

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

Anna María Tambasco Baldomir**

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

Resumen

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

Abstract

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

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

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

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

Palabras clave

Instituciones valorativas. Flexibilización. Especialización. Solución material.

Keywords

Value institutions. Flexibilization. Specialization. Material solution.

Sumario

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

Introducción

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

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

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

Como todo fenómeno revolucionario, la revolución metodológica dejó huellas en esta rama del Derecho. Negar su influencia es no conocer la esencia del Derecho de colisión en los albores del siglo XXI. De las críticas, confusiones, análisis más o menos objetivos, surge un nuevo Derecho internacional privado, clásico en su esencia, pero dotado de todos los elementos para convertirlo en un instrumento con función y dimensión social que se libera de las sombras de su pasado rígido y busca audaces rumbos. En sus fundamentos reaparece una rama jurídica que incorpora valores en la reglamentación del tráfico externo¹, sin separarse totalmente de sus raíces clásicas, pero tendiente a cumplir con su función sustantiva para lograr el fin del derecho: “la solución equitativa de cada caso”. Buscar el necesario equilibrio entre la solución equitativa del caso concreto y la seguridad jurídica es el objetivo fundamental del Derecho internacional privado en el siglo XXI².

La moderna codificación interna e internacional han ido llenando paulatinamente las imprevisiones del método conflictual clásico, una muestra es la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que pese a contemplar distintos procedimientos de solución de los problemas relativos a la ley aplicable³, se decanta por una posición predominantemente conflictual. Ello justifica el amplio tratamiento deparado a los denominados problemas de aplicación de la norma de conflicto, que se regulan esencialmente en los artículos 1 al 10.

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

¹ Espinar Vicente, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, p. 116.

² B. de Maekelt, Tatiana, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia* (Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 30-31.

³ Como incluir normas materiales: artículos 35 y 36, artículos 17, 18 y 19 que son normas materiales complementarias o aclaratorias, las normas contenidas en el capítulo II que son igualmente normas materiales para calificar de manera autónoma el domicilio de las personas físicas.

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

Neuhaus consideraba inevitable su aplicación en la solución de casos concretos. Afirmaba que la parte general del Derecho internacional privado, de acuerdo con los elementos que contiene, se puede sistematizar en tres grupos: en primer lugar, factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones generales que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del derecho extranjero y que son: calificación, cuestión previa, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida. El tercer grupo contiene instituciones “valorativas”: derechos adquiridos o situaciones válidamente creadas, equilibrio de intereses y adaptación⁴. Maekelt agrega a este grupo, la calificación y la cuestión incidental⁵.

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

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

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

⁴ Paul Heinrich Neuhaus citado por Meakelt, en: B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 53.

⁵ *Ibid.*, pp. 53-54.

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

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

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

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

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

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

⁶ *Ibid.*, p. 88.

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

En el Capítulo IV nos referimos a la adaptación, una de las figuras centrales en el Derecho internacional privado⁷, producto del *dépeçage* de las situaciones jurídicas, derivado de la propia técnica legislativa, ya que las normas de conflicto regulan por separado elementos que en las situaciones jurídicas se encuentran amalgamados. Identificamos sus elementos característicos, la diferenciamos con otras figuras de esta rama jurídica, nos acercamos a sus soluciones y delimitamos el nuevo concepto de esta institución.

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

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

I. La crisis del Derecho internacional privado

A. El planteamiento del problema

1. Las bases de la construcción doctrinal

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

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

supuestos en los que intervenía un sujeto de otra ciudad distinta⁸.

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

El segundo paso se produce a partir de la distinción de Balduino y Odofredo entre forma y fondo del litigio, para someter lo primero, el procedimiento, a la ley del juez, y lo segundo, como por ejemplo la responsabilidad por los daños y perjuicios en caso de evicción de la cosa vendida, a otra ley que podía ser la del lugar del contrato. Este hito abre un cauce de evolución teórica que, según Meijers, duró aproximadamente un siglo antes de traducirse a la práctica. Abierta la posibilidad de que un juez pueda fallar con base en un Derecho distinto al propio, surge inmediatamente la duda de cuáles son los casos en los que esto puede ocurrir. A partir de ahí la pregunta se fue ampliando paulatinamente hasta concretarse en la de cuáles eran los casos en los que los jueces debían aplicar los estatutos de la ciudad a los extranjeros y cuáles eran los casos en los que los jueces debían aplicar estatutos extranjeros en los juicios que se ventilasen ante ellos. Estas son las dos cuestiones a las que va a intentar responder la estatutaria durante seis centurias⁹. Al buscar una solución se recurre a la inspiración que ofrecían las soluciones del Derecho Romano. La glosa de Aldricus resulta un antecedente muy revelador¹⁰, quien había ya pretendido superar los resultados insatisfactorios derivados de la rigurosa aplicación de la *lex fori*, mediante la sugerencia de que el juez debía sentenciar de acuerdo con la mejor de todas las normas jurídicas conectadas con el supuesto de hecho, tomando en cuenta las

