

con cautela el desarrollo *espontáneo* y descontrolado de un Derecho *anacional*, elaborado los propios grupos interesados. Por ello, consideramos plausible y adecuada la fórmula recogida en el artículo 31 LDIP, que sujeta a las *exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto*, la posible aplicación de la *lex mercatoria* bien como complemento o como instrumento interpretativo, o bien como fuente supranacional que priva sobre la *lex contractus*. Esta fórmula permite al juez aplicar la *lex mercatoria* manteniendo los debidos equilibrios que pudieren verse distorsionados en la dinámica creadora de tal sistema normativo.

6

OBLIGACIONES NO CONVENCIONALES

Víctor Hugo Guerra Hernández

ARTÍCULO 32

Los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 32 LDIP. III. RELACIÓN CON LAS DEMÁS FUENTES VIGENTES EN LA MATERIA. 1. FUENTES INTERNACIONALES. 2. FUENTES NACIONALES. IV. APORTES DE LA DOCTRINA EXTRANJERA Y DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS. 4.1. *Código Civil Portugués (1967) Libro I, Título I, Capítulo III, Sección II, Subsección III – Ley Reguladora de las Obligaciones.* 4.2. *Código Civil Peruano (promulgado el 14/11/1984). Libro X, Título III.* 4.3. *Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado (16/06/1979). Sección VII – Reglas Generales.* 4.4. *Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado. Aprobación: 18/12/1987. Publicación: 12/01/1988. Vigencia: 01/01/1989. Capítulo Noveno.* 4.5. *Ley que Contiene la Reforma del Libro Décimo del Nuevo Código Civil de la Provincia de Québec (18/12/1991). Libro X, Título II, Capítulo III, Sección II - Disposiciones Particulares.* 10. *De la responsabilidad civil.* V. CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En primer lugar, podemos observar que en la referencia que hacen los títulos de la Ley de Derecho Internacional Privado ("LDIP") a esta

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

materia se utiliza la expresión “obligaciones no convencionales”, con lo cual se sigue, en cierta medida, la denominación utilizada en los títulos sugeridos al artículo correspondiente en el Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963-1965).

Así, se dejan de lado otras posibles denominaciones como por ejemplo, la de “obligaciones extracontractuales”, empleada por el Proyecto de Roma de 1972 sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales y Extracontractuales; y la de “responsabilidad civil extracontractual”.

De esta manera, al menos en apariencia, la LDIP pareciera pretender un alcance mucho más amplio, el cual debería abarcar no sólo los aspectos vinculados directamente a la determinación de la responsabilidad civil, sino también, por ejemplo, a los elementos de existencia y formación de las obligaciones no convencionales.

Igualmente, la expresión “no convencionales” sugiere la inclusión de todos los casos que pudiesen surgir en esta materia, como por ejemplo, la responsabilidad por productos; o la surgida en razón de la competencia desleal; el abordaje; o la mala praxis profesional, entre otras.

Más allá del subtítulo dado por el proyectista al artículo comentado, creemos que el operador jurídico venezolano al aplicar cualquiera de las normas consagradas en los artículos 32 o 33, se verá en la necesidad de subsumir el caso concreto en alguno de los supuestos de hecho específicos previstos en las mismas, es decir, en el hecho ilícito, la gestión de negocios, el pago de lo indebido o el enriquecimiento sin causa. Quizás el caso más frecuente sea el de los hechos ilícitos, y así siguiendo la posición adoptada por nuestro legislador, deberán subsumirse en él situaciones que en otros sistemas jurídicos, como los de corte anglosajona, aparecen diferenciados claramente en su normativa, por ejemplo la responsabilidad por productos o los casos de mala praxis profesional, particularmente la médica.

Para concluir nuestras consideraciones preliminares debemos resaltar, una vez más, que el primer paso que debe cumplir el operador jurídico venezolano para resolver casos de Derecho Internacional Privado (“DIP”) es analizar su sistema de fuentes. Esta tarea debe seguirse de forma jerarquizada (Guerra, 2000: 139-156). La Constitución venezolana no establece expresamente una solución general sobre la jerarquía de las fuentes del derecho y al contrario, sólo aborda el problema para ciertas áreas específicas tales como la protección de la infancia y la integración regional³²⁴.

³²⁴ Ejemplo de ello en nuestra Constitución son los siguientes casos: tratados y convenios internacionales relativos a la protección de los derechos humanos (Arts. 23 y 280); convenios en materia de nacionalidad (Art. 37); tratados sobre la protección de la infancia (Art. 78); tratados en

Ahora bien, en los casos conectados con más de un ordenamiento jurídico nuestro operador jurídico deberá acudir a otras disposiciones vigentes y de rango legal en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente, el artículo 1 de la LDIP. Este artículo ordena la aplicación preferente de las fuentes internacionales, utilizando para ello la expresión “normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela”. En nuestro análisis seguiremos dicha jerarquía.

II. ANTECEDENTES DEL ARTÍCULO 32 LDIP

El Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado venezolano, redactado en 1912 por el jurista Pedro Manuel Arcaya consagraba en su Título tercero, “De las Obligaciones en General”, dos artículos en materia extracontractual.

Así, el artículo 70 sometía a la ley venezolana las obligaciones que debían ejecutarse en la República derivadas de los cuasicontratos que hayan ocurrido en ella o en el extranjero. No definió este Proyecto cuáles eran los cuasicontratos, asumimos por referencia histórica que se trataba de los previstos en el Código Civil venezolano de 1904 vigente para la fecha de redacción del Proyecto, es decir, la gestión de negocios y el pago del indebido pues, el enriquecimiento sin causa sólo se incorpora a nuestra legislación a partir de 1942. Por su parte el artículo 71 establecía dos soluciones diferentes respecto a las acciones civiles resultantes de un delito.

