

# La costumbre internacional y su relación con el Derecho Internacional Privado

Luis David BRICEÑO PÉREZ\*  
RVLJ, N.º 12, 2019, pp. 35-54.

Las costumbres, los usos que llamamos propiamente costumbres, no son pues fundamento del Derecho sino signos por medio de los cuales se le reconoce. Si ahora consideramos la costumbre y la ley, en cuanto a su poder, habremos de poner ambas fuentes al mismo nivel<sup>1</sup>.

## Sumario

**Introducción 1. La idea de fuente 1.1. El origen nacional o internacional de las fuentes en el Derecho Internacional Privado 2. Las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia 2.1. La costumbre internacional 2.2 La *lex mercatoria* Conclusión**

## Introducción

El análisis de la relación de la costumbre internacional con el Derecho Internacional Privado implica necesariamente un examen de la idea misma de fuente. En particular determinar el sentido jurídico de la palabra «fuente» para ubicar el rol de la costumbre internacional en el sistema venezolano

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado *Magna Cum Laude*; Profesor de Filosofía del Derecho. **Yale University**, *Law Seminar*. Abogado en Rodner, Martínez & Asociados. bluisdavid@gmail.com.

<sup>1</sup> SAVIGNY, Frederich: *Sistema del Derecho romano actual*. T. I. F. Góngora y Compañía, Editores. Trad. M. Ch Guenaoux. Madrid, 1878, p. 70.

de Derecho Internacional Privado. También es necesario determinar el alcance de la palabra «costumbre» en oposición a otros términos y diferenciarlo de la llamada *lex mercatoria*.

## 1. La idea de fuente

A lo largo de la historia del pensamiento jurídico no ha sido entendido de una misma manera la idea de fuente. Para algunos, como es el caso de SAVIGNY, la fuente representa la manifestación del espíritu del pueblo<sup>2</sup>. AFTALIÓN y VILANOVA cuestionan esta idea pues a su modo de ver, SAVIGNY i. no diferencia la idea de la causa u origen del Derecho con su forma de manifestación y ii. la idea que el legislador simplemente traduce y expresa el sentir colectivo, es infundada, en cuanto este goza de libertad en el ejercicio de la función creadora<sup>3</sup>.

AFTALIÓN y VILANOVA, por su parte, sostienen: «aquellos hechos a los que se les reconoce en un grupo o comunidad jurídica la virtud de introducir –o sustraer normas– y, complementariamente, políticas, principios o valoraciones, y que son utilizados por los mismos miembros de la comunidad o por los órganos establecidos, para ello –jueces y tribunales– para determinar el sentido de las conductas de sus miembros y los comportamientos que deben observarse inclusive en los casos de controversia»<sup>4</sup>. Para los autores fuente serían hechos concretos de donde se derivan normas. La crítica a esta definición es evidente, y es que, tal como nos enseñó David HUME, del «ser», es decir un hecho, no puede derivar un «deber ser», es decir una norma, con lo cual la palabra «fuente» no puede basarse en la aludida construcción<sup>5</sup>.

Por su parte DEL VECCHIO sostiene: «Fuentes son los modos de manifestación de la voluntad social preponderante, voluntad cuya presencia da carácter

<sup>2</sup> <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/26caracter.pdf>.

<sup>3</sup> AFTALIÓN, Enrique y VILANOVA, José: *Introducción al Derecho*. Reim., Editorial Pre-sencia Ltd. (2.ª versión, Editorial Abeledo-Perrot). Bogotá, 1994, p. 643.

<sup>4</sup> AFTALIÓN y VILANOVA: ob. cit., p. 643.

<sup>5</sup> Este es el argumento que la doctrina iusnaturalista debe superar, es decir como de determinado estado de las cosas, de la naturaleza se pueden derivar normas de conductas, tal imposibilidad es el error básico de la posición iusnaturalista.

positivo al Derecho». Lo cual hace suponer la existencia de una llamada voluntad social, el problema precisamente es, ¿cómo se demuestra una llamada voluntad social?, ¿qué es?, y ¿cómo se conoce?<sup>6</sup>.

LEDESMA sostiene que las fuentes son «los elementos constitutivos que son necesarios para la creación del Derecho, son tanto formalización-validación que incorpora y distingue a las normas jurídicas, como los contenidos que son materia de incorporación»<sup>7</sup>. Definición aceptada por GUERRA, quien concluye que es posible entender las fuentes en sus dos acepciones, por un lado, el origen, causa o nacimiento del Derecho y, por el otro, se hace referencia a la manifestación o exteriorización de algo preexistente que se denominara Derecho<sup>8</sup>.

El concepto de fuentes del Derecho responde a la idea de cómo se produce el conjunto de normas que integra el ordenamiento jurídico<sup>9</sup>. KELSEN recomienda no utilizar el término debido a su multiplicidad de usos<sup>10</sup>. Reconoce que desde una perspectiva técnico-jurídica fuentes son todos los métodos de creación normativa<sup>11</sup>. Decimos que una norma es fuente de otra, en tanto la primera regula el modo de creación de la segunda. KELSEN sostiene que las opiniones de los juristas, los motivos políticos o principios morales, son fuentes, en el sentido anteriormente descrito, si una norma jurídica le da tal carácter. De lo contrario, estas «fuentes» no son obligatorias y por lo tanto no serían fuente en sentido técnico<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid. KELSEN, Hans: *Teoría general del Estado*. Edinal. Trad. Luis LEGAZ LACAMBRA. México D. F., 1957, p. 11.

<sup>7</sup> LEDESMA, Mario: *Introducción al Derecho*. McGraw-Hill. México D. F., 1996, p. 127.