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

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

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

exigencias de la justicia y de la equidad. Por consiguiente, su propuesta implicaba el análisis del contenido de las leyes vinculadas con el supuesto de hecho a fin de seleccionar la mejor de todas; y de esta manera admitió expresamente, cuando fuera recomendable, la posible aplicación de una ley extranjera¹¹.

Las corrientes estatutarias que se desarrollan entre los siglos XIV y XVIII, inician una clasificación de las normas basada en las características de su esfera de aplicación. Las construcciones de Bartolo y de Baldo buscan dentro de cada estatuto los índices que les permitan determinar su esfera de aplicabilidad primaria. Se consolida el esquema gestado en las etapas anteriores: hay leyes que rigen en el territorio y se aplican a todos los que en él habitan; hay normas que siguen a las personas y que deben ser respetadas en todos los lugares donde éstas se encuentran y, por otro lado, hay normas que participan de los dos caracteres. Tenemos, un estatuto real, un estatuto mixto¹² y un estatuto personal, cuyos contenidos son muy variables y su determinación muy imprecisa.

El próximo paso histórico podemos situarlo entre el siglo XVI y finales del XVIII y está representado por D'Argentré, Suárez y Huber. El primero abogaría por un cerrado retorno a la territorialidad de las leyes, compensada por un reducidísimo estatuto personal que incluiría únicamente aquellos preceptos que tenían por objeto único o principal, la condición jurídica de las personas. Así, el estatuto real tipo era el que se refería al régimen de los bienes inmuebles, y el estatuto personal tipo era el constituido por las leyes relativas al Estado y capacidad de las personas¹³.

En una línea similar, en la construcción de Francisco Suárez podemos intuir los famosos tres principios de Huber que constituirían los axiomas esenciales en los que se cimentarían las posteriores construcciones del Derecho internacional privado: 1) Las leyes de cada Estado rigen dentro de los límites de su territorio y se aplican a todos los súbditos, pero más allá carecen de cualquier fuerza; 2) Deben considerarse como súbditos del Estado a las personas que se encuentren en él, ya sea de manera estable o temporal; 3) Los Soberanos deben proveer a que las leyes de cada pueblo puedan conservar su operatividad más allá de los límites del territorio, a condición de que por ello ni el Estado y ni sus súbditos se vean afectados en su poder o en sus derechos¹⁴.

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

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

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

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

Las razones de este cambio hay que buscarlas en las modificaciones que se producen en el modelo de Sociedad Internacional. Desaparecida la cobertura de la *Respublica Christiana*, los súbditos de los nuevos Reinos ya no eran sujetos universales de un supraderecho, “*el ius commune*”, que era tan único como único era el Imperio; ahora eran sujetos de unos derechos que regían en unos ámbitos políticos absolutamente autónomos y por ende menos cosmopolitas que los de la cristiandad medieval¹⁵. Si en los inicios lo que preocupaba a los maestros de la estatutaria era el ámbito de eficacia de las normas y no la cualidad foránea del sujeto (como preocupó en los Derechos de la antigüedad), ahora resulta preciso advertir con el mayor énfasis posible que en el Derecho internacional privado de la Sociedad Internacional de Estados independientes, la cualidad extranjera del sujeto cobra una importancia enorme. Desaparecida la cobertura de una superestructura imperial común, los súbditos de otro Soberano resultan radicalmente “extranjeros” a los ojos de otro soberano.

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

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

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el modelo estatutario clásico empieza a experimentar un cierto declive. Poco a poco las construcciones científicas comienzan a explorar otros terrenos, iniciando así una línea evolutiva que encontrará en la escuela alemana de la primera mitad del siglo XIX su expresión más concreta. Autores como Wächter o Schäffner sentarán unas bases de influencia en el continente europeo que servirán de cimientos, junto a la obra de Story, al método propuesto por Savigny¹⁶.

