

# Constitución y Derecho Internacional Privado

Claudia MADRID MARTÍNEZ \*

## Sumario

**Introducción 1. La Constitución y la determinación de la jurisdicción** 1.1. *Los criterios atributivos de jurisdicción* 1.2. *El artículo 151 de la Constitución* 1.3. *El caso del foro no conveniente* 1.4. *Jurisdicción inderogable y protección al consumidor: El silencio del sistema venezolano* **2. La Constitución y la determinación del Derecho aplicable** 2.1. *Elección de los factores de conexión* 2.2. *Vigencia temporal de las normas de conflicto: sujeción al principio constitucional* 2.3. *Derechos humanos y aplicación del Derecho extranjero* 2.3.1. *Generalidades* 2.3.2. *Normas de aplicación necesaria y orden público en el Derecho Internacional Privado* 2.4. *La Constitución y las lagunas del sistema.* **Conclusiones**

## Introducción

Actualmente, el Derecho privado está experimentando cierta mengua, debido a la correlativa expansión del Derecho público y, de manera más precisa, del Derecho Constitucional<sup>1</sup>. Tal expansión genera, por una parte, que las normas

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado; Doctora en Ciencias mención Derecho; Profesora Titular. **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesora Asociada. **Universidad de Colonia**, *Postdoctoral researcher* becada por la Fundación Alexander von Humboldt (2012-2014).

<sup>1</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 7-1 (Edición homenaje a José Peña Solís). Caracas, 2016, pp. 87-123, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

deban reflejar directamente principios constitucionales, con lo cual muchas de ellas pueden incluso ser calificadas como internacionalmente imperativas; y, por otra parte, la necesidad de interpretar todas las normas del sistema a la luz de la Constitución.

El primero de los fenómenos mencionados no es nuevo en la evolución del Derecho moderno. La necesidad de que la norma subconstitucional se ajuste a la Constitución no hace más que reflejar, de alguna manera, la tesis de la jerarquía de las fuentes de Kelsen. En cambio, el hecho que todas las normas del sistema deban ser interpretadas a la luz de los principios constitucionales podría generar cierta invasión de estos sobre las demás normas del sistema, con el añadido de que esta situación podría generar cierta inseguridad jurídica.

Esta tendencia que puede apreciarse como general en el Derecho comparado, es reconocida expresamente en la Constitución de la República de 1999<sup>2</sup>. En efecto, nuestra Constitución se autoproclama como «... la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico» (artículo 7), con lo cual todas las normas deben ser conformes con la misma, tanto que, en caso contrario, el juez podría llegar a desaplicar la norma en cuestión, a favor del dispositivo constitucional (artículo 334).

Por otra parte, la necesaria interpretación conforme a los principios constitucionales de las normas del sistema se relaciona con la facultad de intervención del Estado en las relaciones entre particulares. Tal facultad ha sido expresamente reconocida por el artículo 2 de la Constitución, norma de conformidad con la cual «Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de justicia...»<sup>3</sup>. Este postulado, cuyo alcance no parece estar aun claramente precisado, se manifestaría, entre otras cosas, en la actividad del juez al interpretar las normas a la luz de la Constitución.

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 36860, del 30-12-99.

<sup>3</sup> Sobre la interpretación de esta expresión, ver: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo». En: *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. ACIENPOL. C. MADRID, coord. Caracas, 2012, pp. 105 y ss.

Ahora bien, como parte del sistema jurídico, el Derecho Internacional Privado no escapa a esta realidad. A pesar de ello, el tema de las relaciones de la Constitución con el Derecho Internacional Privado ha sido escasamente tratado en Venezuela<sup>4</sup> y tampoco parece un tema muy popular en Derecho comparado<sup>5</sup>. Sin embargo, el contenido del Derecho Internacional Privado también es objeto de la influencia constitucional, tanto al momento de la elaboración de sus normas, como al momento de su interpretación.

Para empezar, la Constitución de 1999 reconoce por primera vez la denominación de nuestra disciplina como Derecho Internacional Privado, al incluirla, en su artículo 156,32, dentro de las competencias del Poder Público nacional. Se trata, en palabras de HERNÁNDEZ-BRETÓN, de «Una verdadera sorpresa, sin aparente justificación teórica, pues como es sabido, la Ley de Derecho Internacional Privado fue dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1961 en ejecución de la competencia residual establecida a favor del Poder Nacional de conformidad con el artículo 136.25 de la Constitución de 1961»<sup>6</sup>.

En este trabajo expondremos algunos casos de influencia de la Constitución sobre la aplicación e interpretación del sistema venezolano de Derecho Internacional

<sup>4</sup> DE MAEKELT, Tatiana: «Tribunales especiales en materia del Derecho Internacional Privado». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 63. UCV. Caracas, 1982, pp. 59 y ss.; HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «La Constitución del 30 de diciembre de 1999 y la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998». En: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*. Tomo II. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2001, pp. 11 y ss. Del mismo autor: «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental». En: *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. ACIENPOL. I. de VALERA, coord. Caracas, 2005, pp. 21 y ss.; y «La función de la Constitución de 1999 en la determinación y aplicación del Derecho que regula la adopción internacional». En: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2003, pp. 347 y ss.; GUERRA, Víctor: *Límites constitucionales al Derecho Internacional Privado ¿hacia una jurisdicción especial?* Dike. Medellín, 2013.

<sup>5</sup> Destaca la tesis de BRILMAYER, Lea: *Conflict of laws*. Little Brown and Company. Boston, 1991, *passim*, quien propone la adopción de *political rights-based approaches* para prevenir la exagerada intervención del Estado en las relaciones privadas.

<sup>6</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («La Constitución...»), p. 14.

Privado, principalmente en materia de jurisdicción y de Derecho aplicable. Aunque no incluiremos lo relativo a la eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, hemos de considerar que también en este campo se nota la influencia constitucional, principalmente en la necesidad de que, para ser reconocida en Venezuela, la sentencia extranjera no debe violar los principios constitucionales<sup>7</sup>.

## 1. La Constitución y la determinación de la jurisdicción

La propia noción de jurisdicción denota la relación de esta materia con los principios constitucionales. Sin embargo, a los efectos de este trabajo nos limitaremos al análisis de tres casos particulares: el primero, se refiere a la elección de los criterios que serán determinantes para atribuir jurisdicción a los tribunales venezolanos. En segundo lugar, analizaremos la norma contenida en el artículo 151 de la Constitución; y, finalmente, haremos referencia a la figura del *forum non conveniens* y su posible procedencia en Venezuela.

### 1.1. Los criterios atributivos de jurisdicción

Es generalmente reconocido que el legislador natural en materia de jurisdicción es el legislador supranacional. Sin embargo, debido a la fuerte dosis de soberanía que suele envolver toda discusión sobre la jurisdicción, esta tarea es dejada, en la mayoría de los casos, en manos del legislador estatal, quien formula las reglas de manera unilateral y sin comunicación con otros sistemas estatales. Esta visión unilateral del problema, aunada al hecho de que no existe un tribunal supranacional que dirima los conflictos positivos y negativos de jurisdicción que puedan plantearse, hace que tales conflictos sean también resueltos de manera unilateral<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 16; *cfr.* MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado». En: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2003, pp. 361 y ss.

<sup>8</sup> VIRGÓS SORIANO, Miguel y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco: *Derecho Procesal Civil internacional. Litigación internacional*. Civitas. Madrid, 2000, pp. 39 y 40.

Así, en nuestro ordenamiento jurídico conviven normas sobre jurisdicción contenidas en tratados internacionales, que son la minoría, y en fuentes de origen interno<sup>9</sup>, de manera que el criterio atributivo de jurisdicción a aplicar dependerá de la fuente de la cual provenga la norma competente para regular el caso. De esa fuente dependerá también la función distributiva o atributiva de ese criterio de jurisdicción.

En efecto, el criterio contenido en una fuente convencional distribuirá la jurisdicción entre los Estados parte, de manera que si, una vez aplicado el tratado vigente, la jurisdicción recae sobre otro de los Estados parte del mismo y no sobre Venezuela, nuestro juez deberá conformarse con declarar su falta de jurisdicción. En cambio, la norma sobre jurisdicción de origen estatal atribuirá jurisdicción a los tribunales venezolanos, sin poder, evidentemente, pronunciarse sobre la jurisdicción de los tribunales extranjeros. En tal sentido, en virtud del principio de la unilateralidad, cada Estado decide libremente sobre su jurisdicción, con los solos límites impuestos por el Derecho Internacional Público.

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. Ni siquiera podría haber aplicación analógica de las normas sobre competencia territorial interna para buscar afirmar la jurisdicción de los tribunales venezolanos<sup>10</sup>. En todo caso, la negativa o el

<sup>9</sup> Este diálogo de fuentes es reconocido por el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado: «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».

<sup>10</sup> Al respecto es célebre la decisión de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, dictada en 1993 en la cual se afirmó que el objetivo de las normas reguladoras de la competencia territorial interna condiciona, en principio, la imposibilidad de que estas últimas se utilicen para la determinación de la jurisdicción. *Vid.* CSJ/SPA, sent. N° 212, del 27-05-93, en: *Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*. Tomo 125. Ramírez & Garay S. A. Caracas, 1993, pp. 622-626.

silencio del legislador deberían significar que el conocimiento de un supuesto de hecho jurídicamente internacionalizado no entra en la esfera de la jurisdicción de los tribunales nacionales<sup>11</sup>. Incluso quienes se muestran favorables a la procedencia del foro no conveniente, reconocen que concebir con tal rigidez la determinación de la jurisdicción, es una «práctica sana»<sup>12</sup>.

La jurisprudencia, en general, reconoce el carácter de orden público de la determinación de la jurisdicción<sup>13</sup>, lo cual imposibilitaría cualquier intento de flexibilización. Sin embargo, es en esta materia, precisamente, donde hemos observado la intervención del Estado para, a partir de un principio constitucional, elaborar y aplicar un criterio atributivo de jurisdicción que no existe en el sistema venezolano.