En primer término, la posibilidad de intentar la acción civil ante los tribunales venezolanos por delitos cometidos en el extranjero pero sancionables de acuerdo con el derecho penal venezolano.

En nuestra opinión esta norma resultaba más vinculada a los problemas de jurisdicción que sobre el Derecho aplicable y en cierta medida, pareciera reconocerse en ella el llamado hoy en día criterio de jurisdicción del paralelismo, es decir, que nuestros tribunales tienen jurisdicción para conocer y decidir de una causa si el Derecho aplicable al fondo de la controversia es el derecho venezolano. Asimismo, esta solución del Proyecto Arcaya tiende a coincidir más, como se verá en el siguiente apartado, con la solución prevista en el artículo 167 del Código Bustamante pues, en ambos supuestos se parte de la idea de la territorialidad del derecho penal para aplicar el ordenamiento jurídico del juez que conocerá de la causa.

materia del derecho a la salud (Art. 83); acuerdos sobre la propiedad intelectual (Art. 98); y los tratados y acuerdos sobre la promoción de la integración económica (Art. 153).

En segundo lugar, el artículo 71 establecía que se podía intentar una demanda por indemnización ante los tribunales venezolanos de los delitos cometidos en el extranjero en contra de un habitante de la República. Una vez más, la solución nos resulta más relacionada con el problema de la jurisdicción que con el problema del Derecho aplicable.

En los dos supuestos del artículo 71 pareciera partirse de la idea de que el derecho penal venezolano será siempre el aplicable al fondo del asunto, dada básicamente su naturaleza territorial. Sin embargo, ello en la práctica no necesariamente tiene que ser así, especialmente para los delitos de naturaleza civil o hechos ilícitos, toda vez que en el marco de la *lex loci delicti* podría distinguirse entre el lugar de la causa y el lugar de los efectos del daño, y en esa misma medida distinguir entre dos Derechos aplicables.

En todo caso, puede afirmarse que este Proyecto sólo le da relevancia al elemento territorial pues, en sus dos soluciones considera elementos de carácter territorial. Así, se refiere a las normas del derecho penal las cuales han tenido, tradicionalmente, un carácter territorial y en segundo lugar, regula los daños causados a un "habitante de la República".

Analizado los artículos 70 y 71 del Proyecto Arcaya podemos concluir que en realidad los mismos no representan el antecedente normativo directo del artículo 32 de la LDIP, salvo por el hecho de preverse ya desde esa época, la necesidad de determinar el Derecho aplicable a la materia extracontractual.

De tal manera, realmente podemos ubicar el antecedente histórico directo del artículo 32 de la LDIP en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963-1965 (Maekelt y otros, 2000: T. I, 114). El texto del artículo 33 preveía que:

Los actos ilícitos, la gestión de negocios y el enriquecimiento sin causa se rigen por la ley del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación

La doctrina venezolana ha comentado el artículo 33 del referido Proyecto en el sentido que ella consagra la solución general para la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo cual implicaba en primer término calificar que debía entenderse por el "*lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación*", único factor de conexión previsto en la norma. Ahora bien, el Proyecto no brinda mayores pautas o guías al respecto.

Asimismo, la doctrina ha señalado que en caso de que tal Derecho no tenga realmente ninguna relación con el caso concreto, nuestro operador

jurídico, debería en consecuencia aplicar el Derecho del Estado con el cual el caso tenga la relación más estrecha (Hernández Breton, 1988: 347-348).

Es interesante hacer notar que en las discusiones que giraron en torno al artículo 33 del Proyecto de 1963-1965 se llegó a considerar que dicho artículo no debía dividirse en dos normas separadas, y que como modificación a su texto original sólo se proponía agregar al final del mismo la siguiente frase "(...) *a menos que dicho derecho* [el del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación] *no tenga vinculación suficiente con el caso*" (Resumen de las Observaciones realizadas al Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-1965 elaboradas durante la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, UCAB 1996). Esta referencia a la teoría de las vinculaciones, tradicionalmente de origen anglosajón, sugerida en la Segunda Reunión perseguía, en cierta medida, uniformar los criterios de determinación del Derecho en materia de obligaciones, pues en el ámbito contractual se incluye como solución subsidiaria la aplicación de la "*ley con la cual están más directamente vinculadas, en razón de su características subjetivas y objetivas*" (Proyecto, Art. 30). La doctrina venezolana, tal y como se verá más adelante, ha sostenido la vigencia de esta tesis incluso hoy en día para el caso de la determinación del Derecho aplicable a los hechos ilícitos por parte de la víctima.

Al efecto, podemos concluir que si bien el Proyecto de 1963-1965 sirvió de base para los actuales artículos 32 y 33 de la LDIP, es en la Segunda Reunión Nacional de Profesores celebrada en la Universidad Católica Andrés Bello en abril de 1996, así como los resultados de los debates parlamentarios y del conjunto de opiniones que les suministráramos los profesores de la cátedra de DIP en las Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello a las comisiones legislativas, que estas normas adquieren su carácter definitivo. Así, específicamente, se divide el artículo 33 en dos normas, artículos 32 y 33; se incorpora como se verá un nuevo factor de conexión para los hechos ilícitos, es decir, la autonomía de la víctima.

III. RELACIÓN CON LAS DEMÁS FUENTES VIGENTES EN LA MATERIA

1. Fuentes internacionales

Como hemos señalado la aplicación del artículo 32 de la LDIP debe ceder paso a la aplicación preferente de las normas internacionales.

En este sentido, vale la pena señalar que Venezuela, como Estado Miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, no se ha adherido a ninguna de las dos convenciones aprobadas por este foro sobre la materia, es decir, la Convención sobre Accidentes de Circulación por Carretera (1971) y la Convención sobre Responsabilidad por Productos (1973).

Por otra parte, debemos señalar que en el ámbito interamericano (CIDIPs) no se ha redactado aún ninguna convención al respecto³²⁵.