Los principales exponentes de la época fueron Boullenois, Bouhier, y Froland¹⁷. Para el primero, “todos los estatutos son personales o reales; en caso de duda sobre su naturaleza debe presumirse que son reales. Su carácter personal o real debe ser apreciado teniendo en cuenta el objeto directo del estatuto y también la intención cierta del legislador. En principio se reputan personales las leyes que “tienen por primero, principal y dominante objeto, legislar sobre el estado y la condición de las personas”¹⁸, dividiendo éstas en universales y particulares, según que sigan a las personas de una manera general, para todos los actos de la vida civil,

¹⁵ *Ibid.*, p. 33.

¹⁶ *Ibid.*, p. 37.

¹⁷ Romero Del Prado, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 406 ss.

¹⁸ *Idem.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ *Ibid.*, pp. 416 ss.

²⁰ Schäffner citado por Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., p. 40.

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

En líneas generales, esta síntesis concreta la posición de Wächter. Su construcción puede esquematizarse en torno a los tres principios básicos que se han ido esbozando: 1) el juez debe aplicar a un conflicto de leyes la solución prevista por su legislador; 2) en defecto de ley, entendida en un sentido amplio, el juez determinará el derecho aplicable en atención al espíritu y finalidad de su propio ordenamiento; 3) si este análisis no ofreciese resultado, se aplicará la ley del foro²¹.

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

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

Él plantea,

El Derecho romano actual, ya definido (§ I), tiene una gran analogía con el Derecho común alemán. Este derecho se refiere a la constitución política de la Alemania, cuyas diversas partes estaban reunidas bajo la dominación imperial, y cada Estado obedecía a un poder doble, bajo cuya influencia se desenvolvía un doble derecho positivo: el derecho territorial y el *derecho común*. Así pues, esta obra, que trata del Derecho romano actual, podría, con algunas adiciones, ofrecerse como el Derecho común de Alemania²².

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

²¹ Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., p. 42.

²² Savigny, Federico Carlos de, *Fuentes del Derecho romano actual*, capítulo I, § II, *Derecho común de Alemania*, citado por Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 11 ss.

domiciliaria; en materia de derechos reales, por la *lex rei sitae*, y en materia contractual por la ley del lugar del cumplimiento de la obligación²³.

El jurista alemán aceptó que el Juez tenía obligación de obedecer las reglas sancionadas por su propio legislador para decidir los casos contentivos de elementos extranjeros, a pesar de que personalmente pudiera no estar de acuerdo con la solución legal; examina las cuestiones no decididas en forma expresa, que constituían la hipótesis normal en la época, por cuanto ninguna legislación nacional había regulado toda la materia, en particular el derecho consuetudinario alemán; y las escasas normas escritas de Derecho internacional privado existentes estaban inspiradas por la doctrina de los estatutarios, que era una teoría incompleta e insuficiente para resolver los problemas derivados de los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos. Aconsejó tomar en cuenta los principios generales del Derecho, como habían sido establecidos por la doctrina jurídica. Su punto de partida no eran las normas jurídicas para determinar su ámbito de aplicación, sino las relaciones jurídicas²⁴.

Savigny sostuvo la necesidad de analizar la naturaleza de cada relación jurídica para establecer su asiento (*Sitz*) territorial, este asiento indica la ley aplicable y tal designación debe ser aceptada en todas partes como la única manera de cumplir el deber de aplicar Derecho extranjero, impuesto a los países europeos por la existencia de “una comunidad internacional de naciones que tienen relaciones recíprocas”, con fundamento en el Derecho Romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua²⁵. Sin embargo, admitió excepciones a esa obligación: cuando la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero contradice reglas del *forum* que tienen un carácter imperativo, y los casos en los cuales el Derecho extranjero consagra instituciones jurídicas desconocidas para la *lex fori*²⁶.

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

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

²³ Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual* (trad. J. Mesía y M. Poley), Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1879, Tomo V, pp. 128 ss.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibid.*, pp. 139-140.

²⁶ *Ibid.*, pp. 142-143.

²⁷ B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 355.

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

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

Con Savigny se inicia la era del método científico para la solución de casos con elementos extranjeros y, con ello, la creación del Derecho internacional privado científico con enfoque universalista y cosmopolita²⁸.

B. Introducción a las nuevas construcciones doctrinales

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

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

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

Dos han sido los métodos básicos que han predominado en la doctrina contemporánea: el método unilateral y el método bilateral o multilateral. En Europa continental del oeste ha sido este último el que ha inspirado la mayor parte de las soluciones positivas actuales, desplazando gradualmente al unilateral que fue el que se impuso cronológicamente en los textos de la codificación. Aunque no puede negarse ciertos brotes coyunturales del protagonismo de este último, tanto en la doctrina como en la legislación, ni que ha llegado a consolidar un juego parcial en la reglamentación del tráfico externo actual, el papel preponderante del método multilateral, que surgió con una fuerza dinámica muy notable a partir de la obra de Savigny y de su desarrollo por C. L. von Bar, resulta innegable²⁹.