<sup>8</sup> GUERRA, Víctor Hugo: *Análisis de las fuentes del Derecho en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado: artículos 8 del Código de Procedimiento Civil y 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado*. UCV. Caracas. 2000, p. 15.

<sup>9</sup> VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción a las fuentes del Derecho». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 7-II. Caracas, pp. 373-418.

<sup>10</sup> KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*. Reimp. 6.ª, Editorial Porrúa. Trad. Roberto J. VERNENGO. México D. F., 2011, p. 243.

<sup>11</sup> Concepto que acoge BOBBIO al definir las como aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas, cita de VARELA CÁCERES: ob. cit., p. 375.

<sup>12</sup> KELSEN: ob. cit. (*Teoría pura...*), p. 243

Similarmente, VERDROSS identifica las normas de creación jurídica, que establecen de que manera pueden crearse, modificarse y extinguirse las normas positivas, con la idea de fuente<sup>13</sup>. Afirma que la fuente es el «objeto» de la regulación de dichas normas. Es decir, los hechos, actos o conductas a los que las normas jurídicas le atribuyen el efecto productor de Derecho<sup>14</sup>.

Otros, siguiendo la naturaleza anfibológica del término, señalan que hay fuentes en sentido material y en sentido formal, siendo solo las últimas las vigentes<sup>15</sup>. Es prudente reproducir en este punto el comentario de ROUVIER: «en lugar de discutir si una fuente es formal o material; si nacional o internacional; si es positiva o científica, reviste mayor interés hacer el estudio de cada una de ellas y determinar la importancia que tienen para nuestra materia»<sup>16</sup>.

Quizás por el efecto de la doctrina y su impacto en la legislación, algunas normativas recientes en Venezuela, tienden definir cuáles son sus fuentes, así por ejemplo la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (artículo 16), la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 2) y el Código Orgánico Tributario (artículo 2). Tal como establece VARELA CÁCERES<sup>17</sup> son simples expresiones didácticas, que bien podría simplemente no existir<sup>18</sup>.

Según SAVIGNY con base en su fuerza obligatoria la costumbre y la Ley son equivalente. Por su puesto que dicha afirmación hay que verla en el contexto del ordenamiento jurídico que se trate. Pero en general, se afirma que la

---

<sup>13</sup> VERDROSS, Alfred: *Derecho Internacional Público*. Editorial Aguilar. Trad. Antonio TRUYOL Y SERRA. Madrid, 1957, p. 118.

<sup>14</sup> Con lo cual la crítica hecha a la tesis de AFTALIÓN se repite aquí.

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, Werner: *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*. T. I. 2.ª, EJEA. Buenos Aires, 1952, p. 45.

<sup>16</sup> ROUVIER, Juan María: *Derecho Internacional Privado parte general*. Colegio de Abogados del Estado Zulia. Maracaibo, 1989, p. 69.

<sup>17</sup> Ob. cit., p. 376.

<sup>18</sup> Pensamos que esta tendencia es realmente una mala técnica legislativa, porque habría que preguntarse si estas listas son exclusivas, o son de carácter enunciativo. Además, siempre estará el argumento positivista que diría que si una Ley me dice cuáles son las fuentes, la única fuente sería la Ley porque de no prescribirla esta no conoceríamos la fuente.

costumbre puede completar, modificar o abolir una ley<sup>19</sup>; lo que en doctrina se conoce como costumbre *contra legem*, *secundum legem* y *praeter legem*. No obstante, como sostiene GUASTINI, para poder determinar cuáles son las fuentes de un determinado ordenamiento es necesario remitirse y analizar, el contenido de Derecho positivo del ordenamiento en cuestión<sup>20</sup>. En Venezuela es claro que la costumbre no puede derogar la ley, por mandato legal (artículo 7 del Código Civil). Solo cabe la costumbre para suplir el silencio de la ley en materia mercantil<sup>21</sup>. En materia civil, se discute su valor<sup>22</sup>. Aunque tenemos nuestras dudas en materia laboral porque en ella se reconoce la costumbre como fuente del Derecho del Trabajo<sup>23</sup>.

Dado que solo las fuentes obligatorias son las que producen efectos relevantes para la vida jurídica, precisamente por ser imperativas, consideramos apropiado adoptar la definición kelseniana de fuente, como los modos de producción del Derecho<sup>24</sup>. En otras palabras, el fundamento de validez de una

<sup>19</sup> SAVIGNY: ob. cit., p. 70.

<sup>20</sup> GUASTINI, Riccardo: «Concepciones de las fuentes del Derecho». En: *Isonomía*. N.º 11. Instituto Tecnológico Autónomo de México. México D. F., 1999, p. 168.

<sup>21</sup> Véase el artículo 9 del Código de Comercio y el artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Otra discusión interesante, que nos trae MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil*. T. I. 3.ª, UCAB. Caracas, 1989, p. 108, es la afirmación que la costumbre es obligatoria *per se*, una vez que cumple el proceso de formación que la lleva a su observancia efectiva, no por mandato de una norma legal.

<sup>22</sup> Véase sostenido su carácter de fuente del Derecho Civil VARELA CÁCERES: ob. cit., pp. 414-416. En sentido contrario, señalando que la costumbre no constituye ni siquiera fuente indirecta o interpretativa del Derecho Civil, toda vez que no tiene el mismo valor que la doctrina o la jurisprudencia, ello a diferencia del Derecho Mercantil en que la costumbres es fuente directa, aunque subsidiaria, DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I (personas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 33; FLORES, Lony: «El Derecho Civil», <http://civilpersonas.blogspot.com/>, en nuestro sistema jurídico y en especial en el campo del Derecho Civil se le concede poca importancia a la costumbre como fuente del Derecho, en efecto el artículo 7 del Código Civil establece que la costumbre no deroga la Ley.