Igualmente, debemos indicar que para ciertos supuestos particulares existen fuentes internacionales vigentes en Venezuela, especialmente, en materia de aviación civil y transporte aéreo³²⁶, responsabilidad ambiental por derrames de hidrocarburos³²⁷, y manejo de la energía nuclear³²⁸. En

³²⁵ En la Sexta Conferencia Interamericana (CIDIP VI), uno de los temas propuestos para su Agenda fue la responsabilidad extracontractual, específicamente la derivada de la contaminación transfronteriza (Cfr. Agenda de la VI Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, punto c.- "conflicto de leyes en materia de responsabilidad extracontractual con énfasis en el tema de la jurisdicción competente y leyes aplicables respecto de la responsabilidad civil internacional por contaminación transfronteriza". OEA/SER, AG/Res. 1613, XXIX-0/99, 07/06/1999). Este tema fue propuesto, específicamente, por la delegación de la República Oriental del Uruguay y demuestra la preocupación de la OEA por estos temas. En la CIDIP VI (2002) no se llegó a discutir el tema, encargándose la continuación de su estudio a comisiones de expertos.

³²⁶ Ver en este sentido la Convención para la Unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional, Varsovia, 12/10/1929, Ley Aprobatoria de fecha 06/07/1954, y ratificación ejecutiva del 15/12/1954. La Convención de Varsovia fue revisada por la Organización de Aviación Civil Internacional en Montreal, en mayo de 1999. Un excelente trabajo sobre la Convención de Varsovia y su nueva versión, Montreal 1999 es el artículo de Milale, Michael (1999). "Liability in International Carriage by Air": The New Montreal Convention. En: Uniform Law Review, Vol. IV: 835-861.

³²⁷ Ver en este sentido la Convención de las Naciones Unidas denominada Convenio Internacional sobre Responsabilidad Civil nacida de Daños debidos a Contaminación por Hidrocarburos, 1969, Protocolos de 1984 y 1992, G.O. No. 36.457 del 20/05/1998, ver especialmente, artículos 3 (II a); 4 (III-1) y 6 (V-1). Igualmente, puede consultarse en esta materia el texto de Luis Cova A. (2000). La responsabilidad civil derivada de derrames de hidrocarburos (Discurso y Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas. Adicionalmente, Venezuela forma parte de MARPOL 73/78, y en 1995 se promulgó la Resolución por la cual se ordena la publicación del texto de las Enmiendas hechas al Convenio Internacional para prevenir la contaminación de los buques, G.O. Ext. No. 4.924 del 29/06/1995. Solamente mencionaremos que en materia de derecho internacional privado, en el tratado principal (Convención 73/78) que integra la compleja red de regulaciones de MARPOL (3 protocolos adicionales, 5 anexos, 9 apéndices y 26 resoluciones), se establece que cualquier violación de los requisitos establecidos en dicha Convención se regulará por el Derecho aplicable al buque, cualquiera que sea el momento en que ocurra la violación. Sin embargo, cuando la violación se cometa dentro de la jurisdicción de cualquier Estado parte de la Convención se aplicará el Derecho de tal Estado parte, (Art. 4, párrafos 1 y 2).

³²⁸ Venezuela ha aprobado un importante conjunto de normas para el control y regulación de la energía nuclear. En tal sentido, vale la pena resaltar el Tratado para la Proscripción de las Armas

dichas fuentes es posible identificar algunas normas de DIP, particularmente, las referidas a la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Tales normas se deberán tomar en consideración preferente por parte del operador jurídico venezolano a la hora de resolver esos temas específicos.

Ahora bien, podemos señalar que el sistema legal venezolano clásico de DIP, es decir el puramente conflictual, cuenta entre sus fuentes internacionales con la vigencia de las soluciones consagradas por el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, 1928³²⁹. La metodología adoptada por este Código se traduce en la regulación genérica de las obligaciones extracontractuales, es decir, se refiere al hecho ilícito, a la gestión de negocios y el "cobro de lo indebido".

En este sentido, el Código regula el problema del Derecho aplicable a las obligaciones en general, estableciendo una diversa gama de supuestos que van desde el concepto y clasificación de las obligaciones, hasta la prueba de las mismas, soluciones casi todas de marcada tendencia territorial (Libro Primero, Derecho Civil Internacional, específicamente, Título Cuarto, Arts. 164 a 174, reservándose este último por Venezuela). En el caso bajo análisis serán además consideradas las soluciones previstas en los artículos 220 a 222 de dicho Código, referidas a los cuasicontratos.

En materia de hecho ilícito, quizás las normas más relevantes sean las consagradas en los artículos 167 y 168, pues son las normas que se refieren al Derecho aplicable al fondo del mismo. El texto de dichas normas es el siguiente:

Artículo 167: Las originadas –léase obligaciones- por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan”.

Nucleares en la América Latina y el Caribe, G.O. No. 36.140 del 04/02/1997. En términos generales y en esta materia, puede consultarse el artículo de Fabrizio Nocera (1998). "Le Responsabilité Civile Nucléaire: Actualization Du Régime International". En: Uniform Law Review. Vol. III: 15 y 55. Adicionalmente, puede señalarse la existencia de la regulación conflictual de la Convención de París de 1960 sobre Responsabilidad frente a Terceros en materia de Energía Nuclear, la cual establece la aplicación en primer término, de las soluciones de la propia Convención (Art. 14), y en aquellos aspectos no regulados por ésta la aplicación de la *lex fori* incluyendo las normas de conflicto (Art. 11).