²⁸ *Idem*.

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

El método unilateral es heredero innegable de la estatutaria. Cada norma tiene una esfera de eficacia determinada; si una de ellas incluye el supuesto considerado dentro de su ámbito de aplicación debe aplicarse. En el caso de que concurrieran varias con vocación para regularlo, basta con unos sencillos principios para resolver la duda sobre cuál debe regirlo (por ejemplo, el de la primacía del estatuto real sobre el personal). Este es el esquema de base estatutario. Si el método preconizado por los estatutarios no ha cambiado en lo esencial, ha evolucionado ampliamente y no solamente en lo accesorio. Ha experimentado transformaciones por ser un sistema jurídico obligado a servir a una sociedad que está en constante evolución, pero estas transformaciones, consecuencia de una mayor profundización en el conocimiento del Derecho internacional privado, no han supuesto nunca una alteración en la primitiva estructura del sistema³⁰. El método unilateral moderno opera sobre otros parámetros. Vamos a intentar sintetizarlo en sus rasgos generales, la técnica consiste en retener determinadas instituciones de derecho y establecer los casos en los que tienen que ser aplicadas a los supuestos de tráfico externo.

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

Las diferencias entre el método unilateral puro y el bilateral perfecto son claras en cuanto al punto de partida. El primero tiene por objeto fijar la esfera de eficacia espacial del ordenamiento, y el segundo establecer el Derecho aplicable a las distintas relaciones privadas internacionales. Sin embargo, no han sido tan diferentes en muchas manifestaciones de su utilización a lo largo de la historia reciente. El gran aporte de Savigny, radica en la idea de localización, como alternativa al método basado en el análisis de la esfera de eficacia espacial de las normas. Se trata de buscar en la relación de derecho las razones que conducen a la aplicación de un determinado sistema y no en buscar en el sistema las razones que determinan o no su aplicación al caso³¹.

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

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

³⁰ Ferrer-Correia, Antonio, *¿Nuevos rumbos para el Derecho internacional privado?*, Valladolid, Universidad de Valladolid, Cuadernos de la Cátedra "F. B. Scott", 1978, p. 5.

³¹ Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., pp. 64 ss.

como capacidad, contratos o responsabilidad, para analizar los elementos que la componen; se sopesa la importancia relativa de cada uno de ellos en el contexto de la relación estudiada y se procede a identificar cuál es el factor clave de la estructura de la institución. Una vez realizado esto, el legislador convierte a ese componente en punto de conexión³², lo que le permitirá al intérprete jurídico atribuir la regulación de ese supuesto al sistema en el que se realice tal elemento.

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

La doctrina tradicional del Derecho internacional privado sufrió el embate, a lo largo del siglo pasado, de dos grandes críticas³³:

1) La primera consistió en una reacción contra el positivismo legalista y el nacionalismo que el movimiento codificador del ochocientos generó y que destacaron en Europa durante una buena parte del siglo XX. El Estado es la fuente de todas las normas de conflicto; incluso aquellas que hayan sido establecidas por convenios o tratados internacionales³⁴. La ley interna es por tanto la fuente de todo el Derecho internacional privado, con excepción de los preceptos de origen internacional. Esta teoría inevitablemente desembocaba en una práctica opuesta a la verdadera esencia del Derecho internacional privado, pues éste tiene por objeto proveer a la reglamentación de las situaciones jurídicas plurilocalizadas, que se encuentran en una situación de particular inestabilidad. Surge así, la necesidad de valoración de tales relaciones por parte de los diversos sistemas interesados; de tal forma que la ley que resulte aplicable en un Estado, a determinada especie jurídica, lo sea también en los distintos países con ella vinculados³⁵.

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

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

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

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

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

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

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

...procúrese la ley que sea más apropiada para regular el sector o materia jurídica que se contempla. Más apropiada, se entiende, no ciertamente en función de su contenido, de la mayor justicia de sus preceptos materiales, sino sólo en virtud de su *posición espacial* relativamente a las situaciones de vida a regular. Supone esto decir que no se trata propiamente de encontrar la ley *mejor*, sino tan sólo la que *mejor situada* estuviere para intervenir, bien en razón de la localización de los propios hechos, bien de la relación que la vincula a las *personas* a que los hechos se refieren. El problema del DIP no es un problema de derecho material³⁷ (cursivas en el original).