En efecto, en una sentencia de 2007, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia<sup>14</sup>, fundamentándose en el principio constitucional del bien superior del niño, admite la jurisdicción de los tribunales venezolanos, en el juicio de divorcio de una pareja con hijos menores de edad. En este caso, el demandado tenía su domicilio fuera de Venezuela, por lo que el juez debió recurrir a los criterios supletorios en materia de relaciones familiares contenidos en el artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado<sup>15</sup>. Así, comprobó que no hubo sumisión y que no había transcurrido el tiempo exigido por la Ley para que el demandante se considerase domiciliado en Venezuela, de manera que pudiera aplicarse el principio del paralelismo.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, 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*. N° 43. UCAB. Caracas, 1991, pp. 216 y ss., especialmente p. 235.

<sup>12</sup> GUERRA, Víctor: «*Forum non conveniens*». En: *Derecho Procesal Civil internacional*. ACIENPOL-UCV. Caracas, 2010, pp. 299 y ss., especialmente p. 312.

<sup>13</sup> TSJ/SPA, sent. N° 1543, del 18-07-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/01543-180701-0719.htm>.

<sup>14</sup> TSJ/SPA, sent. N° 769, del 23-05-07, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/00769-23507-2007-2007-0315.HTML>.

<sup>15</sup> *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36511, del 06-08-98, vigente desde el 06-02-99.

La Sala, en lugar de declarar la falta de jurisdicción, pues no se verificó ninguno de los criterios consagrados por el sistema venezolano, afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dejando claro que ella:

... como todas las autoridades del Estado, está en la obligación de atender como consideración primordial al interés superior del niño. Por tanto, al encontrarse directamente interrelacionada la presente demanda de divorcio, con los derechos de los menores de edad antes referidos en lo atinente a la guarda, obligación alimentaria y régimen de visitas, siendo tales instituciones materia de orden público de conformidad con lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, corresponde en consecuencia a los tribunales venezolanos conocer del presente caso. Ello así, aunado al hecho de que la cónyuge demandante es de nacionalidad venezolana y estuvo domiciliada en este país con anterioridad a la interposición de la demanda, que ambos niños nacieron en territorio nacional, y que el matrimonio fue celebrado en Venezuela, debe por tanto este Alto Tribunal declarar que el Poder Judicial venezolano sí tiene jurisdicción para conocer del caso de autos.

Esta flexibilidad –reiterada en decisiones posteriores<sup>16</sup>– a la hora de determinar la jurisdicción de los tribunales venezolanos abre, sin duda, algunas puertas cuyas ventajas o desventajas solo podrán evaluarse con el tiempo. De momento, hemos de reconocer en ella el efecto que la preeminencia de la Constitución tiene sobre los casos de Derecho Internacional Privado, al admitirse la jurisdicción de los tribunales venezolanos en casos en los cuales no se verifican los criterios atributivos de jurisdicción consagrados en el sistema venezolano.

Una suerte semejante podría correr el divorcio, a partir del caso Correa Rampersad, resuelto por la Sala Constitucional en junio de 2015<sup>17</sup>. A lo largo de la sentencia pueden leerse algunas afirmaciones que harían innecesario el

<sup>16</sup> TSJ/SPA, sent. N° 1137, del 11-11-10, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/noviembre/01137-111110-2010-2010-0917.HTML>.

<sup>17</sup> TSJ/SC, sent. N° 693, del 02-06-15, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/178096-693-2615-2015-12-1163.HTML>.

recurso a los criterios atributivos de jurisdicción. Por ejemplo, la Sala afirma: «... negar la posibilidad a un individuo de acudir a los órganos jurisdiccionales para encontrar solución a un conflicto parece confiscar al derecho su función de ordenador de la conducta humana y un medio de resolución de conflictos». Una afirmación como esta que está fundamentada, según reconoce la Sala, en una interpretación de las normas sobre divorcio a la luz de dos de los derechos reconocidos en la Constitución de 1999 –el libre desenvolvimiento de la personalidad y el acceso a la justicia– podría conducir a la construcción de un nuevo criterio de jurisdicción por vía jurisprudencial, de manera que Venezuela podría convertirse en un foro favorable para el divorcio, sin exigir mayores requisitos para el establecimiento de su jurisdicción.

### *1.2. El artículo 151 de la Constitución*

De conformidad con el artículo 151 de la Constitución:

En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.

Es esta la única norma, dentro de nuestra Constitución, que ha de calificarse como una norma de Derecho Internacional Privado, al establecer tanto la jurisdicción de los tribunales venezolanos como la aplicación del Derecho venezolano en los casos allí indicados. Su texto aparece por primera vez en 1893, época del «Liberalismo amarillo» de Joaquín Crespo.

Cuando nos preguntamos el porqué de la inclusión de esta norma en el texto constitucional, debemos considerar que, desde el punto de vista histórico, durante esa época hubo una fuerte penetración de inversión extranjera. La gran cantidad de los empréstitos públicos y de los contratos sobre obras públicas que realizó el Estado venezolano trajo como consecuencia múltiples reclamaciones



diplomáticas, obviando las vías procesales regulares que, sobre la responsabilidad del Estado, preveía el ordenamiento jurídico venezolano. Aunado a estas reclamaciones contractuales, estaban también las derivadas de los daños producidos a comerciantes extranjeros, por los movimientos insurgentes, que todavía pululaban en el país. Resulta, pues, indudable la conveniencia, ante estas concretas circunstancias, de incluir una cláusula que asegurase la competencia de los tribunales y las leyes venezolanas<sup>18</sup>.

Debido a la discusión que se presentó con ocasión de los contratos que, con las empresas alemanas, fueron celebrados por la Compañía del Gran Ferrocarril de Venezuela<sup>19</sup>, en los cuales se omitió toda referencia a la cláusula exigida por la norma correspondiente de la Constitución de 1893 y, ante las reclamaciones de varios parlamentarios que consideraban el peligro de que Venezuela se convirtiese en una «factoría del imperio alemán», se decidió ajustar el precepto en la Constitución de 1901, de manera de entender que la cláusula se consideraría incluida en todos los contratos de interés público, aunque no estuviere escrita.

Es indudable que la *ratio* de la norma contenida en el artículo 151 constitucional alberga una fuerte dosis de inmunidad de jurisdicción, pero, en nuestra opinión, su finalidad es evitar que le sea arrebatada a Venezuela la jurisdicción que corresponde a sus tribunales en esta materia, es decir, asegurarse que el Estado venezolano sea el único competente para conocer de los litigios relacionados con contratos de interés público, cuando su naturaleza así lo exija<sup>20</sup>, con lo cual puede clasificarse como criterio de jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos. Tal criterio de jurisdicción deriva, justamente, de la inmunidad de que goza el Estado cuando realiza ese tipo de actos y, aunque

<sup>18</sup> TORO JIMÉNEZ, Fermín: *Derecho Internacional Público*. Vol. I. UCAB. Caracas, 2001, pp. 602-609.

<sup>19</sup> *Vid.* VELÁSQUEZ, Ramón J.: *La caída del liberalismo amarillo*. Contraloría General de la República. Caracas, 1972.

<sup>20</sup> La determinación de cuáles son esos contratos, ha estado en manos de la Procuraduría General de la República. Ver opiniones y comentarios en: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El artículo 151 de la Constitución de la República: ¿inmunidad?, ¿exclusividad? o ¿las dos cosas?». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N° 143. Caracas, 2005, pp. 423 y ss.

la inmunidad es un principio de Derecho internacional que, como tal, no requiere un reconocimiento expreso, por lo que de ningún modo esta norma sería oponible en el extranjero para escapar a la jurisdicción de otro Estado, sí resulta conveniente que Venezuela circunscriba la clase de actos a que se aplicará esta excepción (*acta iure imperii*).

Ahora bien, RODRÍGUEZ, por ejemplo, expresa su duda acerca de la calificación de este supuesto como de jurisdicción exclusiva. En su opinión, la finalidad del artículo 151 constitucional no es rechazar el reconocimiento de una sentencia extranjera que decida sobre la materia objeto de la norma, con lo cual entiende que se trataría más bien de un supuesto de inderogabilidad convencional de la jurisdicción<sup>21</sup>. Nosotros, por el contrario, estimamos que se trata de un supuesto de jurisdicción exclusiva. La razón es, nuevamente, la inmunidad. Hoy día se entiende que la inmunidad de jurisdicción de los Estados es relativa, de manera que estos pueden verse sometidos a la jurisdicción de un Estado extranjero cuando actúen sin estar investidos de su imperio. Por interpretación en contrario, cuando actúen con tal carácter han de ser sometidos, necesariamente, a sus propios tribunales.

Por otra parte, es cierto que tal inmunidad puede renunciarse, es decir, de manera voluntaria, un Estado puede someterse al poder jurisdiccional de otro y tal renuncia a la inmunidad implica, en definitiva, una renuncia al ejercicio de su jurisdicción. Este planteamiento nos conduciría a afirmar que estos supuestos no son ni de jurisdicción exclusiva ni de jurisdicción inderogable.

Sin embargo, debemos también considerar el contenido del aparte único del artículo 1 del texto constitucional, según el cual «Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional». Así, en los casos en que se determine que el Estado venezolano goza de inmunidad de jurisdicción, por imperativo constitucional, no podrá renunciarla.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ CARRERA, Luis Ernesto: «Artículo 47. Inderogabilidad convencional de la jurisdicción». En: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. T. II. UCV. 2005, Caracas, pp. 1043 y ss., especialmente p. 1103.

En conclusión, podemos afirmar, a partir de los artículos 1 y 151 de la Constitución, cuando estemos frente a un contrato con el Estado cuya naturaleza así lo exija, Venezuela gozará, de manera irrenunciable, de inmunidad de jurisdicción, lo cual traerá como consecuencia que solo los tribunales venezolanos puedan conocer de los litigios generados por este tipo de contratos y tal jurisdicción será exclusiva, por lo que, en virtud del artículo 53.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado, toda sentencia que sobre la materia fuere dictada en el extranjero, no podrá ser reconocida en Venezuela.

### *1.3. El caso del foro no conveniente*

Dos principios informan la determinación de la jurisdicción en el ámbito latinoamericano y Venezuela no escapa a ello. En primer lugar, la aceptación del domicilio del demandado como foro general; y, en segundo lugar, la consideración de que cuando el demandante ha elegido un tribunal, ese tribunal no tiene discrecionalidad para declinar su jurisdicción, a la vez que se considera que los demás tribunales han dejado de tenerla<sup>22</sup>.