<sup>23</sup> *Vid.* artículo 16 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras. Aunque es importante señalar que dicha norma limita la costumbre a casos que no sean contrarios a normas imperativas de carácter constitucional y legal.

<sup>24</sup> KELSEN: ob. cit. (*Teoría pura...*), p. 243, sostiene –afirmación que acogemos que en un sentido jurídico-positivo– fuente del Derecho solo puede ser Derecho.

norma jurídica es la fuente de la misma, es decir, la norma superior positiva que regula su producción<sup>25</sup>.

La doctrina tiende a clasificar las fuentes del Derecho en su sentido formal y en su sentido material. Ya sea que el origen de éste se encuentre en los factores sociales –reales o ideológicos– que explican el contenido y surgimiento de las normas jurídicas concretas –fuentes materiales– o en los factores o determinantes jurídicos de los que depende la creación de las normas jurídicas –fuentes formales–<sup>26</sup>.

Por su parte, VARELA CÁCERES sostiene acertadamente que el término fuente material sirve para evaluar su contenido, su eficacia y su constitucionalidad<sup>27</sup>. Nos parece atinada la recomendación del citado autor, tal como sostiene KELSEN, que deberíamos referirnos al termino fuentes solo a la fuente en su sentido formal<sup>28</sup>.

Sin embargo, desde la óptica de la filosofía del Derecho hay además otras consideraciones que vale la pena realizar. La doctrina suele distinguir entre el Derecho formal y el Derecho material. De hecho, hay ramas del Derecho que suele llamarle Derecho adjetivo o formal, entre ellos el Derecho Procesal, y otra parte es denominada el Derecho material o sustancial como, por ejemplo, el Derecho Civil o Comercial. Dicha distinción también aparece en el concepto de fuentes de Derecho, es decir fuente formal y fuente material. Somos de la opinión que dicha distinción tiene una génesis en no entender adecuadamente la noción kantiana sobre la teoría del conocimiento. Para algunos autores, como KELSEN, la distinción entre forma y materia, no es como pensaba KANT dos formas de ver las cosas, sino una escisión del objeto, la

---

<sup>25</sup> Esa norma puede ser de origen legal o consuetudinario. Es común el error de entender por norma solo la Ley. Otro error es entender que el positivismo solo defiende la supremacía de la Ley, y no así de la costumbre.

<sup>26</sup> Vid. LATORRE, Ángel: *Introducción al Derecho*. 3.<sup>a</sup>, Ariel. Barcelona, 1987, p. 114.

<sup>27</sup> VARELA CÁCERES: ob. cit., p. 379.

<sup>28</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, ob. cit., p. 28, esto es en cuanto a la «forma» en que nos llega el Derecho, sea ley, costumbre, etc.

distinción entre forma y materia es en realidad para KELSEN la distinción entre *sollen* y *sein*, es decir entre deber ser y ser<sup>29</sup>.

Y tanto es así que en la práctica cuando se alude a fuentes materiales, se habla realmente es del ser<sup>30</sup>, en oposición al deber ser, que serían las fuentes formales. Sin embargo, el estudio del ser excede del ámbito de los estudios normativos, cuyo objeto es la norma, es decir el deber ser. Y la razón es la misma, no puede haber causas materiales de la creación del Derecho, puesto, que precisamente eso sería un ser y el ser no puede derivar un deber ser. Hacerlo caería en la falacia naturalista<sup>31</sup>. Por lo tanto, partimos de que solo fuentes, hay en su sentido formal, que es en realidad el único sentido técnico jurídico.

### *1.1. El origen nacional o internacional de las fuentes en el Derecho Internacional Privado*

MIAJA DE LA MUELA tiene un planteamiento interesante y es saber si las fuentes en el Derecho Internacional Privado son de origen estatal o convencional. Son las llamadas tendencias nacionalistas e internacionalistas<sup>32</sup>. Ahora bien, nos gustaría hacer algunas precisiones desde la óptica de la Filosofía del Derecho.

Tales tesis no niegan la existencia de la ley o del tratado, ambas tratan de explicar el fundamento de «obligatoriedad» de ambos instrumentos jurídicos, así

<sup>29</sup> Sobre la discusión del *sein* y *sollen* en KELSEN, ver: TOSTA, María Luisa: *Ensayos de Filosofía del Derecho*. Ediciones Paredes. Caracas, 2012, pp. 111-129.

<sup>30</sup> Objeto de estudio de la Sociología Jurídica, más no de los estudios jurídicos.

<sup>31</sup> En realidad, la forma y la materia es perfectamente explicada por KANT en el Prefacio de la 2.<sup>a</sup> edición de la *Crítica de la Razón Pura*. En ella explica que el conocimiento se forma por la síntesis de intuiciones y conceptos *a priori* –forma– y las sensaciones que recibimos *a posteriori* de la experiencia –materia–. Para KANT, el concepto de un objeto, con su materia y su forma, es parte del *sein* –ser–, si es visto desde la perspectiva del conocimiento, mientras que un concepto es parte del *sollen* si es visto desde la perspectiva del mundo metafísico. Es decir, no es que los objetos se dividan como pensó KELSEN, sino que en realidad son dos perspectivas para el estudio del Derecho y de los objetos en general, es decir la perspectiva del ser –científico-racional– y la del deber ser –metafísico-creencia–.

<sup>32</sup> MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I (Introducción y parte general). 9.<sup>a</sup>, Atlas. Madrid, 1985, p. 45.

como ver las relaciones que hay entre el tratado y la ley. Así, un tratado es obligatorio para los nacionalistas si este ha sido incorporado al Derecho interno. Para un internacionalista el fundamento de validez del orden interno deviene del Derecho internacional, validez concretada en el principio de efectividad<sup>33</sup>.