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

2. Revolución metodológica norteamericana

Es en Estados Unidos donde se produce la más agresiva discusión, a pesar de que el método bilateral también era reconocido como un axioma³⁸. La tesis de los derechos adquiridos sostenida por Story, Dicey y Beale³⁹, no era menos dogmática que la teoría savignyana de la sede de las relaciones jurídicas. Consideraciones de orden práctico, como que las normas de Derecho internacional privado debían determinar los casos de aplicación de la propia ley y

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

³⁷ *Ibid.*, p. 16.

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

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

también aquellos sometidos a una legislación extranjera, no sólo para garantizar certidumbre y predictibilidad sino también para facilitar la tarea de los tribunales al decidir los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos, se hicieron sentir en Estados Unidos a comienzos del siglo XX, y el *Primer Restatement del American Law Institute*⁴⁰ estuvo compuesto de normas bilaterales, que proclamaban el principio de la territorialidad de la ley y el reconocimiento de los derechos legítimamente adquiridos, en base a las ideas de Beale, relator de la Comisión encargada de realizar el trabajo. Este *Restatement* apareció en la época del “realismo jurídico” americano, un movimiento jurisprudencial cuyos adherentes veían poca utilidad en meditaciones doctrinales sobre derechos adquiridos, sistemas conceptualistas, y reglas mecánicas⁴¹.

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

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

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

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

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

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

interests approach”, de Brainerd Currie; y la doctrina de “la ley adecuada ante el Tribunal adecuado”, “*a proper law in a proper forum approach*”, de Albert A. Ehrenzweig⁴³.

Al entender de Cavers⁴⁴, el método clásico utilizado para decidir casos con elementos extranjeros, funciona en forma mecánica al no considerar las circunstancias particulares de la situación, los requerimientos de la justicia y las expectativas de las partes, pues sus normas se limitan a seleccionar una legislación sin tomar en cuenta el contenido de los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho. Sugirió un método alternativo para sustituir el sistema tradicional, el tribunal debe examinar todos los hechos del caso con mucho cuidado, y evaluar los resultados producidos por la aplicación de las reglas de los varios ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho, a fin de realizar la escogencia tomando en cuenta las circunstancias particulares de la controversia, para que se haga justicia a las partes y al mismo tiempo, realizar los objetivos sociales perseguidos por las normas sustantivas. La persistente insistencia en la previa valoración de las normas materiales en conflicto, ha conducido a calificar el procedimiento propuesto como un “método de selección de resultados”, “*result-selectiv-method*”.

Como vemos, las críticas de Cavers no se dirigen al planteamiento hecho del problema por el método clásico sino a la manera de resolverlo, su sistema también pretende efectuar una escogencia, pero no entre sistemas de Derecho sobre la base de factores de conexión abstractos, sino entre normas materiales, con vista de los resultados de su aplicación en el caso concreto⁴⁵. Este método propuesto en su famoso artículo de 1933, sólo puede ser utilizado por el Juez a quien corresponderá realizar la justicia material del caso concreto, con vista de sus circunstancias particulares y de los objetivos de política social perseguidos por las normas materiales en conflicto. A su entender el nuevo método permitiría estructurar un sistema de normas derivadas de la experiencia judicial y del examen de los problemas por los especialistas de las Universidades. Sin embargo, previene contra el posible funcionamiento mecánico de las reglas, así establecidas, para resolver futuras controversias sin un detenido examen individual de las circunstancias del caso concreto.

Una segunda etapa del pensamiento de Cavers se inicia en 1965⁴⁶. La nueva presentación de su doctrina representa un retroceso en la rigidez de su actitud originaria. Por una parte

⁴³ Para-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado Norteamericano... ob. cit., p. 257.