³²⁹ El Código Bustamante fue aprobado en el marco de la Sexta Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana, Cuba el 13/02/1928. Fue ratificado con reservas específicas por Venezuela en 1932, G.O. del 09/04/1932. Son Estados Miembros de este Código Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y, Perú (todos sin formular reserva alguna a su texto); Brasil, Haití y, República Dominicana (con reservas específicas) y, finalmente, por Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y, El Salvador (con reservas generales, por lo que se ha considerado en la práctica que no está vigente para dichos Estados). En balance este Código está vigente para Venezuela frente a nueve Estados.

Artículo 168: Las –léase obligaciones- que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, se regirán por el derecho del lugar en que se hubiere incurrido en la negligencia o la culpa que las origine.

La primera norma es una solución muy especial en el área del DIP pues, establece que las obligaciones que se deriven de ilícitos o faltas civiles serán reguladas por la misma ley que regula el ilícito o la falta. En otras palabras, se consagra la llamada solución *lex causae*. La segunda norma establece la aplicación de la solución tradicional *lex loci delicti commissi*.

Antonio Sánchez de Bustamante al referirse a estas normas señaló que “(...) las obligaciones que se derivan de conductas culposas están sometidas en ocasiones al derecho penal, y cuando no lo están, deben ser reguladas por la ley local”. El fundamento que esgrime Bustamante para justificar esta solución es la garantía necesaria de administración de justicia que se debe dar a alguien que, encontrándose dentro del territorio se le violan o vulneran sus derechos o, sufre cualquier clase de daño o perjuicio (Sánchez de Bustamante y Sirven, 1943: 248-249)³³⁰. En este sentido, la orientación de Bustamante pareciera estar inclinada hacia las soluciones a favor de las víctimas o demandantes.

En la práctica, se ha señalado que ambas soluciones (167 y 168) tienden a coincidir y por lo tanto, se han criticado su formal distinción. Así, la solución *lex causae*, respecto a los problemas de derecho penal, y según se acepta generalmente, es una regulación de derecho público y en consecuencia, su ámbito de aplicación responde a consideraciones territoriales. Por otra parte, la solución *lex loci delicti commissi* también está basada en criterios de índole territorial como se evidencia del factor de conexión “lugar en donde se comete el hecho ilícito” (Parra-Aranguren, 1975: 9 ss).

Por nuestra parte, hemos sugerido que vista la marcada territorialidad de las normas consagradas en los artículos 167 y 168, territorialidad que también acompaña a los dos extremos de la regla *lex loci delicti*, es decir,

³³⁰ Algunos comentarios adicionales sobre estas normas pueden consultarse en: Víctor Hugo Guerra (2002). La Responsabilidad Civil Extracontractual por Productos en el Derecho Internacional Privado. Estudio Comparado. UCAB y UCV. Caracas. Igualmente, otros comentarios, específicamente sobre la aplicación del Código Bustamante por cortes norteamericanas, pueden consultarse en Lombard, 1965: 67-69). Finalmente, pueden consultarse los recientes pero breves comentarios del Profesor Jacobo Dolinger (2000: 495-496). Dolinger sostiene que al igual que el Tratado de Montevideo sobre Derecho Civil, artículo 40, el Código Bustamante consagra la solución *lex loci delicti* en su versión a favor del lugar de la causa.

el lugar de la causa y el lugar de los efectos, pueda permitírsele a la víctima escoger entre el Derecho de cualquiera de esos dos lugares (Guerra, 2002: 157 ss).

Así, la idea es que la víctima escoja el Derecho a través del cual sea más factible la reparación del daño, lo cual cumple con el aparente objetivo previsto por el propio Antonio Sánchez de Bustamante, es decir, garantizar a las personas, a través de los órganos de administración de justicia, la reparación de los daños y perjuicios sufridos. Además, soluciones de este tipo se ajustan a la tendencia mundial en la materia orientada hacia las soluciones a favor de las víctimas.

La solución del artículo 167 también se ha criticado como inútil, particularmente en situaciones en las cuales más de una Ley penal demande su aplicación al caso concreto. ¿Una vez más, qué hacer en estos casos? ¿Es viable que la determinación del Derecho aplicable la realice la autoridad o, como lo hemos planteado, la realice la víctima? Son interrogantes que deberá resolver a su turno nuestro operador jurídico.

2. Fuentes internas

Los artículos 32 y 33 de la LDIP representan las normas de conflicto generales del sistema venezolano de DIP en materia de obligaciones no convencionales. En relación con la norma del artículo 32 pueden hacerse las siguientes observaciones:

- Regula sólo los hechos ilícitos dejando para una regulación separada y aparte en el marco de la misma LDIP los problemas relacionados con la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa.
- Prevé la aplicación del Derecho del lugar en donde se han producido los efectos del daño como factor de conexión principal. Sin embargo, considera también la autonomía de la voluntad de las partes como factor de conexión, concretamente la voluntad de la víctima, quien tiene la posibilidad de escoger otro Derecho como aplicable, específicamente, el Derecho del lugar en donde se produce la causa generadora del hecho. Hemos sostenido que se trata de una suerte de calificación que hace la víctima de la *lex loci delicti* a favor del lugar en donde ocurre la causa (Guerra, 2002: 166 ss.).
- Haciendo una interpretación literal de la norma resulta interesante la protección velada que esta norma establece a los intereses del agente del

daño o potencial demandado pues, se limita expresamente la autonomía de la víctima a la escogencia de uno de los dos extremos clásicos de la *lex loci delicti*, es decir, el lugar en donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito. Así, al agente del daño no debería en principio tomarle por sorpresa la aplicación de cualquiera de esos dos Derechos, es decir, el del lugar de los efectos aplicado por el operador jurídico en ausencia de elección, o el del lugar de la causa escogido por la víctima. Por lo general, el curso normal de cualquier actividad humana implica su desarrollo a través de sus causas y efectos. Adicionalmente, creemos que también se protege al agente o potencial demandado tomando en consideración la afirmación formulada por la doctrina venezolana que sostiene la teoría de las vinculaciones en este artículo, es decir, que la elección de la víctima deberá hacerse tomando en cuenta los hechos que vinculan el ilícito a un lugar determinado, desde el comienzo del comportamiento ilícito hasta la materialización del perjuicio o daño (Maekelt, 2002: 103).