Nótese que el criterio de la prevalencia del orden internacional por el orden nacional –o del nacional sobre el internacional– que usualmente usa la doctrina para calificar como monista o pluralista a un determinado sistema es fundamentalmente incorrecto<sup>34</sup>. No se trata si en el caso concreto debe aplicarse el Derecho interno o el Derecho internacional, sino preguntar por el fundamento de validez de dicho Derecho, puede ser que en el caso concreto el juez no aplique Derecho internacional y no por eso éste pierde su validez. Lo que sucede en la realidad es que si el juez no aplica el Derecho internacional lo hace porque su ordenamiento jurídico no lo autoriza a decidir conforme al Derecho internacional<sup>35</sup>. Si esto no sucede, la única consecuencia posible es que el Estado determinado sea «responsable» internacionalmente por el incumplimiento del Derecho internacional. Pero en modo alguno hace menos Derecho al Derecho internacional.

Posición inconscientemente aceptada cuando se señala que en caso de choque prevalecerá tal o cual orden. MIAJA DE LA MUELA, sostiene, en efecto, que los nacionalistas adoptan ante el problema de las relaciones entre el Derecho

<sup>33</sup> KELSEN: ob. cit. (*Teoría pura...*), p. 338.

<sup>34</sup> Si se dice que el tratado se aplica preferentemente no necesariamente significa que el tratado es superior al orden interno, pues puede argumentarse que se aplica precisamente porque el Derecho interno así lo ordena, luego el Derecho interno es la causa de la aplicación del tratado y no el tratado *per se*, por ello no es el tratado si no el Derecho interno el superior. Lo mismo puede argumentarse para fundamentar que el Derecho interno prevalece: el Derecho interno prevalece en caso de colisión, diría un pluralista, porque este es expresión de la soberanía reconocida por el Derecho internacional, luego prevalece el Derecho interno por aplicación del principio de autodeterminación de los pueblos, principio esencial del Derecho internacional y expresión de la soberanía Estatal. Como se ve, son ambas interpretaciones de un mismo hecho cuya resolución no puede darse por la idea de la prevalencia.

<sup>35</sup> KELSEN: ob. cit. (*Teoría pura...*), pp. 38-39; y MIAJA DE LA MUELA: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 45.

internacional y el interno una postura pluralista o pseudomonista que proclama la primacía del Derecho interno<sup>36</sup>. Pero, ya delatamos que no es la primacía si no la pregunta por la validez de tal Derecho lo que responde a la concepción del Derecho monista o dualista –pluralista–. MIAJA DE LA MUELA, citando las ideas de KOPELMANAS, señala «que una visión realista del problema no significa que la primacía del Derecho internacional sobre el interno significa la existencia de una nulidad de las estatales contrarias al Derecho internacional sino tan solo la posibilidad de exigir responsabilidad al Estado por sus actos legislativos en oposición al Derecho internacional». Nosotros agregamos, que no es una visión «realista», es resolver el problema desde la metodología de la teoría general, y ver que, en efecto, la primacía no es igual a prevalencia, tal como señala KELSEN.

En Derecho Internacional Privado se sostiene que debido a la diversidad de métodos que se usan en nuestra materia, se exigen una pluralidad de medios de producción o cauces normativos<sup>37</sup>. Así en 1929, el Tribunal Permanente de Justicia –predecesor de la Corte Internacional de Justicia de La Haya–, en el caso de los empréstitos serbios y brasileños emitidos en Francia, sostuvo que las normas de Derecho Internacional Privado «pueden ser comunes a varios Estados e incluso establecerse por medio de tratados o costumbres, teniendo en este último caso el carácter de un verdadero Derecho internacional regulador de las relaciones entre los Estados...»<sup>38</sup>.

En conclusión, bien sea por incorporación al Derecho interno o por su aplicación directa, en la actualidad se acepta que el Derecho internacional es fuente del Derecho Internacional Privado. Máxime reflejada en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> MIAJA DE LA MUELA: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 45.

<sup>37</sup> AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Derecho Internacional Privado*. Vol. I, t. II. 2.<sup>a</sup>, reimpr. 4.<sup>a</sup>, Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1987, p. 443.

<sup>38</sup> MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Artículo 1». En: *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*. T. I. UCV. T. MAEKELT *et al.* coords. Caracas, 2005, pp. 141-188.

<sup>39</sup> «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;

## 2. Las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia

La tradición legislativa en Venezuela era considerar el tratado como la única fuente del Derecho Internacional Público aplicable a nuestra materia. Así lo reconocía el artículo 8 –actualmente derogado– del Código de Procedimiento Civil<sup>40</sup>.

Esta disposición según reseña la doctrina aparece en Venezuela en 1897. La aplicación preferente del tratado se debía a la consideración que la violación de un acuerdo internacional constituía una transgresión al Derecho natural, de gentes y al orden interno<sup>41</sup>.

En 1913 en el Proyecto de ARDAYA se sostuvo: «En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado los jueces atenderán primariamente los tratados públicos respectivos y luego las disposiciones de la presente ley y de las otras de la República que sean pertinentes».

Por su parte, en el «Proyecto de Normas Generales de Derecho Internacional Privado» de 1963-1965 prescribía: «La determinación del Derecho competente para regir situaciones relacionadas con ordenamientos extranjeros se hará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y de las demás leyes de la República. A falta de disposiciones legales, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan de ellas por analogía y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado». Como puede verificarse

---

a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados», *vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 36 511, del 06-08-98.

<sup>40</sup> «En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho, aceptados generalmente».

<sup>41</sup> MADRID MARTÍNEZ: *ob. cit.* («Artículo 1»), p. 145.

no se hacía mención al tratado. De acuerdo con MADRID MARTÍNEZ<sup>42</sup> los tratados estaban incluidos en los términos «las demás leyes de la República»<sup>43</sup>.