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

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

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

admite la dificultad de alcanzar soluciones justas a través del análisis del contenido y de los propósitos de las normas materiales en conflicto; y por la otra, acepta los inconvenientes y peligros derivados del casuismo llevado a sus últimos extremos. De esta manera, nacieron los “principios de preferencia” (“*preferente principles*”), principios que difieren básicamente de las normas de conflicto en sentido clásico, pero que recuerdan el estilo utilizado en el *Restatement*. En efecto, no cubren la totalidad de la vida jurídica, y ni siquiera pretendieron regular en forma exhaustiva los sectores escogidos por Cavers, a saber: la responsabilidad delictual, los contratos y la transmisión de la propiedad. Sólo persiguen recoger directrices de conducta con el objeto de ayudar a los jueces en la difícil tarea de resolver las controversias concretas sometidas a su conocimiento⁴⁷. El recurso a estos principios de preferencia sólo es posible en las controversias dificultosas, cuando han fracasado las técnicas convencionales para su solución; no es posible recurrir a ellos si el asunto se encuentra decidido por una norma material del foro, ni en presencia de un falso conflicto. En otro sentido, tampoco eliminan la necesidad de evaluar las normas materiales en conflicto para hacer la selección definitiva.

Vemos como la similitud de la nueva fórmula con el método clásico resulta notoria cuando se observa que la selección provisoria de las legislaciones vinculadas con el supuesto de hecho, realizada por los principios de preferencia, se produce a través de criterios análogos a los utilizados por las normas de tipo tradicional⁴⁸.

La predominante aplicación de la *lex fori* encuentra uno de sus más fervientes defensores en Brainerd Currie⁴⁹, quien propuso un nuevo método radical, el llamado “análisis de los intereses gubernamentales”. Esta nueva metodología parte de la investigación de la finalidad perseguida por las normas materiales vinculadas con la controversia, labor nada fácil porque rara vez se encuentra declarada en forma clara y expresa por el legislador. Una vez precisada la finalidad legislativa de la norma, debe investigarse si existe algún interés estatal (“*governmental interest*”) en su aplicación a la controversia, cuestión que corresponde al intérprete de la norma determinar.

El examen de los intereses en presencia permite eliminar numerosos problemas aparentes cuya solución ha preocupado a jueces y especialistas⁵⁰: ocurre así cuando uno sólo de los Estados tiene interés en aplicar sus normas materiales a la controversia, en este supuesto estaríamos en presencia de un “falso conflicto”, pues el asunto se resolvería en base a la ley de ese Estado y se garantizaría la uniformidad internacional de las soluciones; sin embargo, resulta posible que ninguno de los Estados vinculados con el supuesto de hecho tenga interés en la

⁴⁷ Madrid Martínez, Claudia, Nuevas perspectivas para el Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.) *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho...*, ob. cit., Tomo I, pp. 453 ss.

⁴⁸ Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano..., ob. cit., p. 266.

⁴⁹ Su doctrina se desenvuelve en dos etapas sucesivas: una primera representada por su artículo *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*, publicado en 1959, y la segunda se inicia en 1963 con la publicación de *The Desinterested Third State*.

⁵⁰ Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano..., ob. cit., pp. 272 ss.

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

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

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

La crítica fundamental a la doctrina del análisis de los intereses radica en la dificultad de determinar las finalidades perseguidas por el legislador en sus diversas normas, pues no aparece claramente determinada en la mayoría de los casos, debiendo ser descubierta por el intérprete. Y además, toda la crítica hecha por Currie al método clásico fracasa en sus propósitos, porque con el transcurso del tiempo el funcionamiento del sistema de los precedentes transformará en normas de conflicto bilaterales las decisiones judiciales fundadas en el análisis de los intereses gubernamentales⁵¹.

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

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

las de contratos, hechos ilícitos y otras más elaboradas para su utilización en el campo del Derecho interno; b) las reglas establecidas con el propósito de resolver “problemas sin conflicto”, es decir, cuando ninguna de las partes ha pedido la aplicación de una ley extranjera y ésta tampoco es declarada competente *ex officio* por el juez; c) las normas que expresan “falsa doctrina”, por cuanto el asunto concreto no es resuelto en definitiva por la ley extranjera declarada competente por ellas, sino por la *lex fori*, gracias a un artificio de la técnica jurídica: calificación, reenvío, orden público, cuestión preliminar⁵².

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

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

⁵² Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado... , ob. cit., p. 287.

⁵³ Kegel, Gerhard, The crisis of conflict of laws, en: *Recueil des Cours*, 1964 II, Tomo 112, p. 215.

Estado cuya ley decide la cuestión principal (la sucesión). La solución independiente de la cuestión preliminar se referiría a la norma de conflicto del foro que responde a la pregunta qué ley aplica a la cuestión preliminar⁵⁴.