- Surgen varias preguntas con relación a esta norma, particularmente aquellas que giran alrededor de la aplicación de sus factores de conexión. Por ejemplo, puede la víctima además escoger entre el Derecho del lugar en donde se producen los efectos y el lugar de la causa, o la norma sólo limita la escogencia de la víctima a este último. Puede también el operador jurídico escoger. Las respuestas las abordamos en los párrafos siguientes.

- ¿Puede también el operador jurídico escoger entre esos dos Derechos previstos en el artículo 32? Si en nuestra opinión. Dado el avance de la regulación en materia de la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones, así como la relativa a la uniformidad de soluciones que van presentando los diversos ordenamientos jurídicos en la materia por influjo de las normas internacionales y finalmente, la necesidad de satisfacer las justas expectativas de ambas partes, podría conducirnos a admitir que el operador jurídico venezolano puede también escoger, como lo haría la víctima, el Derecho en donde se produce la causa del daño. Ello a su vez nos conduce a la siguiente pregunta sobre si la formulación del artículo 32 es excluyente o permite la aplicación simultánea de ambos Derechos.

- En nuestra opinión la norma pareciera estar redactada de manera excluyente en relación con los dos posibles Derechos aplicables, es decir, o es el Derecho del lugar en donde se origina la causa o, es el Derecho de lugar en donde se producen los efectos. ¿Cuál de ellos debe tener prioridad para excluir la aplicación del otro? Por la redacción de la norma pareciera ser el Derecho del lugar en donde ocurren los efectos el que tiene primacía

pues, es éste el que se menciona en primer término, y así debe ser aplicado por el operador jurídico en ausencia de escogencia por parte de la víctima. Sin embargo, si la justicia material del caso lo requiere incluso podría plantearse el operador jurídico la aplicación simultánea de ambos Derechos para satisfacer dicha justicia. Evidentemente, la complejidad de estos casos llevará al operador a tener que hacer un mayor o más agudo análisis en la aplicación de estas normas asistido de las instituciones generales del DIP como la adaptación. ¿Si el operador jurídico puede aplicar simultáneamente ambos Derechos, podrá solicitarlo también la víctima?

- La escogencia del Derecho aplicable por parte de la víctima no debe conducir a resultados injustos. De allí que debería existir una vinculación entre el Derecho escogido por la víctima y el caso concreto, ello resulta esencial para mantener el equilibrio de intereses de ambas partes. Igualmente, este principio debería orientar la posibilidad de escogencia de más de un Derecho por parte de la víctima, es decir, que ella llegara a escoger tanto el Derecho del lugar de los efectos como el Derecho del lugar de la causa. Así, nuestro operador jurídico debe evitar por ejemplo, que la víctima escoja por una parte la aplicación del Derecho que más la favorece en cuanto a los montos de las indemnizaciones y clases de daños reparables admitidos, a la vez que escoge simultáneamente aplicar otro Derecho que si bien no es tan favorable en materia de daños, si lo es por ejemplo, para el establecimiento de la prueba de la obligación. Un desequilibrio de ese tipo a favor sólo de una de las partes de la controversia, la víctima, violaría el objetivo general de la LDIP, es decir, satisfacer las justas expectativas de las partes: víctima y agente (LDIP, Art. 7).

- No responde la norma si la víctima tiene un momento preciso para escoger el Derecho aplicable. Dada la naturaleza de las obligaciones no convencionales, especialmente del hecho ilícito, la oportunidad que tiene la víctima para escoger el Derecho aplicable es sólo después de ocurrido el hecho y si no hay arreglo extrajudicial, al momento de formular e introducir su demanda (Código de Procedimiento Civil, Art. 340, ordinal 5). Ahora bien, si por ejemplo la víctima y el agente llegan a un acuerdo extrajudicial sobre la reparación de los daños y en dicho acuerdo la víctima señala un determinado Derecho para regular la situación, si en la práctica dicho acuerdo no se cumple, y debe la víctima acudir al poder judicial a reclamar la reparación de los daños y perjuicios extracontractuales, en nuestra opinión podría la víctima escoger un Derecho distinto al previamente acordado con el agente del daño. En otras palabras, regresa la víctima a la situación original

de naturaleza extracontractual prevista en el artículo 32, independientemente de que ahora tenga además las acciones que emanan del incumplimiento del acuerdo celebrado para la reparación de los daños con el agente o potencial demandado.

- La norma del artículo 32 se refiere de forma genérica a los hechos ilícitos, es decir, no regula expresamente otros supuestos específicos del mismo, como por ejemplo, la responsabilidad por productos, la competencia desleal, entre otras. Si bien creemos que esos supuestos específicos si encuentran solución en el artículo 32, ello en la práctica se traducirá en una limitante a las diversas posibilidades y alternativas que se han desarrollado por otras legislaciones en el marco del Derecho Comparado por ejemplo, la residencia habitual de la víctima, o el establecimiento principal del agente; o el lugar de adquisición de un producto, entre otras. Así, todos los casos, sin importar la naturaleza específica de los mismos, terminarán sometidos a cualquiera de los dos Derechos previstos en el artículo 32, el del lugar de los efectos o el del lugar de la causa, cuando la LDIP resulte aplicable al caso.