En efecto, el primero de los principios citados ha sido aceptado en el sistema venezolano, por el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado, de manera que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas –físicas o jurídicas– domiciliadas en Venezuela, independientemente del objeto del juicio –bienes, obligaciones, Derecho de Familia, etc.–, del tipo de demanda –declarativa, constitutiva o de condena–, o de la localización espacial de los hechos o derechos en disputa, salvo, por ejemplo, en ciertos casos especiales, como en el de acciones relativas a derechos reales sobre inmuebles situados en el extranjero<sup>23</sup>. Nuestro sistema reconoce entonces el principio *actor sequitur forum rei*.

<sup>22</sup> BRAND, Ronald A.: «Challenges to forum non conveniens». En: *New York University Journal of International Law and Politics*. Vol. 45. Nueva York, 2013, pp. 1003 y ss., especialmente p. 1018.

<sup>23</sup> El domicilio también es reconocido, por el artículo 323 del Código Bustamante, como un criterio supletorio que funcionará, para las acciones personales, cuando las partes no se hayan sometido de manera expresa o tácita a jurisdicción alguna, de manera alternativa con los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación.

En relación con el segundo de los principios citados, hemos de reconocer en él la natural inclinación de nuestro sistema a favorecer la elección del foro por parte del demandante, destacando el rol del principio de acceso a la justicia. Esto trata de equilibrarse, justamente, con la consagración del principio actor *sequitur forum rei*. Los sistemas angloamericanos, por su parte, suelen ubicarse del lado del demandado, dando preeminencia al principio del debido proceso. Aunque este principio no es reconocido de manera expresa por nuestro sistema, su preeminencia se hace patente en la manera en que se abordan los problemas propios de la concurrencia de jurisdicciones.

En efecto, los casos de jurisdicción concurrente son resueltos en Venezuela a través de la litispendencia, figura con la cual se protegen los intereses de ambas partes en el proceso, contra eventuales comportamientos oportunistas de la otra. Así, se protege el interés del demandado de no padecer dobles procesos y del demandante de que se respete la elección jurisdiccional que ha hecho al introducir la demanda en un tribunal determinado. Además, se evita que se produzcan sentencias contradictorias y se reducen los costos derivados de procesos dobles.

En Venezuela, la procedencia de la litispendencia en litigios de carácter internacional ha sido reconocida por el Derecho positivo y por la jurisprudencia. Así, el artículo 394 del Código Bustamante, admite la litispendencia y condiciona su procedencia a que la sentencia haya de producir cosa juzgada, lo cual ocurre «... cuando se haya dictado la sentencia con la comparecencia de las partes o de sus representantes legítimos, sin que se haya suscitado cuestión de competencia del tribunal extranjero basada en disposiciones de este Código» (artículo 396). Aunque podría pensarse también que esto solo podría determinarse aplicando, *mutatis mutandis*, los requisitos que se exigen para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Por su parte, el artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado reconoce que «La jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexas con ella». Así, para que proceda la litispendencia es necesario que los tribunales

venezolanos tengan jurisdicción para conocer del caso; que la jurisdicción que le corresponde a los tribunales venezolanos no sea exclusiva; que la causa pendiente en el extranjero sea la misma pendiente ante tribunales nacionales; y que la citación se haya verificado según las normas vigentes en el lugar donde se haya efectivamente verificado<sup>24</sup>.

La jurisprudencia también ha contribuido a la determinación de la actuación de esta institución en los litigios internacionales. Así, el Tribunal Supremo de Justicia<sup>25</sup>, luego de reconocer que la litispendencia favorece la economía procesal y tiende a evitar sentencias contradictorias, afirmó que para que ella proceda es necesario que la causa pendiente ante tribunales extranjeros sea la misma pendiente ante tribunales venezolanos; que la causa cuya pendencia se alegue esté, en efecto, pendiente de decisión; que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para conocer del caso; que la jurisdicción de los tribunales venezolanos no sea exclusiva; que los tribunales extranjeros ante los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción, de acuerdo con los principios generales consagrados en la Ley de Derecho Internacional Privado; que el juez extranjero haya practicado primero la citación del demandado; y que esa citación se haya realizado según las normas aplicables, vigentes en el lugar donde se lleva a cabo el juicio y en el lugar donde efectivamente se practicó.

Hemos de tener en cuenta que, al lado de la litispendencia, la Ley de Derecho Internacional Privado admite, por primera vez en nuestro sistema, la declinatoria de la jurisdicción venezolana por conexidad internacional de causas. A diferencia de lo que ocurre en los procesos internos, la conexidad no tiene como efecto la acumulación, sino la declinatoria de jurisdicción, pues se trata de dos sistemas jurisdiccionales de Estados soberanos diferentes.

<sup>24</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil internacional venezolano*. Sherwood. Caracas, 2004, pp. 125-128.

<sup>25</sup> TSJ/SPA, sent. N° 1121, del 19-09-02, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/septiembre/01121-190902-02-0017.HTM>; TSJ/SPA, sent. N° 2159, del 10-10-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/octubre/02159-101001-01-0133.HTM>; TSJ/SPA, sent. N° 136, del 05-02-14, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/febrero/160857-00136-5214-2014-2012-1780.html>.

En definitiva, la litispendencia y la conexidad –principios que formalmente derogan la preferencia de la jurisdicción venezolana ante la jurisdicción extranjera– son los únicos mecanismos de carácter estrictamente procesal que permiten al juez venezolano declinar su jurisdicción frente al juez extranjero. Sin embargo, en los últimos tiempos se ha planteado la posibilidad de admitir, además, la procedencia del llamado *forum non conveniens*, figura propia de los sistemas angloamericanos, a través de la cual el demandado puede pedir al juez que decline su jurisdicción, por considerar que existe otro tribunal conveniente para el conocimiento y decisión de la causa. Para ello, el demandado debe probar que ese otro tribunal tiene jurisdicción y que en él se garantiza el respeto del derecho a la defensa.

Frente al *forum non conveniens*, la posición del sistema venezolano ha sido más que cautelosa. En efecto, a pesar de aceptar la citación personal del demandado como criterio atributivo de jurisdicción (artículo 40.3 de la Ley de Derecho Internacional Privado), nuestro Alto Tribunal ha llegado a afirmar:

... el principio '*forum non conveniens*', según el cual un tribunal aun teniendo jurisdicción para conocer del caso, puede discrecionalmente declinar su jurisdicción, debe esta Sala señalar que tal solicitud es totalmente infundada, toda vez que dicho principio, no es válido 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<sup>26</sup>.

Pocos meses después de dictada la sentencia citada, en noviembre de 2001, entró en vigencia el Decreto-Ley sobre Comercio Marítimo<sup>27</sup>, cuyo artículo

<sup>26</sup> TSJ/SPA, sent. N° 1543, del 18-07-01, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/Julio/01543-180701-0719.htm>.

<sup>27</sup> Posteriormente reformado y publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38351, del 05-01-06.

333<sup>28</sup>, según ha estimado parte de la doctrina venezolana<sup>29</sup>, aceptaría la excepción del *forum non conveniens* en materia de abordaje marítimo, en los casos en que Venezuela asuma jurisdicción, justamente, a través del criterio de la citación o de otros dos criterios en los cuales tampoco parece establecerse una conexión suficientemente fuerte con el territorio de la República, es el caso del embargo –u otorgamiento de fianza sustitutiva– en Venezuela y del arribo eventual a puerto venezolano de la nave al ocurrir el abordaje (artículo 332).

El citado artículo 333 consagraría el *forum non conveniens* como una excepción que exige del demandado la prueba de que la misma acción, por los mismos hechos y causas, ha sido interpuesta ante un tribunal extranjero que garantice el derecho a la defensa del demandante; además de la presencia de vínculos de las partes, buques, aseguradores o tripulantes con el territorio de ese Estado. Desde nuestro punto de vista, es cuestionable entender que esta norma consagre el *forum non conveniens*, desde el momento en que exige que el demandado haya «... intentado una acción por los mismos hechos y causas (...) por ante ese otro Estado», con lo cual parece estar exigiendo una litispendencia, pero matizada con cierto carácter discrecional de parte del juez y sin acudir al criterio de la prevención para determinar el tribunal que, en definitiva, conocerá del asunto.

---

<sup>28</sup> Artículo 333: «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. Los tribunales venezolanos tomarán en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera con el fin de tomar su decisión. La solicitud se propondrá y tramitará en la forma de una cuestión previa de declinatoria de jurisdicción».

<sup>29</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. (*Problemas contemporáneos...*), p. 75; GUERRA, Víctor: «La jurisdicción venezolana en materia extracontractual y la doctrina del *forum non conveniens*». En: *Estudios de Derecho Procesal Civil, Libro homenaje a Humberto Cuenca*. TSJ. F. PARRA ARANGUREN, editor. Caracas, 2002, pp. 429 y ss., especialmente p. 447; GUERRA: ob. cit. («*Forum non conveniens*»), p. 312.

La doctrina, por su parte, se muestra favorable a la aceptación del *forum non conveniens* en Venezuela. Así, MAEKELT considera:

... derogado el principio de preferencia de nuestra jurisdicción e introducida la citación del demandado, no domiciliado, como criterio atributivo de jurisdicción, que dio origen al nacimiento de la doctrina del *forum non conveniens* en los países del *common law*, nada se opone a que el juez renuncie a su propia jurisdicción, especialmente en dos situaciones: en los casos de responsabilidad contractual y extracontractual cuando ésta presenta poca vinculación con la causa o cuando el sometimiento a los tribunales venezolanos, conduce a un resultado evidentemente injusto. En este último supuesto deberá aplicarse con todo su rigor<sup>30</sup>.

Ya en otras ocasiones<sup>31</sup> nos hemos mostrado favorables a la aceptación del *forum non conveniens*. Sin embargo, solo entendemos procedente esta excepción al ejercicio de la jurisdicción en aquellos casos en los que el legislador la consagra expresamente. No creemos que sea viable aplicar, por vía de una interpretación extensiva, una excepción procesal que afecta el ejercicio de la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Sería deseable, sí, pero mientras el legislador no disponga expresamente su procedencia, el juez estará de manos atadas<sup>32</sup>.