En todo caso, la actual Ley, basada en el «Proyecto de Normas Generales de Derecho Internacional Privado» de 1963-1965, no solo nombra a los tratados sino declara que será fuentes todas aquellas normas de Derecho Internacional Público sobre la materia. Lo que nos lleva a repasar las fuentes del Derecho Internacional Público y determinar si la costumbre internacional es o no una fuente en Derecho Internacional Privado.

Dos textos de Derecho positivo han precisado las fuentes del Derecho internacional. En primer lugar, el artículo 7 del XII Convenio de La Haya, de 18 de octubre de 1907, que estableció el Tribunal Internacional de Presas<sup>44</sup>. Sin embargo, dicho Tribunal nunca llegó a constituirse por lo tanto su interés es solo doctrinal<sup>45</sup>. La segunda, reseña ROUSSEAU, es el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia, de 16 de diciembre de 1920, cuyas disposiciones fueron reproducidas en el artículo 38 del Estatuto del Corte Internacional de Justicia, creado a través de la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945. La citada disposición reconoce a la costumbre en el siguiente tenor: «La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho».

La doctrina se cuestiona si del mencionado artículo puede derivarse una teoría general de las fuentes del Derecho Internacional Público. Así, para algunos debe interpretarse que solo hace alusión al Derecho aplicable a los casos sometidos a la jurisdicción de la Corte<sup>46</sup>. Otros, por el contrario, señalan

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 146.

<sup>43</sup> Aunque nos alejamos de esa posición porque es evidente que los tratados no son leyes, véase: HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Los tratados no son leyes». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 131. Caracas, 1995, pp. 83 y ss.

<sup>44</sup> Establecía los tratados internacionales en vigor para las partes, las normas de Derecho internacional generalmente aceptadas, los principios generales de Derecho y la equidad.

<sup>45</sup> ROUSSEAU, Chales: *Derecho Internacional Público*. 2.<sup>a</sup>, Ariel. Barcelona, 1961, p. 9.

<sup>46</sup> VARELA QUIRÓS, Luis: *Las fuentes del Derecho Internacional Público*. Temis. Bogotá, 1996, p. 9.

que en virtud del artículo 93.1 de la Carta de las Naciones Unidas todos los miembros de las Naciones Unidas son partes del mencionado estatuto, y por tanto habría un reconocimiento del artículo 38 como fuente<sup>47</sup>.

En segundo lugar, se cuestiona la jerarquía, ROUSSEAU señala que el artículo 38 no hace una jerarquización de las fuentes<sup>48</sup>. Ninguno de los dos aspectos es relevante a nuestro estudio, puesto que independientemente se acepte el artículo 38 como fuente del Derecho Internacional Público, se admite que la costumbre internacional es fuente del Derecho Internacional Público.

### 2.1. La costumbre internacional

VERDROSS señala que debe distinguirse entre costumbre –cortesía, *comitas gentium*– y costumbre jurídica o Derecho consuetudinario, pues solo alcanza relevancia jurídica aquellos usos que se apoyan en el sentimiento jurídico o la conciencia jurídica –*opinio iuris vel necessitatis*–. Este concepto aparece en el caso Lotus en donde el Tribunal Permanente de Justicia sostuvo «la abstención –del ejercicio de la jurisdicción penal– se fundará en la conciencia de la obligatoriedad de abstenerse»<sup>49</sup>.

El anterior criterio es acogido por el artículo 38.b del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual solo reconoce como normas consuetudinarias aplicables las que hayan sido «aceptadas como Derecho» por la práctica de los Estados. De lo anterior se deduce dos elementos para configurar la costumbre, un elemento objetivo –material–, constituido por la práctica reiterada en el tiempo de una conducta y un elemento subjetivo –psicológico–, esto es, la conciencia de obligatoriedad de dicha práctica<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> TORO JIMÉNEZ, Fermín: *Derecho Internacional Público*. Vol. I. UCAB. Caracas. 2001, pp. 176 y 177.

<sup>48</sup> ROUSSEAU: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 10.

<sup>49</sup> VERDROSS: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 118. Actualmente, se sostiene que la «costumbre jurídica», a fin de distinguirla de los «convencionalismos sociales», debe tener además una relevancia social y jurídica. Ver: VARELA CÁCERES: ob. cit., p. 409.

<sup>50</sup> ROUSSEAU: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 59; VARELA CÁCERES, ob. cit., p. 408; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Panapo, Caracas, 2009, pp. 49 y 50.

Ahora bien, vale la pena reflexionar sobre el concepto anteriormente dado. No es cualquier costumbre la relevante para el Derecho, sino aquella que genera efectos jurídicos. Precisión que nos hace preguntarnos sobre el fundamento de obligatoriedad de la costumbre. De acuerdo con GROCIO la costumbre es obligatoria en tanto es una expresión de la soberanía de los Estados. La costumbre devendría de un pacto tácito<sup>51</sup>. Digamos que es una visión contractualista del problema: como la soberanía es inherente a la idea de Estado, solo un acuerdo –tácito– de este podría obligarlo<sup>52</sup>. Sin embargo, dicho fundamento es insuficiente para explicar i. la obligatoriedad de costumbres que aún no ha sido práctica por el Estado que la alega o aquel de quien la exigen<sup>53</sup>; ii. y por qué cuando los tribunales arbitrales internacionales deciden un litigio no se preguntan si las partes han practicado determinada costumbre, sino por el contrario investigan si ya existía la *opinio iuris necessitatis* de la costumbre<sup>54</sup>.