- Tampoco responde esta norma a los problemas clásicos relativos a los supuestos en los cuales la causa o los efectos del daño se produzcan, desarrollan y desplieguen en la jurisdicción de más de Estado. ¿Se aplicará la teoría de la causa eficiente? ¿Se considerará el último de los daños? Creemos que en el espíritu general de justicia material que inspira a la LDIP, el operador jurídico venezolano deberá respetar, en primer lugar, la elección del Derecho que efectúe la víctima, si ésta lo ha hecho, ponderando la razonabilidad de tal escogencia con: (i) las justas expectativas de la otra parte del conflicto, es decir, el agente; y (ii) la vinculación que existe entre el Derecho escogido por la víctima y los elementos objetivos y subjetivos del caso concreto. Recordemos, una vez más que esta idea de la vinculación viene señalándose desde los debates sostenidos sobre esta ley en el marco de la Segunda Reunión Nacional de Profesores. Igualmente, recordemos que esta solución no resulta extraña a nuestro sistema de DIP en materia de obligaciones pues, ella ya está expresada subsidiariamente para el caso de las obligaciones contractuales (LDIP, artículo 30).

- Por último, se refiere la norma al Derecho aplicable y no a la Ley aplicable. El término Derecho brinda la amplitud necesaria para que el operador jurídico analice a plenitud todas las soluciones del ordenamiento jurídico que resulte aplicable. Es congruente además con los artículos 2 y 3 de la LDIP, pues en ellos se consagra la forma en cómo ha de aplicarse el Derecho extranjero.

Es interesante señalar que la doctrina venezolana ha dicho que en la resolución de estos problemas las autoridades deben mirar las soluciones adoptadas por tratados internacionales o incluso por proyectos de tratados internacionales, y también lo dispuesto en otras regulaciones internas extranjeras, con la intención de estudiar, comparativamente, las posibles soluciones que tanto en el ámbito material como conflictual se brindan en esta materia. Un ejemplo, de estas fuentes podría ser el Proyecto de Convención Europea sobre Derecho Aplicable a las Obligaciones Contractuales y Extracontractuales (Parra-Aranguren, 1975: 38; Hernández-Breton, 1988: 348; Romero, 1998: 78).

Este Proyecto se aprobó solamente con la regulación conflictual en materia contractual. Así, la llamada comúnmente Convención de Roma de 1980 regula sólo el Derecho aplicable a los contratos, aun cuando hoy en día se está trabajando en su reforma para incluir la materia extracontractual.

De esta manera, la aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 32 debe hacerse en concordancia con las instituciones generales de DIP previstas en nuestro sistema. En tal sentido, una referencia separada merece la institución de las calificaciones y de las normas de aplicación necesaria.

Si bien la LDIP no regula las calificaciones, como hemos visto su aplicación es necesaria, y el sistema venezolano debe recordarse la vigencia del principio general de la calificación según la *lex fori* (Código Bustamante, Art. 6), en conjunción con el ejercicio de los demás tipos de calificaciones como la *lex causae*, la doble calificación, la calificación funcional y la calificación autónoma. Todas ellas permitirán en los casos concretos ajustar las dificultades que presente la aplicación simultánea de más de un Derecho, para por ejemplo, reconocer la existencia o no de la obligación, así como su extensión, lo cual pudiera llevarnos a una situación en la que la obligación está prevista o regulada de una determinada manera en un sistema y no estarlo del todo o regulada de manera diferente en otro de los sistemas que resulten aplicables al caso concreto.

Por otra parte, el reconocimiento en la LDIP de la existencia de normas de aplicación necesaria venezolanas permite prescindir en los casos que ellas regulen de los aspectos conflictuales del problema (LDIP, Art. 10).

Las normas de aplicación necesaria son particularmente importantes en los casos de hechos ilícitos, por ejemplo en las situaciones de la responsabilidad por productos. En este sentido, vale la pena preguntarse si en la regulación sobre protección al consumidor y al usuario venezolano existe

esta clase de normas. De ser afirmativa la respuesta, su aplicación impediría el funcionamiento de las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado y la posibilidad de resolver el caso por un Derecho extranjero en aquellos supuestos que la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario regule. En nuestra opinión, la Ley de Protección al Consumidor así como cualquier otra regulación interna, no pueden ser consideradas en su totalidad como un conjunto de normas de aplicación necesaria. La interpretación que consideramos correcta se orienta más bien hacia el carácter excepcional de las normas de aplicación necesaria. Por ejemplo, en la Ley de Protección al Consumidor algunas disposiciones relativas a los productos de primera necesidad, las cuales en efecto pueden ser consideradas como normas de este tipo en Venezuela (Romero, 1999: 128 y ss).

Asimismo, consideramos que el mandato del artículo 10 de la LDIP está formulado en primer término para el legislador, quien dictará esta clase de normas "para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos". Estas normas deben, como se ha dicho ya, tener un carácter excepcional y ajustado a los requerimientos de tiempo y espacio de la realidad venezolana.

Otros ejemplos de normas internas que eventualmente pueden demandar una aplicación preferente al artículo 32 y al artículo 33 que de seguidas comentaremos, por tratarse de normas de conflicto especiales dictadas en una determinada materia son las soluciones previstas en la regulación sobre aviación civil³³¹. Desafortunadamente, la redacción de la Ley de Aviación Civil confunde los casos de Derecho aplicable y jurisdicción competente, además de abusar de las soluciones de corte territorialista ya superadas, al menos teóricamente en nuestro sistema, con la vigencia general de la LDIP (Guerra, 2002: 136 y ss.).

Finalmente, es interesante preguntarse si este tipo de regulación general prevista en las normas de los artículos 32 y 33 de la LDIP en materia de la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones no convencionales predetermina cual será la posición de Venezuela a la hora de negociar y aprobar un tratado internacional sobre la materia. En otras palabras, si la política legislativa venezolana a la hora de aprobar un tratado internacional tenderá hacia la búsqueda de regulaciones generales, por ejemplo "Derecho aplicable a las obligaciones extracontractuales", o si por el contrario, tenderá más bien a la búsqueda de regulaciones específicas, por ejemplo, el "Derecho aplicable a la responsabilidad civil por productos". En nuestra

³³¹ Ley de Aviación Civil, G.O. N° 37.293 del 28/09/2001, Arts. 5 y 139.

opinión, la tendencia general en el ámbito internacional, en sistemas civiles y anglosajones, se orienta hacia la regulación especial o por temas específicos, y a ella debería integrarse nuestro país en su política legislativa externa, proyectada hacia las soluciones que se adopten en el ámbito internacional.