#### 1.4. *Jurisdicción inderogable y protección al consumidor.* *El silencio del sistema venezolano*

No existen en el sistema venezolano, hasta el momento, criterios de jurisdicción especiales para las relaciones de consumo, con lo cual el consumidor puede

<sup>30</sup> DE MAEKELT, Tatiana: *Ley venezolana de Derecho internacional privado. Tres años de su vigencia*. ACIENPOL. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002, pp. 117 y 118; GUERRA: ob. cit. («La jurisdicción venezolana...»), pp. 446-451; GUERRA: ob. cit. («*Forum non conveniens*»), pp. 314 y 315.

<sup>31</sup> MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Internacional Privado venezolano*. UCV. Caracas, 2007, pp. 117 y 118; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*. ACIENPOL. Caracas, 2009, p. 231.

<sup>32</sup> Ver también: HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. (*Problemas contemporáneos...*), pp. 75 y 76.



verse arrastrado al foro impuesto por el proveedor de bienes y servicios quien, siendo el fuerte en la relación, generalmente impone las condiciones de contratación al consumidor.

Otro de los problemas que plantean las relaciones de consumo y que, en definitiva, afectan el acceso a la justicia de los consumidores, se relaciona directamente con la escasa cuantía de las transacciones, pues muchas veces no hay equilibrio entre la inversión económica en el proceso y los resultados que posiblemente se obtengan. En efecto, tal como afirma KLEIN VIEIRA, el pequeño valor económico de la relación de consumo no justifica accionar el aparato judicial, debido al alto costo del proceso y al tiempo excesivo que se toma la resolución del litigio. Sumado a ello, en un litigio en el extranjero, el consumidor ha de tener la capacidad económica para mantener y soportar una demanda internacional. Estos factores –continúa la autora– generalmente llevan al consumidor a desistir de sus derechos<sup>33</sup>.

En el caso del sistema venezolano, aunque no es lo ideal, su silencio podría salvarse de alguna manera con el recurso a los foros inderogables. En efecto, tal como hemos reconocido en oportunidades anteriores<sup>34</sup>, siendo su objetivo limitar la expresión procesal de la voluntad de las partes y su posible efecto derogatorio de la jurisdicción venezolana, con ellos podríamos construir una especie de foro de protección para el consumidor, fundamentado en el artículo 117 de la Constitución<sup>35</sup>. Tengamos en cuenta que la finalidad capital de la

<sup>33</sup> KLEIN VIEIRA, Luciane: *Protección internacional del consumidor. Procesos de escasa cuantía en los litigios transfronterizos*. Euros Editores-BdeF. Buenos Aires-Montevideo, 2013, p. 4.

<sup>34</sup> MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. (*La responsabilidad civil...*), pp. 246-252; y «Relaciones de las empresas con sus clientes. Las relaciones de consumo». En: *La empresa y sus negocios de carácter internacional*. ACIENPOL. C. MADRID MARTÍNEZ, coord. Caracas, 2011, pp. 139 y ss., especialmente pp. 151-159.

<sup>35</sup> Artículo 117: «Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los

inderogabilidad de la jurisdicción es mantener, en todo momento, la jurisdicción atribuida a los tribunales venezolanos, a disposición de una de las partes, aunque entre ellas haya habido un acuerdo previo para derogar tal foro<sup>36</sup>. En tales casos, el posible efecto derogatorio de la sumisión no se produce debido al expreso mandato del legislador.

En efecto, de conformidad con el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado:

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

De tal manera, el posible efecto derogatorio de la elección de las partes de un foro extranjero se ve limitado *ratione materiae*. Si una de las partes decide litigar ante los tribunales venezolanos, siempre que estos tengan jurisdicción, cualquier acuerdo que la misma haya firmado, incluso sin vicio alguno en su consentimiento, no producirá efectos sobre ellos.

Para los efectos de este análisis, nos interesa fundamentalmente el último supuesto contenido en la norma citada: «aquellos casos (...) que afecten los principios esenciales del orden público venezolano». Debe notarse que la norma transcrita se refiere a contrariedad, a violación, y no simplemente a interés, tal como ocurre con el artículo 2060 del Código Civil francés que, en materia de arbitraje, se refiere, de manera más genérica a «... *matières qui*

---

procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos».

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ CARRERA, Luis: «Artículo 47. Inderogabilidad: ob. cit. («Artículo 47. Inderogabilidad...»), pp. 1043 y ss., especialmente p. 1104. Ver también HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. (*Problemas contemporáneos...*), pp. 118 y 119.

*intéressent l'ordre public*», expresión que ampliaría mucho más la posibilidad de rechazar la derogatoria convencional de la jurisdicción cuando se trate de controversias, no cuya exclusión de la jurisdicción venezolana sea manifiestamente contraria al orden público, sino que simplemente le interesen.

Pensamos que fue más adecuada la solución acogida por nuestro legislador, pues las «materias que interesan al orden público» representan una categoría excesivamente amplia, cuya consagración podría obstaculizar de manera considerable la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción de los tribunales venezolanos, incluso en materias para las cuales el propio legislador permite el recurso a la vía arbitral.

Debemos igualmente considerar, a los efectos de la interpretación de este supuesto, que la propia Ley de Derecho Internacional Privado se refiere a «principios esenciales del orden público venezolano», con lo cual parece hacer referencia al orden público en Derecho Internacional Privado, más que al orden público interno<sup>37</sup>, lo cual restringe aún más la limitación y deja en manos del juez la determinación de los casos en los cuales la derogatoria de la jurisdicción de los tribunales venezolanos es contraria a tales principios.

Así, si la controversia se plantea ante un tribunal venezolano y este entiende que se encuentra ante un supuesto en el cual, vistas las características del caso concreto, el acuerdo de elección de un tribunal extranjero alegado para excepcionar el ejercicio de la jurisdicción venezolana afecta los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, este deberá descartar tal acuerdo y asumir la jurisdicción. Pensemos en el consumidor que no tiene

---

<sup>37</sup> Así se admitió en relación con el derogado artículo 2 del Código de Procedimiento Civil. Véase: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Uso inapropiado de la doctrina extranjera y desconocimiento del Derecho Internacional (Público y Privado): Aportes para un estudio de la derogación convencional de la jurisdicción (artículo 2 del Código de Procedimiento Civil venezolano)». En: *Revista de la Procuraduría General de la República*. Nº 8. Caracas, 1993, pp. 41 y ss.; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «El rol del orden público en el arbitraje comercial internacional». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Nº 126. UCV. Caracas, 2006, pp. 79 y ss., especialmente pp. 80 y 81.

recursos para responder de un proceso planteado en el extranjero y frente al cual, la negativa de la jurisdicción venezolana resultaría en la violación de los principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva<sup>38</sup>.

## 2. La Constitución y la determinación del Derecho aplicable

A excepción del ya comentado artículo 151 que, además de la jurisdicción de los tribunales venezolanos, dispone la aplicación del Derecho venezolano a los contratos con el Estado cuando su naturaleza así lo exija, la Constitución no establece normas de conflicto. Sin embargo, sus normas determinan algunos de los aspectos del sistema para la determinación y aplicación del Derecho aplicable. En efecto, de manera general ha de entenderse que la cláusula del Estado social contenida en el artículo 2 de la Constitución «... sirve de fundamento constitucional a la pluralidad de métodos que se propugna como válida alternativa en la solución de los problemas con elementos de extranjería...», de manera de obtener un balance entre la justicia formal –seguridad jurídica– y la material, y llegar con ello a una solución equitativa para el caso concreto<sup>39</sup>.

La búsqueda de tal balance es reconocida por la Ley de Derecho Internacional Privado, al permitirle al juez cierta libertad de movimiento en la determinación y aplicación del Derecho extranjero competente. Así ocurre, por ejemplo, en materia de adaptación, al autorizar al juez a resolver teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto, cuando se encuentre frente a dificultades causadas por la aplicación simultánea de diversos ordenamientos jurídicos (artículo 7). También, en materia de Derecho aplicable a los contratos, se permite al juez acudir a algunos de los componentes de la

---

<sup>38</sup> En el marco del Código Bustamante, puede éste constituir un caso de «Derecho local contrario» que limita los efectos derogatorios que, eventualmente, produce la sumisión, incluso en aquellos casos en los que, tal como lo exige el artículo 321, las partes hayan renunciado «clara y terminantemente» a hacer valer sus pretensiones ante los tribunales venezolanos –su fuero propio–. Sin duda, tal excepción podría ser opuesta ante los tribunales de otro Estado parte del citado tratado.

<sup>39</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («La función de la Constitución...»), p. 352.

*Lex mercatoria*, «... con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto» (artículo 31).

Ahora bien, con el objeto de ilustrar la relación entre la Constitución y el Derecho aplicable a las relaciones de tráfico jurídico externo, analizaremos tres aspectos concretos. En primer lugar, la elección de los factores de conexión; en segundo término, los problemas vinculados a la validez temporal de las normas de conflicto y; finalmente, analizaremos la influencia de los derechos humanos en la aplicación del Derecho extranjero.

### 2.1. Elección de los factores de conexión

El elemento esencial de la norma de conflicto es el factor de conexión<sup>40</sup> y su elección es una cuestión de política legislativa que exige valorar los diversos elementos presentes. En cada sistema los puntos de conexión se determinan por razones históricas y de oportunidad; por ello, pueden calificarse como criterios de regulación del tráfico externo que ponen de relieve la concepción que de la justicia tenga un determinado ordenamiento en materia de Derecho Internacional Privado. Por ejemplo, en 1998, el legislador venezolano, al asumir una necesidad social y hasta política, cambió el factor de conexión nacionalidad por el domicilio para regular todo lo que tiene que ver con el estado y capacidad<sup>41</sup> de las personas y las relaciones familiares<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> El factor de conexión tiene su origen en la noción de sede o asiento de la relación jurídica de SAVIGNY. En efecto, para el maestro alemán, el objeto del Derecho Internacional Privado debe ser entendido a partir de la relación jurídica y no de la norma, debiendo analizarse la naturaleza de esta y, a partir de ella, determinarse su sede jurídica –*vid.* SAVIGNY, Federico Carlos: *Sistema de Derecho romano actual*. Tomo 8. 6ª, F. Góngora y Cía. Trad. J. MESÍA y M. POLEY. Madrid, 1879–. Esto motivó que buena parte de la doctrina, siguiendo el término acuñado por NEUHAUS, Paul Heinrich: «*¿Abschied von Savigny?*». En: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. N° 46. Tübingen, 1982, pp. 4 y ss., se refiriese a SAVIGNY como el causante de un giro copernicano –*ein kopernikanischer Wendepunkt*– en la metodología del Derecho Internacional Privado.