La segunda etapa de la doctrina de Ehrenzweig se manifiesta cuando la *lex fori* carece de una “verdadera regla” de Derecho internacional privado, en estas hipótesis se puede obtener la solución del litigio a través de un examen interpretativo de sus preceptos materiales, con el objeto de determinar su vigencia en el espacio. La tercera etapa de la doctrina, se plantea cuando el análisis de la norma material del foro, cuyo desplazamiento se pretende por alguna de las partes, conduce a declararla inaplicable, en esta hipótesis “bifocal” de la respectiva regla del foro puede permitir el señalamiento de una ley distinta de la propia para resolver la controversia. En estas situaciones la única directriz a seguir es la finalidad perseguida por el foro: si éste lo requiere el asunto se decidirá conforme a la ley extranjera, por el contrario, el mandato contenido en la norma extranjera carece de importancia cuando así lo exija la “*policy*” del foro. La última etapa de la doctrina ocurre, cuando la interpretación de los propósitos perseguidos por el foro, no conducen a declarar aplicable una norma extranjera, en estas hipótesis es necesario acudir a la *lex fori*, en su carácter de *basic rule* o *residuary rule*, conforme a su última terminología⁵⁵.

La “*policy*” de la *lex fori* reviste una importancia predominante en el sistema de Ehrenzweig, por una parte determina cuándo sus normas materiales deben regular supuestos de hecho con elementos de extranjería, no obstante haber sido consagradas para resolver sólo controversias de carácter interno; por la otra, suministra las reglas formuladas expresamente, legislativas o judiciales, y también permite deducir otras normas “verdaderas”, aun cuando no se encuentren consagradas en términos categóricos; y en última instancia, funciona como “*residuary rule*” ante la necesidad de resolver el litigio⁵⁶.

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

A finales de los años cincuenta, se compartía la opinión de abandonar el Primer *Restatement*, y al respecto se discutieron diversas metodologías: Willis Reese⁵⁸ abogaba por la retención de un enfoque bilateralista, prefería las normas multilaterales concebidas con la flexible fórmula de la “relación más significativa”, un *proper law approach*, en base a la agrupación de

⁵⁴ *Ibid.*, p. 216.

⁵⁵ Parra-Aranguren, Recientes tendencias en el Derecho internacional privado norteamericano..., ob. cit., pp. 288-290.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 290.

⁵⁷ Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 235.

⁵⁸ *Reporter* del segundo *Restatement* publicado en 1971.

contactos; un enfoque unilateralista que trata de deducir el alcance espacial de las normas materiales del interés del Estado en la realización de su política legislativa, “análisis de intereses gubernamentales”; un enfoque teleológico que toma en cuenta el contenido de las normas materiales en conflicto; y, por último, un enfoque ecléctico, que combina dos o más de los tres enfoques básicos. Como resultado de ello el Segundo *Restatement* se convirtió en una mixtura de enfoques discordantes. Aunque no evita totalmente los puntos de conexión de tipo tradicional, sus notas explicativas son considerablemente más concretas que las de los genéricos preceptos del Primer *Restatement*. El principio del último hecho, propugnado por Beale, dejó de ser el dominante y la mayoría de las nuevas reglas hacen una selección tentativa del Derecho aplicable. El norte del Segundo *Restatement* es la “conexión más significativa”. Dos de las consideraciones (o “factores” como los llama) que influyen en la selección del Derecho rinden homenaje a Currie: el factor (b) se refiere a “las políticas legislativas relevantes del foro”, y el factor (c) a “las políticas legislativas de otros Estados interesados y los intereses relativos de esos Estados en la determinación de la cuestión concreta”. La influencia de Cavers, Currie, Morris y otros autores modernos se hace también evidente en el rechazo de la “selección del ordenamiento”: en vez de someter una entera controversia a un mismo Derecho, el Segundo *Restatement* exige un análisis separado de cada cuestión que presenta una transacción multinacional⁵⁹.

Las expresiones “intereses”, “políticas”, “conexión más significativa” y “consideraciones que influyen en la elección” han devenido parte integrante del vocabulario conflictual norteamericano. Sin embargo, la revolución no ha tenido tanto éxito, a pesar de la aceptación general de la nueva doctrina, muchos jueces y autores norteamericanos son, por diversas razones, críticos con respecto a las tendencias actuales⁶⁰ y, concuerdan en el otorgamiento de una gran discrecionalidad a los tribunales, con el inevitable impacto sobre la certidumbre y la predictibilidad de los resultados. Sin duda alguna, los criterios sugeridos por los “escritores de la revolución” pueden ser y efectivamente han sido manipulados por los tribunales, en muchas oportunidades, con el único propósito de aplicar la *lex fortis*⁶¹. Al decir de Juenger, “el fermento no produjo en los Estados Unidos nada verdaderamente nuevo”⁶², el enfoque del Derecho apropiado se remonta a la hipótesis de Savigny de la “sede” de las relaciones jurídicas; el análisis de intereses, por su parte, permanece “dentro del marco del pensamiento estatutario”⁶³.