IV. APORTES DE LA DOCTRINA EXTRAJERA Y DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA VENEZOLANAS

Los aportes de la doctrina extranjera respecto a comentarios específicos sobre las normas contenidas en el artículo 32, al igual que el artículo 33, es prácticamente inexistente, salvo por las muy breves referencias que les dedica Jacobo Dolinger en su Curso de La Haya sobre contratos y obligaciones extracontractuales (Dolinger, 2000: 493 y 494). Básicamente, Dolinger resalta la necesidad de limitar la autonomía de la voluntad de la víctima en la escogencia del Derecho aplicable, tal y como lo hace la norma del artículo 32 de la LDIP, el cual la circunscribe a los dos extremos de la *lex loci delicti*.

En cuanto a la doctrina patria, existen algunos comentarios sobre todo a la antigua norma del artículo 33 del Proyecto de Ley de Normas de 1963-1965, antecedente como hemos dicho de la regulación actual. Tales comentarios ya han sido incorporados en las secciones anteriores, bastándonos reiterar aquí la existencia de nuestro trabajo sobre responsabilidad civil extracontractual por productos, en el cual se analiza exhaustivamente el hecho ilícito y en particular, las normas conflictuales vigentes en Venezuela para esos supuestos entre ellas el artículo 32 de la LDIP (Guerra, 2002: 152 ss.).

Sin embargo, quisiéramos agregar dada la naturaleza de estos comentarios, algunas de las soluciones brindadas en el marco del Derecho Comparado (Maekelt y otros, 2000: T. I, 114). Así, podemos citar:

4.1. Código Civil Portugués (1967). Libro I, Título I, Capítulo III, Sección II, Subsección III - Ley reguladora de las obligaciones

Artículo 45° (Responsabilidad extracontractual) 1. La responsabilidad extracontractual fundada, bien en acto ilícito, bien en el riesgo o en cualquier conducta lícita, es regulada por la ley del Estado donde transcurre la principal actividad causante del perjuicio; en caso de responsabilidad

por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el responsable debería haber actuado. 2. Si la ley del Estado donde se produjo el efecto lesivo considera al agente responsable, pero no lo considera como tal la ley del país donde transcurrió su actividad, es aplicable la primera ley, desde que el agente debiese prevenir la producción de un daño, en aquel país, como consecuencia de su acto u omisión. 3. Sin embargo, si el agente y el lesionado tuviesen la misma nacionalidad o, a falta de ella, la misma residencia habitual, y se encontraran ocasionalmente en país extranjero, la ley aplicable será la de la nacionalidad o la de la residencia común, sin perjuicio de las disposiciones del Estado local que deban ser aplicadas indistintamente a todas las personas.

*4.2. Código Civil Peruano (Promulgado el 14/11/1984).
Libro X, Título III*

Artículo 2.097 - La responsabilidad extracontractual se regula por la ley del país donde se realice la principal actividad que origina el perjuicio. En caso de responsabilidad por omisión, es aplicable la ley del lugar donde el presunto responsable debió haber actuado. Si la ley del lugar donde se produjo el perjuicio considera responsable al agente, pero no la ley del lugar donde se produjo la actividad u omisión que provocó el perjuicio, es aplicable la primera ley, si el agente debió prevenir la producción del daño en dicho lugar, como consecuencia de su acto u omisión.

*4.3. Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado
(16/06/1978). Sección VII - Reglas Generales*

Daños y Perjuicios Extracontractuales: Artículo 48 (1) Las acciones extracontractuales por daños y perjuicios se rigen por el derecho del Estado en el cual se produjo la conducta causante del daño. Sin embargo, si existe para las partes un vínculo más fuerte con el derecho de un solo Estado o aun con el de otro, este derecho es el aplicable. (2) Las acciones por daños y perjuicios y las otras acciones por competencia desleal se rigen por el derecho del Estado en el cual la competencia produzca sus efectos.

*4.4. Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado.
Aprobación: 18/12/1987; Publicación: 12/01/1988;
Vigencia: 01/01/1989. Capítulo Noveno*

Sección 3: Hechos Ilícitos: Artículo 132. II. Derecho Aplicable. 1.- En general. A) Elección del derecho - Las partes pueden después de acontecido el hecho dañoso, convenir en la aplicación del derecho de foro.

Artículo 133 B) A falta de elección de derecho: 1.- Cuando el autor y el lesionado tengan su residencia habitual en el mismo Estado, las pretensiones fundadas sobre un acto ilícito están regidas por el derecho de ese Estado. 2.- Cuando el autor y el lesionado no tengan residencia habitual en el mismo Estado esas pretensiones están regidas por el derecho del Estado en el cual el acto ilícito se ha cometido. Sin embargo, si el resultado se ha producido en otro Estado, el derecho de este Estado es aplicable si el autor debía prever que el resultado se produciría allí. 3.- No obstante los párrafos precedentes, cuando un hecho ilícito viola una relación jurídica existente entre el autor y el lesionado, las pretensiones fundadas sobre ese acto están regidas por el derecho aplicable a esa relación jurídica.

*4.5. Ley que Contiene la Reforma del Libro Décimo del Nuevo
Código Civil de la Provincia de Québec (18/12/1991),
Libro X, Título II, Capítulo III, Sección II - Disposiciones
Particulares.10. De la responsabilidad civil*

Artículo 3126 - La obligación de reparar el perjuicio causado al prójimo está regida por la ley del Estado donde el hecho generador del perjuicio acaeció. Sin embargo, si el perjuicio acaeció en otro Estado, la ley de este Estado se aplica si el autor debía prever que el perjuicio se manifestaría allí. En todos los casos, si el autor y la víctima tienen su domicilio o su residencia en el mismo Estado, es la ley de este Estado la que se aplica.

