta que sea la derivación, de un divorcio extranjero, y será preciso exequaturar todas esas sentencias? Hemos planteado ese problema en La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio…, ob. cit.

115 Es fundamentalmente en el campo de la ausencia de jurisdicción internacional, y accesoriamente en el de la insuficiente citación y defensa del demandado, donde nos encontramos en el mundo actual con una abigarrada proliferación de seudosentencias de divorcio carentes de toda eficacia internacional. Son los divorcios clandestinos o *migratory divorces*. Han generado en la vida jurídica internacional lo que se ha calificado de "industria de divorcios" o "turismo divorcial". El doctor Herrera Mendoza ha calificado a esos procesos irregulares con el término expresivo de "piratería judicial". (El valor de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero…, ob. cit. p. 301).

116 En razón de la trascendencia jurídico-social de la institución matrimonial, tendría posible sentido la construcción de un antejuicio administrativo destinado al control previo de la sentencia extranjera de divorcio que ha de ser utilizada como base de un matrimonio ulterior. Tal antejuicio descargaría a las partes de los gastos, demoras y complicaciones de un proceso contencioso, liberaría a los tribunales —en especial, cuando, como ocurre entre nosotros, el único tribunal competente es el tribunal de máxima jerarquía— del conocimiento de multitud de sentencias inobjetables, y evitaría, al mismo tiempo, que el examen de la sentencia extranjera fuera

Subrayamos la importancia de este punto porque, a nuestro juicio, la tendencia a exigir en todo caso el *exequátur* ha obedecido no pocas veces a la idea de que el reconocimiento de plano significa que la sentencia extranjera ha de tener eficacia, sean cualesquiera su contenido y el procedimiento conforme al cual fue dictada. El propósito de evitar esos resultados es indudablemente inobjetable. Se asienta, sin embargo, sobre ese falso supuesto. Cualesquiera situaciones jurídicas creadas en el extranjero, que tengan *ab ovo* un vicio procesal o que atenten contra los principios de orden público internacional, carecen de eficacia en nuestro sistema y pueden ser impugnadas en todo momento ante los tribunales de justicia. El hecho de que las autoridades sanitarias no controlen, a través de un procedimiento previo, si cada envase de alimentos o bebidas contiene una sustancia nociva o venenosa, no significa que el uso de esas sustancias no esté prohibido. Y no significa, obviamente, que aquel que las use en contravención de las normas respectivas no quede sometido a todas las sanciones penales, civiles y administrativas contempladas por la ley.

efectuado por funcionarios matrimoniales de escasa capacidad profesional. No es, sin embargo, éste el lugar, para desarrollar esta tesis.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

EL ANUARIO DE LA MAESTRÍA

Caracas, mayo de 2023