<sup>41</sup> Sobre las conveniencias del Derecho de la nacionalidad o del Derecho del domicilio, véase: DE MAEKELT, Tatiana: «Nacionalidad y domicilio en el Derecho Internacional Privado». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 23. UCV. Caracas, 1962, pp. 439 y ss.

También podemos ver un claro ejemplo de esta situación con el cambio que experimentó la regulación de la filiación entre el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1963-65, antecedente directo de la Ley de Derecho Internacional Privado, vigente. En efecto, el artículo 22 del Proyecto establecía que la legitimidad de la filiación estaría sometida al Derecho del domicilio del padre al momento del nacimiento del hijo o, si el matrimonio hubiere sido disuelto con anterioridad, en el momento de la disolución. Además, el artículo 23 sometía la determinación de la filiación natural al Derecho del domicilio de la madre en el momento del nacimiento del hijo y, si resultase imposible de precisar, por la ley del lugar donde este hubiere nacido. Finalmente, de acuerdo con el artículo 24, los requisitos necesarios para la validez de la legitimación y de la adopción se regían por las leyes del domicilio del padre o adoptante y del hijo o adoptado.

Estas normas fueron consideradas como contrarias al principio de no discriminación en razón del sexo, consagrado en el entonces vigente artículo 61 de la Constitución de 1961. Por tal razón, y así lo reconoce HERNÁNDEZ-BRETÓN, estas normas fueron sustituidas por una sola disposición en la cual se consagra el llamado «estatuto autónomo del menor». Nos referimos al artículo 24 de la Ley vigente, norma de acuerdo con la cual el establecimiento de la filiación y las relaciones entre padres e hijos se rigen por el Derecho del domicilio del hijo<sup>42</sup>.

Ahora bien, en el proceso de adaptación del sistema conflictual a las exigencias de las relaciones modernas, el factor de conexión también se ha transformado. Justamente, este elemento ha constituido la base de todo el desarrollo del Derecho Internacional Privado tendiente a la flexibilización del método conflictual, adoptando nuevas formas para enfrentar las críticas realizadas a la tesis clásica de SAVIGNY. Por ejemplo, el recurso a criterios alternativos de conexión exige del operador jurídico una tarea teleológica, debido a la existencia, en primer lugar, de una gama de factores de conexión y, en segundo lugar, de un criterio orientador para la elección entre los sistemas potencialmente aplicables<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («La Constitución...»), p. 15.

<sup>43</sup> En efecto, en opinión de JUENGER, Friedrich: *Derecho Internacional Privado y justicia material*. Porrúa-Universidad Iberoamericana. Trad. D. FERNÁNDEZ y C. FRESNEDO.

El primero de los casos citados se verifica en materia de Derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos. En esta materia, al privilegiarse el principio *pro validitatis* para impedir la nulidad de un acto jurídico por razones de forma, se permite que el juez, sobre la base de las circunstancias del caso concreto, pueda elegir entre el Derecho del lugar de celebración del acto, el Derecho que rige su contenido y el Derecho del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes (artículo 37).

El segundo caso encuentra un excelente ejemplo en la regulación de los contratos internacionales. En principio, el contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. Así lo establece tanto el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI)<sup>44</sup>, como el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Se trata del reconocimiento de la llamada «autonomía conflictual», la cual constituye un reflejo en el plano internacional de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, del derecho al libre desenvolviendo de la personalidad consagrado por el artículo 20 de la Constitución.

En ejercicio de la autonomía conflictual, las partes gozan de un amplio marco de actuación: no se exige contacto alguno con el sistema elegido; la elección del Derecho puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, salvo la validez formal del contrato y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (artículo 8 de la CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho solo para una parte del mismo, pues se permite el *dépeçage* voluntario (artículo 7 de la CIDACI)<sup>45</sup>. Esta

---

México D. F., 2006, pp. 219 y 220, el establecimiento de factores de conexión alternativos depende de la fuerza de las políticas que imponen un resultado particular y de una estimación de la aceptabilidad de las normas que prevalecen en otros Estados.

<sup>44</sup> Suscrita en México en 1994 en el marco de las Conferencias especializadas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), *vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 4974 extraordinario, del 22-09-95.

<sup>45</sup> De tal manera, «... resulta indispensable que la elección del Derecho sea lógicamente consistente, que se refiera a elementos del contrato que puedan estar sometidos a distintos

regulación, en definitiva, potencia el desarrollo del comercio internacional al reducir la incertidumbre en la regulación de las relaciones contractuales<sup>46</sup>.

En ausencia de elección, o ante una elección inválida del Derecho aplicable, ambos instrumentos ordenan la aplicación del Derecho más vinculado con el contrato. Es este, justamente, el criterio orientador para el juez, a partir del cual habrá de construir una solución para el caso concreto. Así, para determinar ese ordenamiento, se aconseja al tribunal tomar en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato (artículos 9 de la CIDACI y 30 de la Ley de Derecho Internacional Privado). El problema que esta solución plantea tiene que ver con la determinación de lo que ha de entenderse por elementos objetivos y subjetivos del contrato.

En tal sentido, nuestra doctrina se encuentra dividida. Mas nos interesa destacar, a los efectos de este trabajo, una de las tesis que se han expuesto para determinar el Derecho más vinculado al contrato<sup>47</sup>: la llamada «teoría de las vinculaciones» a que se refiere GIRAL PIMENTEL<sup>48</sup>, fundamentándose en el llamado «Informe Siqueiros»<sup>49</sup>. En su opinión, los elementos objetivos son

---

Derechos sin causar contradicciones». Vid. HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Mestizaje cultural de los países de la América Latina*. ACIENPOL. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2007, pp. 86 y 87.

<sup>46</sup> En sentido similar, HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional». En: *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*. N° 17. Granada, 2005, pp. 11 y ss., especialmente p. 21.

<sup>47</sup> La otra tesis fue expuesta por ROMERO, Fabiola: «El Derecho aplicable al contrato internacional». En: *Liber Amicorum, homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*. Tomo I. UCV-Fundación Roberto Goldschmidt. Caracas, 2001, pp. 203 y ss., especialmente p. 272. Ver también: DOS SANTOS, Olga: *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*. UCV-Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2000, p. 115.

<sup>48</sup> GIRAL PIMENTEL, José Alfredo: *El contrato internacional*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, pp. 214 y 223.

<sup>49</sup> SIQUEIROS, José Luis: «Ley aplicable en materia de contratación internacional». En: *Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional*. OEA. 1991.



«... aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo», tales circunstancias coincidirían con los rígidos factores de conexión de las clásicas normas de conflicto, es decir, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de establecimiento o de constitución de las personas jurídicas, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ubicación de los bienes objeto del contrato, el lugar del tribunal elegido por las partes o el lugar del arbitraje, el lugar donde se cumplen los requisitos de publicidad, entre otros. Además, el autor admite una especie de agrupamiento de contactos, al expresar que en la medida que un contrato tenga más conexiones con un Estado determinado, la relevancia de su ordenamiento jurídico puede ser más fuerte en la determinación del Derecho aplicable.

Ahora bien, GIRAL PIMENTEL estima que estas circunstancias objetivas están complementadas con un elemento subjetivo, definido por el autor como la teoría jurídica que le permite al intérprete valorar los elementos objetivos del contrato y decidir a favor de la aplicación de uno de los ordenamientos jurídicos conectados con la relación a través de estos. A pesar de que los elementos objetivos predominan en un primer momento sobre los subjetivos, de manera que en un primer momento el Derecho más vinculado dependerá del lugar en donde se ubique la mayor cantidad de elementos objetivos, no debe dejar de reconocerse la posibilidad de introducir en este factor de conexión, criterios teleológicos que contribuyan a la solución equitativa del caso concreto. Pensemos en el juez que, en plena libertad de apreciación, considera elementos tales como el principio del Derecho más favorable al consumidor, de manera de garantizarle a éste la protección de sus derechos, con lo cual se ponen nuevamente en evidencia la facultad del juez para buscar una solución justa para cada caso concreto.

## 2.2. *Vigencia temporal de las normas de conflicto: sujeción al principio constitucional*

Con la entrada en vigencia en 1999 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se planteó el problema de la necesaria determinación de la naturaleza de sus normas, a los efectos de la aplicación de los principios contenidos en el artículo 24 de la Constitución. Desde luego no hubo dudas en relación con

las normas procesales, las cuales fueron aplicadas inmediatamente después de la entrada en vigencia de la Ley. Las discusiones rodearon, más bien, a las normas de conflicto, debido, especialmente, al cambio del factor de conexión nacionalidad por domicilio para regir el estado y capacidad de las personas y las relaciones familiares.

En efecto, la aplicación de la disposición constitucional a las normas de conflicto planteó ciertas dudas en relación con su naturaleza, es decir, con la necesidad de determinar si estas normas tienen carácter procesal o, más bien, sustantivo. Al respecto, se han producido dos decisiones del Tribunal Supremo, en las cuales se tomaron caminos opuestos. En la primera –dictada en 1999, en un procedimiento de exequátur de una sentencia de divorcio– al evaluar la jurisdicción indirecta a través del principio del paralelismo consagrado por artículo 42.1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se aplicó el artículo 23 *eiusdem* a una situación que se verificó antes de la entrada en vigencia de la Ley<sup>50</sup>. Tal actuación fue apoyada por la doctrina sosteniendo que cuando la norma procesal contenida en el artículo 42.1 de la Ley incorpora una norma de conflicto destinada a determinar el Derecho aplicable, a los efectos de la aplicación del principio del paralelismo, esta última adquiere carácter procesal, por lo que, de acuerdo con el dispositivo constitucional, tendrá aplicación inmediata<sup>51</sup>.