En el Derecho interno se reconoce el valor de la costumbre como fuente directa subsidiaria en materia mercantil en el artículo 9 del Código de Comercio<sup>55</sup>. También es aceptado por la Doctrina<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> VERDROSS: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 119.

<sup>52</sup> A nuestro de modo ver, es una explicación racionalista a la idea de obligatoriedad del Derecho internacional similar a la idea de obligatoriedad del Derecho interno, dada por HOBBS, ROUSSEAU y otros. Ver: HOBBS, Thomas: *Del ciudadano y Leviathan*. Reimp. 6.<sup>a</sup>, Tecnos. Trad. E. TIERNO GALVAN y M. SÁNCHEZ SARTO. Madrid, 2007, pp. 146 y ss.

<sup>53</sup> En opinión contraria sostiene GUERRA: ob. cit., p. 93, para quien solo la costumbre aplicada por los Estados partes pueden ser alegadas por ellos.

<sup>54</sup> ROUSSEAU: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 119, cita el caso Lotus en el cual el Tribunal Permanente de Justicia Internacional sostiene «ciertamente las reglas del Derecho internacional dimanar de la voluntad de los Estados; pero no busca reglas que hayan sido reconocidas precisamente por las partes litigantes; e indaga, ante todo la práctica jurídica común».

<sup>55</sup> «Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos generalmente ejecutados en la República o determinadas localidades y reiteradas por un largo espacio de tiempo, que apreciaran prudencialmente los jueces de comercio».

<sup>56</sup> MÉLICH-ORSINI, José: *Doctrina general del contrato*. Reimp. 5.<sup>a</sup>, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2002, p. 605. Véase también: GUERRA: ob. cit., p. 92, el autor incluye dentro del elemento material: i. la duración, ii. la continuidad,

SEPULVEDA sostiene que hay serias dificultades para aceptar que en la actualidad la costumbre sea realmente una fuente del Derecho internacional<sup>57</sup>. En su criterio no es posible que los Estados practiquen en todas partes y al mismo tiempo determinadas prácticas para que devengan en costumbre.

MADRID MARTÍNEZ, siguiendo las ideas de MAEKELT señala que las únicas normas útiles de Derecho Internacional Público son las normas de los tratados internacionales<sup>58</sup>. Parten de la idea de que, dado que solo los tratados regulan actualmente la materia con efectos en el Derecho Internacional Privado, solo estos son útiles para la materia, y luego solo estos son fuentes.

El siguiente argumento para descalificar a la costumbre se hace usando la definición de AKEHURST, «la costumbre internacional implica la observancia reiterada de conductas con la convicción, por parte de los sujetos de Derecho Internacional Público, de que tal conducta es requerida por ese Derecho»<sup>59</sup>. Con base en esa definición, se entiende que son los Estados los que crean la costumbre.

La crítica es que no solo los Estados son sujetos del Derecho Internacional Público. Luego, no solo sus acciones pueden degenerar en creación de costumbres. Que los sujetos no son solo los Estados, sino también los individuos, se observa en las siguientes razones: i. la existencia de normas jurídicas

---

iii. la uniformidad y la iv. generalidad. La doctrina acepta que no hay una regla expresa en cuanto a la duración, en consecuencia, esto dependerá del caso concreto. En cuanto a la continuidad y la uniformidad, a pesar de ser indispensable para la formación de la costumbre, dependerá en buena medida de la apreciación facultativa del juez, la generalidad atiende a la idea que la costumbre es expresión de una práctica común. No va a regir la relación de uno o dos Estados sino la generalidad de los Estados. Este criterio puede matizarse ya que bien puede existir una costumbre regional solo aplicable a los Estados de esa área.

<sup>57</sup> SEPÚLVEDA, Cesar: «Los modos de creación de normas jurídicas en el sistema internacional de Estados». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.º 65. UNAM. México, D. F., p. 557 y ss.

<sup>58</sup> MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Artículo 1»), pp. 154 y ss.

<sup>59</sup> AKEHURST, Michael: *A modern introduction to international Law*. 7.ª, Routledge. Nueva York, 1992, p. 29.

internacionales directamente aplicables al individuo<sup>60</sup>; ii. participación directa de los individuos en los procedimientos jurisdiccionales internacionales<sup>61</sup>; y iii. la garantía de derechos humanos<sup>62</sup>. Así que una visión objetiva de la realidad internacional, entiende que la persona si es sujeto del Derecho internacional<sup>63</sup>.

Pareciera que el único argumento restante en contra a la calificación de la costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional Privado es precisamente la utilidad. En el sentido, de que, dado que no hay ninguna norma consuetudinaria útil, luego la costumbre no es fuente del Derecho Internacional Privado. Tenemos nuestras dudas de esa afirmación.

En primer lugar, se confunde «existencia» con «utilidad». De hecho, es innegable el carácter primigenio de la costumbre en el Derecho Internacional Público, muchas de sus normas devienen precisamente de la costumbre o de la codificación de una costumbre.

En segundo lugar, dicha tesis presupone que los tratados son jerárquicamente superiores a la costumbre en todos los casos. Ya que señalan que la costumbre ya no es útil, porque sus normas ya están codificadas en tratados. Sin embargo, la doctrina del Derecho Internacional Público aceptó que una costumbre puede en efecto modificar a un tratado<sup>64</sup>, tanto es así, que afirma que poseen el mismo valor jurídico<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Como por ejemplo las normas prohibiendo la piratería (Protocolo de Ginebra del 17 de junio de 1925); las normas que prohíben la trata de negros y de la esclavitud (Acta de Bruselas del 2 de julio de 1890 y Convenio de Ginebra de 25 de septiembre de 1926); entre otras.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, en la actualidad el Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece que el Tribunal podrá conocer cualquier demanda presentada por una persona física (artículo 34). Similarmente, el artículo 44 de la Comisión Americana de Derechos Humanos reconoce tal facultad.