Finalmente, en el marco del Derecho Comparado vale la pena mencionar que se trata de una materia en constante evolución como lo demuestra la reciente reforma de 1999 a la Ley de Introducción al Código Civil Alemán que contiene la Reforma del Derecho Internacional Privado (1986), la cual incluyó, entre otros aspectos, normas de conflicto para las "obligaciones no contractuales" reemplazándose las soluciones del derecho jurisprudencial que gobernaba estos temas hasta esa fecha³³².

En cuanto a la jurisprudencia venezolana y al igual que en casi todos los aspectos generales y de Derecho aplicable, nos encontramos con un abrumador silencio de nuestros tribunales. Con la vigencia de la LDIP (1998) y dada la uniformidad y organicidad que ella brinda al sistema venezolano de DIP, esperamos pacientemente el pronunciamiento de nuestros operadores jurídicos sobre estos temas.

³³² Ley del 21/05/1999 (BGBI.I.1026), en vigor desde el 1/06/1999.

Por otra parte, si llama la atención la amplia discusión que en el extranjero, debido a casos muy concretos (*Ford Motor Company/Bridgestone-Firestone "Caso Explorer"* y *A.T.T./Abengoa de Venezuela "Caso Accidente de Tejerías"*)³³³, y específicamente, en las Cortes norteamericanas, ha tenido la LDIP en materia de obligaciones no convencionales. Hasta donde conocemos el tema siempre ha girado en torno a los conflictos de jurisdicción entre los tribunales venezolanos y norteamericanos y en consecuencia, la aplicación de los artículos 39 y siguientes de la LDIP, en especial el artículo 40, numerales 2 y 4.

En este sentido, si bien la norma del artículo 32 nada tiene que ver con los criterios de jurisdicción previstos en nuestro sistema, su lenguaje ha servido de guía para interpretar la expresión "hechos verificados en el territorio de la República", el cual si constituye un criterio de jurisdicción (LDIP, Art. 40, 2). Así, por "hecho verificado" se ha pretendido entender o bien el lugar de la causa del daño, o bien el lugar en donde se producen sus efectos. En nuestra opinión, este último debe ser el lugar determinante, dada la tendencia general de nuestro sistema jurídico de acordar la jurisdicción de nuestros tribunales si el accidente ocurre en territorio venezolano (véanse por ejemplo los casos de aviación civil y abordaje; Ley de Aviación Civil, Art. 139 y Código de Comercio, Art. 1.095, respectivamente). Por ello, para los casos extracontractuales el lugar del accidente representa el contenido de la expresión "hechos verificados". Tesis contrarias, como por ejemplo, pretender aplicar la teoría de las vinculaciones para calificar la expresión "hechos verificados" y en consecuencia, determinar o no la jurisdicción venezolana en materia extracontractual constituye, desde nuestra perspectiva, un inadecuado traslado de teorías de Derecho aplicable a los casos o problemas de jurisdicción.

V. CONCLUSIONES

La aplicación del artículo 32 de la LDIP deberá estar coordinada con la vigencia de otras fuentes de derecho de naturaleza internacional como el

³³³ Por ejemplo pueden citarse: *In Re Bridgestone/Firestone Inc., Tires Products Liability Litigation*, 190 F. Supp. 2d 1123 (S.D. Ind. 2002), en este caso se desechó el argumento de los demandados relativo al *Forum Non Conveniens* de las cortes norteamericanas decidiéndose que estas cortes si tenían jurisdicción sobre el asunto. En el otro caso, *Marisol Veloz R. Special Administrator of the Estate of José Humberto Arellano deceased et al. vs. John Fisk conocido por la Circuit Court of Cook County, Illinois County Department, Law Division, Case N° 02-12075 (2002)*, el tribunal norteamericano declaró con lugar la solicitud de *Forum Non Conveniens* del demandado, considerando en consecuencia que los tribunales venezolanos si debían conocer y decidir el asunto.

Código Bustamante, e internas como las normas prevista en la Ley de Aviación Civil.

Es curioso observar que tanto el Código Bustamante como la LDIP, a pesar de que se adoptaron en épocas y contextos muy diferentes, ambas parten de una regulación genérica del Derecho aplicable a las obligaciones no convencionales. Por lo tanto, casos específicos como la responsabilidad civil extracontractual por productos deberá subsumirse a dichas normas para encontrar una respuesta sobre cuál debe ser y cómo se determina el Derecho aplicable en dichos casos particulares. Sin embargo, en nuestra opinión Venezuela debería orientar su regulación internacional hacia los temas específicos en materia extracontractual tal y como se ha hecho en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y se ha propuesto en el marco de la Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado.

En el caso de los hechos ilícitos, la LDIP reconoce como solución general la regla clásica *lex loci delicti*, expresada en sus dos extremos tradicionales lugar de la causa y el lugar de los efectos con dos particularidades esenciales. La primera, la aparente preferencia por el lugar en donde ocurren los efectos como factor de conexión principal, pues ella se indica como solución inicial en el texto de la norma. En segundo lugar, la vigencia de la autonomía de la voluntad de la víctima para demandar la aplicación del Derecho del lugar en donde se produce la causa generadora del hecho. Se trata en nuestra opinión, de una calificación que hace la víctima sobre la base de los extremos tradicionales de la *lex loci delicti* a favor del lugar de la causa. A su vez, tal previsión en la LDIP asegura las justas expectativas del agente del daño, quien en principio no debería tener incertidumbre sobre las consecuencias que resultan de aplicar cualesquiera de esos dos Derechos (causa-efectos).