Sin embargo, en fecha posterior, el propio Tribunal Supremo al conocer un recurso de regulación de jurisdicción en un caso de divorcio<sup>52</sup>, examinó nuevamente el principio del paralelismo consagrado en el artículo 42.1 de la Ley y se planteó el problema de determinar si el Derecho aplicable era el del domicilio del cónyuge demandante, *ex* artículo 23 de la Ley de Derecho

<sup>50</sup> CSJ/SPA, sent. del 07-07-99, *vid. Jurisprudencia Venezolana Ramírez & Garay*. Tomo 156. Ramírez & Garay S. A. Caracas, 1999, pp. 548-552.

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado». En: *Revista de Derecho*. N° 1. TSJ. Caracas, 2000, pp. 249 y ss., especialmente p. 253.

<sup>52</sup> TSJ/SPA, sent. N° 1023, del 03-05-00, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/mayo/01023-030500-16039.HTM>.

Internacional Privado, o el de la nacionalidad, de conformidad los artículos 9 y 26 del Código Civil, vigentes para el momento de interposición de la demanda. La sentencia finalmente optó por la aplicación de la Ley nacional.

Ante la posición divergente de la jurisprudencia, en nuestra opinión, la naturaleza de la norma de conflicto no puede cambiar por el hecho de ser utilizada para determinar el Derecho aplicable o para determinar, basándose en el principio del paralelismo, la jurisdicción competente. En todo caso, la aplicación del principio constitucional de irretroactividad, ante la ausencia de un régimen transitorio especialmente destinado a las normas de conflicto, no debe ser tan radical, más bien debe estar orientado por criterios como el reconocimiento de los derechos adquiridos, el *favor negotii*, la armonía internacional de soluciones, etc.

### 2.3. Derechos humanos y aplicación del Derecho extranjero

#### 2.3.1. Generalidades

Finalmente, debemos hacer referencia a la influencia de los derechos humanos consagrados en la Constitución sobre la determinación, aplicación e interpretación del Derecho competente. Lo primero a considerar, es que los derechos humanos no deben pasar desapercibidos en el proceso de determinación del Derecho aplicable a los casos con elementos de extranjería y, así lo reconoció la Corte Constitucional alemana en fecha 4 de mayo de 1971, al evocar el derecho fundamental de libertad de contraer matrimonio para desatender el Derecho español aplicable que no otorgaba validez al divorcio anterior de un español, que pretendía contraer matrimonio con una alemana en Alemania<sup>53</sup>.

Vale la pena destacar, en tal sentido, la referencia al llamado Derecho Internacional Privado postmoderno<sup>54</sup>. Puede afirmarse que los elementos que caracterizan

<sup>53</sup> Vid. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*. N° 31. 1971, pp. 58 y ss.

<sup>54</sup> Esta expresión se ha popularizado a partir del Curso General dictado por Erik JAYME en la Academia de La Haya en 1995. Sin embargo, ya otros autores la habían referido y así lo reconoce el propio JAYME (BRILMAYER, Lea: «*Posmodernism in America choice of Law*»). En: *Liber memorialis François Laurent, 1810-1870*. Story-Scientia. Bruselas,

la cultura postmoderna, es decir, el pluralismo, la comunicación, la narración y el retorno de los sentimientos, pueden verificarse en el Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado postmoderno tiene entonces un nuevo centro: la persona humana. El pluralismo se refleja en el mundo jurídico a través del derecho a la diferencia, cuya aparición es el reflejo de una transformación radical en la percepción de la humanidad. Por su parte, la comunicación intercultural exige del Derecho Internacional Privado, normas que salvaguarden la integración y que, a través de la cooperación internacional y de la coordinación de las diferentes fuentes, se garantice la efectiva fluidez de las relaciones jurídicas. La narración se refleja en normas que, antes que imponer obligaciones, describen los valores que deben considerarse al aplicar el Derecho. Finalmente, la salvaguarda de la identidad cultural es reflejo del retorno de los sentimientos en la cultura jurídica postmoderna.

Siendo el individuo el nuevo centro del Derecho Internacional Privado, es comprensible que se busque la protección de la identidad cultural. Ahora bien, este valor jurídico puede ser protegido de diversas maneras, una de ellas es el principio de subsidiariedad consagrado particularmente en el Derecho de Familia y, de manera especial, en materia de adopción, al consagrar la adopción internacional como subsidiaria de la nacional<sup>55</sup>. En Venezuela, por ejemplo, la Constitución reconoce, en su artículo 75, el principio de subsidiariedad de la adopción internacional y tal principio es reafirmado por el artículo 407 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes<sup>56</sup>.

Ahora bien, la importancia de los derechos fundamentales para el Derecho Internacional Privado también se refleja en su forma de proceder frente a su

---

1989, pp. 695 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: «Postmodernismo y Derecho Internacional Privado». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, 1994, pp. 557 y ss.). Ver: JAYME, Erik: «*Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne*». En: *Recueil des Cours*. Tomo 251. La Haya, 1995, pp. 9 y ss., especialmente pp. 36, 37 y 251-261.

<sup>55</sup> JAYME: ob. cit. («*Identité culturelle...*»), pp. 168 y 169.

<sup>56</sup> *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 6185 extraordinario, del 08-06-15.

violación. En efecto, las normas de aplicación necesaria y el orden público en el Derecho Internacional Privado aparecen como mecanismos de protección de tales derechos, autorizando incluso la desaplicación del Derecho extranjero.

### 2.3.2. Normas de aplicación necesaria y orden público en el Derecho Internacional Privado

El orden público en el Derecho Internacional Privado y las normas de aplicación necesaria tienen como elemento en común no permitir la aplicación del Derecho extranjero para proteger, de esta manera, los principios esenciales del ordenamiento jurídico, pero los mecanismos de que se valen para lograr este efecto son evidentemente diferentes.

En el caso del orden público, su actuación es posterior a la actuación de la norma de conflicto. Es solo después de la determinación del Derecho aplicable y de la confrontación de los resultados de su aplicación con los principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro para verificar la manifiesta incompatibilidad de resultados entre ambos, que puede descartarse su aplicación. El fin de esta institución es controlar el resultado de la aplicación de la norma de colisión. Por el contrario, en las normas de aplicación necesaria, una vez que el juez verifica su existencia, no tiene que recurrir a ningún otro método, simplemente se declara competente el Derecho del foro sin permitir a la norma de conflicto entrar en juego<sup>57</sup>.

Hoy día, puede considerarse que una de las características del Derecho Internacional Privado moderno, es la clara diferenciación entre el orden público en el Derecho Internacional Privado y las normas de aplicación necesaria. Fiel reflejo de ello son los artículos 8 y 10 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, los cuales dan entrada a ambas figuras en nuestro sistema como instituciones autónomas. Dentro de las fuentes convencionales destaca, además, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos

<sup>57</sup> MARÍN LÓPEZ, Antonio: «Las normas de aplicación necesaria en Derecho Internacional Privado». En: *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. 23, N° 1. Madrid, 1970, pp. 17 y ss., especialmente p. 35.

Internacionales, cuyos artículos 11 y 18 regulan las normas de aplicación necesaria y el orden público, respectivamente.

Atendiendo a los intereses protegidos, el Comité Jurídico Interamericano propuso una distinción entre estas dos figuras. Según este organismo, las normas de aplicación necesaria y las de orden público son variables en el tiempo y en el espacio, pero el orden público incide en los valores de más alta jerarquía jurídico-política de un Estado. Tal reserva se invoca en prácticamente todas las convenciones para eludir la aplicación de un Derecho que de otra forma sería aplicable. Las normas imperativas son atinentes a políticas económicas y monetarias, controles de cambio, regulación de la transferencia de tecnología, normas de protección al consumidor y otras. Estas normas afectan directamente a la *Lex fori*<sup>58</sup>. Nosotros, sin embargo, no compartimos este criterio, pues, en nuestra opinión, ambas instituciones protegen principios considerados esenciales por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, aunque podríamos pensar que el hecho de que las normas de aplicación necesaria, al ser normas positivas, facilitan al juez su individualización, lo cierto es que el juez debe identificar el principio que subyace en las mismas a fin de determinar si se trata efectivamente de normas internacionalmente imperativas. Esto las acerca también al orden público, pues los principios protegidos por este mecanismo también han de ser necesariamente concretizados por el juez<sup>59</sup>.

En esta tarea, sin embargo, el poder del juez no ha de entenderse como arbitrariedad en la construcción de los principios esenciales, sino como una libertad de apreciación, lo cual no deja de lado el peligro de cierta subjetividad en su actuación. Por ello, es recomendable que la jurisprudencia, en su carácter

---

<sup>58</sup> Vid. «Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional». Comité Jurídico Interamericano. 1991.

<sup>59</sup> Vid. JAYME, Erik: «Métodos para la concretización del orden público en el Derecho Internacional Privado». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 82. UCV. Trad. E. HERNÁNDEZ-BRETÓN. Caracas, 1991, pp. 215 y ss.

de órgano de la conciencia social de la época<sup>60</sup>, realice tal labor, como una orientación de la tarea del juez<sup>61</sup>.

Debe considerarse, particularmente, que no todos los principios generales son fundamentales. Quedan descartados los principios de carácter eminentemente técnico, sin connotación teleológica o ética, cuyo respeto no es necesario para asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico. Al revestir un carácter fundamental, pasan a operar de manera negativa, esto es, constituyen un límite a la validez de un precepto jurídico, sea nacido de una manifestación de voluntad –orden público en el Derecho interno o normas imperativas–, sea contenido en el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto –orden público en el Derecho Internacional Privado o normas de aplicación necesaria–.

Ahora bien, en la búsqueda de los principios fundamentales salvaguardados por el orden público o por las normas de aplicación necesaria es frecuente la referencia a las normas constitucionales en general y a los derechos humanos en particular. En efecto, la doctrina entiende que los principios constitucionales constituyen una referencia básica para la determinación de los casos en que debe producirse la evicción del Derecho extranjero por razones de orden público<sup>62</sup>. Tengamos desde ahora en cuenta, que no se exige que el Derecho extranjero sea conforme con tales principios, pues tal control de la constitucionalidad del Derecho extranjero sería inconcebible<sup>63</sup>. El control de la constitucionalidad

<sup>60</sup> BETTI, Emilio: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*. Editorial Revista de Derecho Privado. Trad. J. L. DE LOS MOZOS. Madrid, 1975, p. 292.