<sup>62</sup> RODNER, James-Otis: *La globalización: globalización de la norma jurídica*. 2.<sup>a</sup>, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2012, p. 220.

<sup>63</sup> ROUSSEAU: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 70.

<sup>64</sup> «Esto fue, por ejemplo, lo ocurrido con el derecho de capitulaciones establecido por usos que a veces, sobre todo en Egipto, modificaron tratados», véase: *ibid.*, p. 63.

<sup>65</sup> *Ídem.*, «En general la doctrina permanece fiel a la idea de que el tratado y la costumbre tienen el mismo valor jurídico y, en consecuencia, una fuerza derogatoria recíproca».

Tercero, señalar como hace SEPULVEDA que es difícil conseguir prácticas que se acepten en todas partes, no es cierto, de hecho, MIAJA DE LA MUELA sostiene prudentemente que «la misma coincidencia entre legislaciones en unos pocos puntos es expresivo de la existencia de una costumbre internacional reconocida por todos, o al menos por un número considerable de Estados»<sup>66</sup>.

En cuarto lugar, hay una confusión entre ser y deber ser. Es básico que, con la prescripción de una conducta, lo que se implica es que dicha conducta pueda no haberse dado, no darse o nunca darse a la realidad. Que las normas –deber ser– prescriban ciertas conductas como debidas implica necesariamente su posibilidad que en la realidad –el ser– no se materialice. No se trata de determinar si sociológicamente hay costumbres efectivamente, sino, que desde el punto de vista normativo puede haber costumbres con efectos en el Derecho Internacional Privado venezolano, y en el plano del deber, si es posible<sup>67</sup>.

Para, algunos autores la costumbre internacional tiene un uso particularmente intenso en las materias de Derecho Internacional Privado, precisamente, debido a la falta de reglamentación de este<sup>68</sup>. Usualmente se cita la regla *locus legit actum*<sup>69</sup> y la colaboración que se presta al poder judicial de los diferentes Estados en la ejecución de ciertos actos. Ambas reglas reconocidas en el Derecho venezolano en la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 37)<sup>70</sup>. También, es una costumbre la idea de inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución de los Estados<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> MIAJA DE LA MUELA: ob. cit. (*Derecho Internacional...*), p. 65.

<sup>67</sup> Cuestión distinta es determinar si en la práctica existe efectivamente una.

<sup>68</sup> ROUVIER: ob. cit. (*Derecho internacional...*), p. 78.

<sup>69</sup> GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado: derecho de tolerancia*. 8.<sup>a</sup>, Depalma. Buenos Aires, 1992, pp. 27 y ss.

<sup>70</sup> Así como en múltiples tratados como el Código de Bustamante (artículos 38, 41 y ss.), Convención Interamericana sobre Letras de Cambio (artículo 2), Convención Interamericana de Cheques (artículo 2), etc.

<sup>71</sup> *Vid.* VARGAS A. Juan Carlos y RODRÍGUEZ-WEIL, Eduardo: «La inmunidad de jurisdicción y ejecución de las organizaciones internacionales: un tema antiguo con relevancia actual». En: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*. Vol. 21. Granada, 2013, pp. 511 y ss., [http://ihladi.net/wp-content/uploads/2017/07/17\\_\\_vargas.pdf](http://ihladi.net/wp-content/uploads/2017/07/17__vargas.pdf). Aunque ha sido recogido en ciertos tratados y leyes nacionales.

En el Derecho anglosajón no hay duda del valor de la costumbre. De hecho, es común que incluso normas consuetudinarias sirvan para determinar la jurisdicción de los tribunales<sup>72</sup>. Dice EHRENZWEIG, que esto se debe a la naturaleza del sistema anglosajón. Por lo general se refiere a normas relativas a las relaciones internacionales y al matrimonio<sup>73</sup>.

En Venezuela, GUERRA critica la inclusión de la norma *lex situs* ya que a su modo de ver no es común en la práctica de los Estados<sup>74</sup>. Pensamos que debe ser apreciado por el juez en el caso concreto. El mismo GUERRA da ejemplos de normas de conflicto consuetudinarias tales como la norma *sequuntur personam* y el domicilio del demandado si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles.

Más grave es entender la *lex mercatoria* como costumbre internacional. Con lo cual merece a las menos algunas líneas aclarar esta confusión.

## 2.2 La *lex mercatoria*<sup>75</sup>

La *lex mercatoria* es un derecho especial que se decía aplicable a los comerciantes en la edad media, en oposición de las costumbres locales y con un alcance no territorial<sup>76</sup>. Se discute su origen, para algunos apareció en la Edad Media<sup>77</sup>, para otros apareció con las leyes marítimas de Rodas, 300 años

<sup>72</sup> EHRENZWEIG, Albert: *Conflicts in a nut shell*. 3.<sup>a</sup>, West Publishing Co. Minnesota, 1977, p. 53.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p.111.

<sup>74</sup> GUERRA: *ob. cit.*, p. 128.

<sup>75</sup> BERMAN, Harold y KAUFMAN, Colin: «*The law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)*». En: *Harvard International Law Journal*. Vol. 19-1. Cambridge, 1978, p. 22; en Venezuela se ha discutido muchísimo sobre el tema, véase: RODNER, James Otis: *El crédito documentario*. Editorial Sucre. Caracas, 1983, pp. 568 y ss.; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: «Un contrato internacional sometido al Derecho venezolano y la *lex mercatoria*». En: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich-Orsini*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. C. MADRID MARTÍNEZ, editora. Caracas, 2012, pp. 333-364.