<sup>61</sup> Vid. FRANCESKAKIS, Phocion: «*Ordre public*». En: *Encyclopédie Juridique Dalloz, Répertoire de Droit International, F-Z*. Dalloz. París, 1969, pp. 498 y ss., especialmente p. 501; STRENGER, Irineu: *Direito Internacional Privado*. 3ª, Editora São Paulo. São Paulo, 1999, p. 450.

<sup>62</sup> Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: *Curso de Derecho Internacional Privado*. Reimp., de la 3ª, Civitas. Madrid, 1998, p. 385; GUZMÁN ZAPATER, Mónica: «Problema de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado (II)». En: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I. UNED. E. PÉREZ VERA, coord. Madrid, 1998, pp. 145 y ss., especialmente p. 166.

<sup>63</sup> HAMMJE, Petra: «*Droits fondamentaux et ordre public*». En: *Revue Critique de Droit International Privé*. N° 86-1. París, 1997, pp. 1 y ss., especialmente p. 4.

del Derecho extranjero ha de realizarse, lógicamente, con la propia Constitución extranjera y constituye un control previo a la actuación del orden público<sup>64</sup>.

Debemos, además, considerar que no todos los valores recogidos en las normas constitucionales revistan el carácter de principio fundamental, sobre todo en la actualidad, cuando las Constituciones revisten cierto carácter reglamentario, incluyendo normas que, perfectamente, podrían estar contenidas en instrumentos *infra* constitucionales. Sin embargo, tal es la calificación que se les endosa en el artículo 4 del Código Bustamante. La territorialidad vuelve a ser la razón fundamental de esta afirmación. Al comentar esta disposición, el propio SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE no ve otra manera de entender los preceptos constitucionales: son de orden público internacional y,

... deben serlo necesariamente, ya que no se concibe que dejen de aplicarse en toda su integridad a cuantos residan en el territorio. Esto no impide que algunos de ellos estén dictados solo para los nacionales o para los ciudadanos, ya que entonces el orden público internacional prohíbe a los extranjeros utilizarlos directamente y con mucha más razón sustituirlos por la regla respectiva del Derecho Constitucional de su país<sup>65</sup>.

Ahora bien, «La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos». Tal es el postulado del artículo 22 de la Constitución, lo cual extiende considerablemente el radio de acción del orden público y las normas de aplicación necesaria.

En todo caso, desde la ya citada decisión de la Corte Constitucional alemana de 1971, se ha aceptado doctrinariamente que los derechos fundamentales tienen dos vías de actuación en materia de Derecho Internacional Privado:

<sup>64</sup> Véase en este sentido: MASEDA RODRÍGUEZ, Javier: *El control de la constitucionalidad de la ley extranjera*. Eurolex. Madrid, 1997, pp. 114 y ss.

<sup>65</sup> SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, Antonio: *Derecho Internacional Privado*. Tomo I. 3ª, Cultural S. A. La Habana, 1947, p. 213.



sea admitiendo que constituyen una barrera que limita directamente la aplicación del Derecho designado por la norma de conflicto de leyes, sea a través de la excepción de orden público. Tal decisión ha sido reseñada por HAMMJE, quien estima que la integración de los derechos fundamentales a la noción de orden público es susceptible de bemoles, pues a la defensa de derechos fundamentales en el marco de la excepción de orden público tradicional, se opone el recurso a un orden público especialmente adaptado a este efecto<sup>66</sup>.

En todo caso, hay quienes estiman la conveniencia de una aplicación inmediata de los derechos fundamentales, basada principalmente en la supremacía de los mismos: debido a su superioridad formal y material, su aplicación no puede depender de la mediación de otro mecanismo legislativo, en particular, de una norma de conflicto. Solo su aplicación directa, incluso en las situaciones que presentan elementos de extranjería, se corresponde con la naturaleza superior de los principios fundamentales<sup>67</sup>. Esta técnica implica la consideración de tales disposiciones como normas de aplicación necesaria y nos enfrenta de nuevo al problema de la posible diferencia de grado o intensidad entre estas normas y los principios protegidos por la cláusula general de orden público. De hecho, autores como WENGLER se han mostrado partidarios de la elaboración de normas de conflicto unilaterales, especialmente destinadas a delimitar el ámbito de aplicación de la Constitución<sup>68</sup>, descripción que las acerca más bien a las normas de extensión.

Tal extensión del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales habría de incluir también aquellos consagrados por convenciones internacionales. Sin embargo, es necesario considerar la jerarquía de que tales instrumentos internacionales puedan gozar dentro de un sistema jurídico determinado. Por ejemplo, en Venezuela, la Constitución establece, en su artículo 23:

<sup>66</sup> HAMMJE: ob. cit., («*Droits fondamentaux...*»), p. 7.

<sup>67</sup> Ibid., p. 8.

<sup>68</sup> WENGLER, Wilhelm: *Internationales Privatrecht*. Vol. 1. De Grueter. Mohr, Berlin & Tübingen, 1981, pp. 126 y 127.

Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Parte de la doctrina ha entendido que esta disposición equipara los tratados sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, a las normas constitucionales y su aplicación es directa, pues no se trata de acuerdos que obligan al Estado, sino más bien de «... normas que otorgan facultades a los ciudadanos de los Estados que pueden hacer valer entre ellos mismos y frente al Estado»<sup>69</sup>. No debemos dejar de lado el hecho de que la redacción de la norma parece sugerir que tal jerarquía constitucional se encuentra condicionada a que tales pactos «...contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de la República...».

Cuando los derechos fundamentales tienen vocación universal, su respeto se impone sin límite territorial y sin que una relativización sea posible<sup>70</sup>. Tal afirmación suele ejemplificarse, en el ámbito europeo, con la Convención sobre Derechos Humanos de 1951 –considerada como el común *Bill of Rights* continental– la cual ha sido incluida dentro del orden público, no solo europeo, sino también estatal. Tal carácter provoca la evicción de todo Derecho extranjero cuyos resultados sean contrarios a los derechos contenidos en el instrumento normativo. Una Corte belga, por ejemplo, en sentencia de 1996, rechazó la aplicación del Derecho marroquí que prohibía el reconocimiento de un hijo adulterino, por considerarlo violatorio de los derechos consagrados en la Convención<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *Análisis de la Constitución venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Ex Libris. Caracas, 2000, p. 115.

<sup>70</sup> OTHENIN-GIRARD, Simon: *La réserve d'ordre public en Droit international privé suisse*. Schulthess, Société Suisse de Droit International. Études vol. 110, Zürich, 1999, p. 227.

<sup>71</sup> VAN HOUTTE, Hans: «From a national to an European public policy». En: *Law and Justice in a Multistate World, Essays in honor of Arthur T. von Mehren*. Transnational Publishers. Nueva York, 2002, pp. 841 y ss., especialmente p. 847.

Justamente, en relación con los derechos fundamentales, BUCHER ha estimado que estos forman parte de la médula protegida por el orden público, siempre que tales derechos tengan vocación universal y se ensamblen de manera tal en la comunidad internacional que su respeto se imponga sin importar los límites territoriales<sup>72</sup>. Sin embargo, además de estimarse que la relatividad de los derechos fundamentales hace difícil tanto la identificación de la solución concreta postulada como la conexión territorial necesaria, se ha puesto de relieve la inadecuación de este método en relación con el objetivo perseguido. Tal objetivo es evitar –sostiene HAMMJE– que el juez del foro, por aplicación de una norma extranjera, atente con su decisión contra un derecho fundamental. La intervención de estos derechos busca evitar un resultado chocante y no imponer uno determinado, función que desempeñan las normas de aplicación necesaria. La exclusión *a priori* de toda consulta al Derecho extranjero podría incluso hacer imposible cualquier medida de defensa de los derechos fundamentales, imponiendo la aplicación de la *lex fori* en todas las circunstancias, exacerbando las divergencias entre ordenamientos jurídicos y privilegiando una conexión nacionalista<sup>73</sup>.

Justamente para evitar una defensa excesiva de los derechos fundamentales, muchos autores prefieren el recurso al orden público, entendido este como una excepción. Favorecer la actuación de la cláusula de orden público en el caso de los principios fundamentales y la consecuencial consulta previa al Derecho extranjero, conserva la flexibilidad indispensable para una justa aplicación de los mismos. Pero, por otro lado, debe considerarse el particularismo que se

<sup>72</sup> BUCHER, Andreas, *Droit international privé suisse*. Tomo I-2. Bâle, Helbing & Lichtenhahn. 1995, p. 231.

<sup>73</sup> HAMMJE: ob. cit. («*Droits fondamentaux...*»), pp. 8-12. La autora considera excesiva una sentencia de la Corte de Apelaciones de París, de 14 de junio de 1994 en la que, sobre la base de la Convención, se revoca la decisión de primera instancia en la que se rechaza una petición de un transexual, nacional argentino refugiado en Francia, de que le fuera reconocido su estado civil, fundamentándose en que la Ley argentina que desconocía tal posibilidad, no es considerada contraria a los principios esenciales del orden público francés. Sin embargo, la Corte de Apelaciones consideró que debía privar el derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el artículo 8 de la Convención, con lo cual aceptó la petición formulada por el transexual.

conecta con los valores fundamentales. Por ello, consideramos con MAYER que no ha de darse importancia, en la actuación del orden público, al carácter constitucional del principio que se esté viendo vulnerado en el caso concreto<sup>74</sup>. En otras palabras, la intensidad del orden público no dependerá del carácter constitucional del principio de que se trate, de manera que la evicción del Derecho extranjero habrá de producirse sin importar el carácter del principio que se vea manifiestamente vulnerado por una norma extranjera.

En todo caso, para modular la actuación del orden público, la Corte de Casación francesa se ha valido de la *inlandsbeziehung* o necesidad de vinculación entre la relación controvertida y el foro. Una manera de activar el orden público cuando no hubiere vínculo con el foro puede ser, precisamente, la voluntad de reforzar la exigencia del mismo cuando estén en causa derechos fundamentales del orden jurídico del juez. Así, en lugar de poner el acento sobre la naturaleza del derecho a defender, sobre el contenido del orden público, la reacción se desplaza a los vínculos con el foro, lo cual se corresponde más con la tradicional relatividad del orden público<sup>75</sup>.

HAMMJE definitivamente favorece la actuación del orden público para la defensa de los principios constitucionales<sup>76</sup>. Sin embargo, sus condiciones de funcionamiento han de ser adaptadas a las necesidades de defensa de los principios fundamentales, de manera que serán estos los que indicarán la intensidad de funcionamiento de la excepción. La conexión con el foro –*inlandsbeziehung*– no deberá ser apreciada de manera general y abstracta, sino que deberá derivarse del postulado del propio derecho fundamental, esto es, deberá, a partir del derecho fundamental cuya violación se alega, investigarse su radio de acción en el espacio. Citando a KROPHOLLER<sup>77</sup>, la autora reseña la posibilidad

<sup>74</sup> MAYER, Pierre: «*La Convention Européenne des Droits de l'Homme et l'application des normes étrangères*». En: *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, 1991, pp. 651 y ss., especialmente p. 660.

<sup>75</sup> HAMMJE : ob. cit. («*Droits fondamentaux...*»), pp. 12-14.

<sup>76</sup> *Ibid.*, pp. 14-19.

<sup>77</sup> KROPHOLLER, Jan: *Internationales Privatrecht*. Mohr Siebeck. 4. Auflage. Tübingen, 2001, pp. 245-248.

de suprimir toda exigencia de vínculos con el foro estimando la supremacía del derecho a defender, mas tal supresión podría conducir a una aplicación sistemática de los derechos fundamentales.

Finalmente, HAMMJE propone establecer fórmulas especiales de orden público para la defensa de los derechos fundamentales, pues a través de ellas se conserva el carácter excepcional del orden público conjugado con la primacía que conviene acordar a los valores fundamentales; de ellos han de deducirse las medidas relativas a su defensa. Afinar el orden público –concluye– según la naturaleza de los principios a defender constituye una vía media entre una defensa *a priori* de los derechos fundamentales y la defensa a través de una cláusula tradicional.

En Venezuela, es quizá esta tesis la que ha inspirado la inclusión de una norma especial en la Ley de Derecho Internacional Privado, para proteger el llamado «derecho a la legítima». En efecto, el artículo 35 de la Ley permite que los herederos forzosos «puedan» hacer efectivo su derecho a legítima únicamente sobre los bienes ubicados en Venezuela, independientemente del Derecho que rige la sucesión. Así, se evitarán posibles choques con la *lex sucesionis* a la vez que se protege el derecho de los beneficiarios de la porción forzosa de la herencia.

En el Derecho comparado, podemos observar como el § 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán hace mención expresa a los derechos fundamentales, como un caso especial que los jueces han de tomar en cuenta al aplicar el Derecho extranjero. Mención que ha sido calificada como de «ninguna novedad», pues tal había sido la tesis del tribunal constitucional alemán<sup>78</sup>. Recordemos la ya citada sentencia de 1971. En este caso se evocó el derecho fundamental de libertad de contraer matrimonio para desatender el Derecho español aplicable que no otorgaba validez al divorcio anterior de un español, que pretendía contraer nuevo matrimonio con una alemana en Alemania.

<sup>78</sup> JAYME: ob. cit. («Métodos para la concretización...»), p. 229.

En definitiva, parece ser el orden público la vía idónea para la protección de los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho Internacional Privado. La propia estructura de las normas que lo consagran, no nos permite pensar en una aplicación directa a un caso con elementos de extranjería, ellos no pueden remplazar la reglamentación que descartan. Tales derechos obligan más bien a los Estados a abstenerse de actos atentatorios contra la libertad de los particulares, pero no a ofrecer una solución inmediata para los litigios que surjan entre ellos<sup>79</sup>.

#### 2.4. *La Constitución y las lagunas del sistema*

Tal como hemos adelantado en materia de jurisdicción, el sistema venezolano, lamentablemente, no regula las relaciones de consumo, por lo que en materia de determinación del Derecho aplicable no cabe más que recurrir a la regla general en materia de contratos, y a la excepción general para evitar lesiones en los derechos de consumidores. Nos referimos a la admisión de la voluntad conflictual o, en su caso, del principio de proximidad, limitados ambos por la actuación de las normas de aplicación necesaria o inmediata, en protección del consumidor.

Admitir esta solución, no obstante, pasa por entender que la aplicación de las normas imperativas como regla general en materia de consumo supone un fundamento simplista a la aplicación de la *lex fori*, y no brinda –en opinión de LIMA MARQUES– una respuesta oportuna ni suficiente. No es oportuna, pues no promueve la armonía de soluciones y acaba por aumentar las tensiones propias del comercio internacional. Las legislaciones nacionales y regionales que dejan desamparados a sus consumidores, posibilitan el uso y abuso de estándares fuertemente diferenciados que dan paso al llamado «consumidor de residuos», para utilizar la expresión de STIGLIZ. No es suficiente porque deja desamparada a buena parte de los consumidores nacionales. El turista o el consumidor que adquiere un bien o servicio por teléfono o vía Internet no tiene conciencia precisa del Derecho que debe aplicarse a su relación, ni de sus derechos o garantías materiales<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> En este sentido: OTHENIN-GIRARD: ob. cit. (*La réserve d'ordre public...*), p. 228.

<sup>80</sup> LIMA MARQUES, Claudia: «La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado. De la necesidad de una Convención Interamericana

Sin embargo, esta es la única herramienta de que dispone el juez venezolano para atemperar los rigores de la voluntad conflictual en los contratos con consumidores, dificultada en su aplicación, por la derogatoria de las normas sobre protección de los consumidores en el Derecho interno<sup>81</sup>. Ante un caso semejante, corresponderá al juez atender al mandato establecido expresamente en el artículo 117 de la Constitución, desoído por el legislador, de garantizar el derecho de todas las personas a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno.

Así, sobre la base de esta norma y de los derechos escuetamente enunciados en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Precios Justos, el juez ha de ir más allá de las sanciones favorables al Estado establecidas por la Ley, y garantizar una verdadera y adecuada protección a los consumidores, incluso en los casos en que la relación de consumo se encuentre, por obra del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, sometida a un ordenamiento jurídico extranjero.

## Conclusiones

El Derecho Internacional Privado no escapa a la influencia creciente del Derecho público. Esta se hace sentir en el triple contenido del Derecho Internacional Privado: determinación de la jurisdicción, determinación del Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, aunque, a los efectos de este trabajo, nos hemos limitado a los dos primeros aspectos.

---

(CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo», [http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII\\_home\\_temas\\_cidip-vii\\_proteccionalconsumidor\\_leyaplicable\\_apoyo\\_propuestabrasil.pdf](http://www.oas.org/dil/AgreementsPDF/CIDIPVII_home_temas_cidip-vii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil.pdf), p. 25.

<sup>81</sup> En efecto, la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39358, del 01-02-10) fue derogada por la Ley Orgánica de Precios Justos (publicada originalmente en la *Gaceta Oficial* N° 40340, del 23-01-14, fue reformada y publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6156 extraordinario, del 19-11-14, fue objeto de una nueva reforma publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6202 extraordinario, del 08-11-15 y nuevamente publicada, con correcciones materiales, en la *Gaceta Oficial* N° 40787, del 12-11-15).

Además de los casos concretos a que nos hemos referido en estas breves líneas, puede decirse, de manera general, que la noción de justicia que se maneja en Derecho Internacional Privado y que ha convertido al juez en el centro del sistema, concibiendo que el Derecho Internacional Privado, al igual que el Derecho material, sirve a la justicia entre particulares<sup>82</sup>, tiene también una estrecha relación con los postulados constitucionales. El Derecho Internacional Privado de hoy busca el equilibrio entre la justicia formal y la justicia material, garantizando a la vez seguridad jurídica y una solución equitativa del caso concreto. El sistema venezolano es, en este sentido, reconocido como un modelo en el Derecho comparado.

Quizá tal afirmación no luzca tan clara en materia de jurisdicción, pues su propia naturaleza exige, como hemos visto, cierta rigidez –en ocasiones dejada de lado por el Tribunal Supremo, como tuvimos ocasión de comprobar–, mas en materia de determinación del Derecho aplicable no quedan dudas de la misma: la elección de los propios factores del conexión, el favorecimiento de las situaciones válidamente creadas, la flexibilización, especialización y materialización de la norma de conflicto y el funcionamiento de las instituciones generales son prueba de ello.

Así las cosas, no resta más que reafirmar nuestra idea inicial. En efecto, tal como afirma HERNÁNDEZ-BRETÓN: «Todo el Derecho se ha constitucionalizado. El Derecho Internacional Privado no es una excepción a la regla»<sup>83</sup>.

\* \* \*

**Resumen:** En la actualidad, el Derecho privado ha sido invadido, en cierta medida, por el avance del Derecho público en general y del Derecho Constitucional en particular. En efecto, el Derecho privado, y como parte de él, el Derecho Internacional Privado,

<sup>82</sup> Ver la noción de justicia en el Derecho Internacional Privado, en: KEGEL, Gerhard y SCHURIG, Klaus: *Internationales Privatrecht*. Beck, 9ª Auflage. Múnich, 2004, pp. 55-56.

<sup>83</sup> HERNÁNDEZ-BRETÓN: ob. cit. («La Constitución...»), p. 16.



ha visto la influencia del Derecho público en la formulación de algunas de sus normas y en la interpretación de la mayoría de ellas. En este trabajo se analiza tal influencia, en dos de las áreas temáticas que componen al Derecho Internacional Privado: la jurisdicción y el Derecho aplicable. La idea es poner de manifiesto la forma en que la interpretación constitucional, con algunas excepciones, ha contribuido a alcanzar el que en la actualidad se reconoce como el objetivo fundamental del Derecho Internacional Privado: la consecución de la justicia material del caso concreto. **Palabras clave:** Constitución, Derecho Internacional Privado, jurisdicción, Derecho aplicable. Recibido: 31-01-18. Aprobado: 25-02-18.