<sup>76</sup> DAVID, René: *Le Droit comparé*. Droits d'hier, Droits de demain. París, 1982, p. 344.

<sup>77</sup> *Ídem*.

antes de Cristo<sup>78</sup>. De manera general, la *lex mercatoria* se ha definido como un sistema surgido durante la Edad Media, en oposición a la costumbre local y sin vinculación con la tradición. Tal sistema fue concebido con un alcance no territorial, de manera que los Derechos de los comerciantes se basaban en los usos del comercio, costumbres no territoriales, administrados por los mismos comerciantes<sup>79</sup>. Para el mismo SAVIGNY la *lex mercatoria* constituía una costumbre de carácter especial.

CARRILLO SALCEDO por su parte, llama la atención de la existencia de la *lex mercatoria* como un fenómeno en contra a la estatización del Derecho<sup>80</sup>. Es decir, un para-Derecho. El principal problema a resolver es determinar que debe entenderse por *lex mercatoria*. No hay acuerdo en cuanto a su concepto. Por lo general se atiende al carácter esencialmente autónomo de la misma<sup>81</sup>, y otros se refieren a su carácter gremial no territorial<sup>82</sup>.

GUERRA señala que la *lex mercatoria* es fuente del Derecho Internacional Privado en virtud del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, pues presupone que *lex mercatoria* y costumbre son conceptos sinónimos. Ya que a través del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se reconoce a la costumbre internacional como fuente del Derecho Internacional Público, vía el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, esta también sería fuente<sup>83</sup>.

Ahora bien, RODNER ha caracterizado a la *lex mercatoria* como Derecho anacional. Es anacional porque no corresponde a un sistema de Derecho positivo

<sup>78</sup> RODNER: ob. cit. (*El crédito documentario...*), p. 569. Incluso se habla de costumbres en la época de Babilonia.

<sup>79</sup> DAVID: ob. cit., p. 344.

<sup>80</sup> CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*. 2.<sup>a</sup>, Tecnos. Madrid, 1975, pp. 136 y ss.

<sup>81</sup> STRENGER, Irineu: «*La notion de lex mercatoria en droit du commerce international*». En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 227. The Hague Academy of International Law. París, 1991, pp. 256 y ss.

<sup>82</sup> BERMAN y KAUFFMAN: ob. cit. («*The law of international...*»), pp. 221 y ss.

<sup>83</sup> GUERRA: ob. cit., p. 100. En posición contraria ver: MADRID MARTÍNEZ: ob. cit. («Artículo 1»), p. 154.

de ningún Estado soberano<sup>84</sup>, y por lo tanto adolece del elemento coactivo. Siguiendo las ideas de CARNELUTTI, señala RODNER que la *lex mercatoria* es un sistema jurídico sin Estado<sup>85</sup>. Lo importante es destacar que precisamente por ese elemento de ausencia del elemento estatal, la *lex mercatoria* no es costumbre como consideraba SAVIGNY. Máxime si precisamente el origen histórico de la norma *mercatoria* es paraestatal<sup>86</sup>, es decir contra la regulación del Estado, del cual, forma la costumbre. Si la costumbre es parte del sistema de un Estado, esta no puede ser, al mismo tiempo parte de otro sistema, y en ese sentido, la *lex mercatoria* no es costumbre. Además, la *lex mercatoria* adolece del elemento esencial de la costumbre, esto es el elemento psicológico o subjetivo, o sea la convicción de que es obligatoria.

Es evidente que la *lex mercatoria* tiene fuerza obligatoria, y por lo tanto constituye verdaderas normas jurídicas a pesar de su origen paraestatal, por i. ser reconocida por leyes nacionales o ii. porque son cumplidas «de hecho» por los destinatarios. En ese sentido, siguiendo a HART, pensamos que la fundamentación de su validez como norma jurídica es la regla de reconocimiento es decir que los individuos se comportan conforme a ella<sup>87</sup>. En otras palabras, son aceptadas y cumplidas por sus destinatarios.

## Conclusión

Por el término fuente se entiende los modos de creación normativos. El Derecho, como sistema de normas, establece las condiciones para la creación, existencia y extinción de sus normas, dichas condiciones las llamamos fuentes.

La mayoría doctrinaria tiende a menospreciar a la costumbre como una auténtica fuente del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, una visión normativa de la cuestión nos ayuda a ver que descalificarla como fuente les

<sup>84</sup> RODNER: ob. cit. (*La globalización...*), p. 217.

<sup>85</sup> Cuestión distinta, pero que no es objeto de la presente investigación, determinar si en efecto pueden existir normas sin Estado en un sentido jurídico.

<sup>86</sup> Ídem.

<sup>87</sup> HART, Herbert L. A.: *El concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Trad. Genaro R. CARRIÓ. Buenos Aires, 1998, pp. 125-137.

da una característica a los tratados que ni el mismo Derecho Internacional Público determina: su inderogabilidad frente a la costumbre.

La *lex mercatoria* constituye un sistema de imperativos anacionales, cuya valoración como jurídica, puede ser discutida. Por ausencia del elemento coactivo en su estructura no constituyen verdaderas costumbres, luego no es aplicable en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado vía el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado sino por los artículos 29 y 30.

\* \* \*

**Resumen:** El presente trabajo es un estudio jurídico-filosófico que discute el problema de las fuentes del Derecho en el ámbito del Derecho Internacional Privado venezolano. Reflexiona sobre el origen nacional o internacional de las fuentes en el Derecho Internacional Privado desde la óptica de la Filosofía del Derecho. Analiza el sentido de la *lex mercatoria* y su naturaleza, propone una teoría para su fundamentación. **Palabras clave:** fuente, costumbre internacional, derecho internacional privado. Recibido: 27-08-18. Aprobado: 10-12-18.