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

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

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

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

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

El favorecimiento de la *lex fori*, la profundización sólo en escasas áreas del Derecho, la falta de concreción en los conceptos y la ausencia de acuerdo y lógica en las respuestas dadas por las soluciones planteadas en la revolución metodológica norteamericana, contribuyeron a la aparición de un movimiento disidente que estuvo caracterizado por la ausencia de un proceso unitario, pues convivieron posiciones doctrinales radicalmente opuestas que en ocasiones recuerdan tesis sostenidas con anterioridad. Se han concentrado en torno a puntos muy concretos, como son el rechazo absoluto a la *lex fori*, la necesidad de contar con guías que aseguren la certeza y previsibilidad del resultado y el abandono definitivo de los postulados del *legal realism*, dándose un cambio de perspectiva a favor del individuo⁶⁴.

Podemos concluir que en el desarrollo del conflicto de leyes en Estados Unidos, a pesar de las múltiples críticas fundadas de que pueden ser objeto, las únicas dos tesis consistentes fueron las expuestas por Cavers y Currie. Sin embargo, ninguno de sus atacantes fue capaz de aportar una alternativa universalmente aceptada, capaz de desplazarlo; sin embargo, semejantes críticas han conducido a una muy beneficiosa revisión del mismo⁶⁵. La revolución americana ha dejado huellas indiscutibles en el continente europeo, por ejemplo, en Austria, la República Federal Alemana, los Países Bajos, Suiza y los Países Escandinavos⁶⁶.

La responsabilidad extracontractual ha sido el principal campo de batalla de la “revolución conflictual” norteamericana, aun cuando la mayoría de los académicos creen, y algunas sentencias sugieren, que los novedosos enfoques son aplicables en forma general, algunas materias continúan más o menos inafectadas por los métodos vanguardistas. Por ejemplo, en materia de contratación, rige la autonomía de la voluntad, la mayoría de los contratos se cumplen y la gran mayoría de las disputas que surgen se resuelven a través del arbitraje; en materia de derechos reales todavía rige la regla de “*lex rei sitae*” en el conflicto de leyes; y, en materia sucesoral, la revolución conflictual no ha tenido casi efecto. La “revolución conflictual” en Estados Unidos de Norteamérica está en gran medida restringida a la responsabilidad civil⁶⁷.

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

⁶⁵ *Ibid.*, p. 207.

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

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

3. Los sistemas continentales

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

Vemos entonces, que en la actualidad ni la perspectiva americana, teniendo en cuenta los últimos trabajos de Cavers y la orientación del Segundo *Restatement*, se encuentra adherida de manera radical a una idea de elección de ley en función del resultado, ni tampoco la doctrina europea actual rehúsa tomar en consideración las exigencias de justicia material y el contenido y objeto de las normas a aplicar. El legislador se encuentra movido por el propósito de preservar la validez y eficacia de un negocio jurídico, creando para ello una norma de conexión múltiple alternativa, prevaleciendo en cada caso la conexión que permita alcanzar el resultado pretendido⁶⁹; se trata de reglas de conflicto que conducen a la elección de ley en función de un cierto resultado jurídico material. Lo mismo puede decirse de la orientación, conforme a la cual la norma de una ley declarada competente es preferida por otra ley, si ante la primera el negocio jurídico fuese declarado inválido y válido frente a la segunda, la norma que da validez al negocio desaplica a la que le invalidaría.

El contenido y objeto de los preceptos jurídico-materiales es también, elemento determinante en el momento de aplicación de las reglas de conflicto, y aquí juega papel fundamental la calificación y la adaptación, pues es a través de estas dos instituciones que se procura ajustar o adaptar el contenido del precepto material de una determinada legislación a una situación en él no prevista, comparando los contenidos de las normas de conflicto y operando en una de ellas la modificación apropiada⁷⁰.

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

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

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

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

de un grado de certeza o previsibilidad, los sistemas europeos han cedido ante la necesidad de flexibilizar sus normas sobre Derecho aplicable, sin dejar de lado la necesidad de codificación⁷¹.

En Europa los tribunales se han valido de la interpretación, la calificación y otras figuras, para dotar sus sistemas de flexibilidad; la jurisprudencia de intereses constituyó un importante desarrollo en la filosofía conflictual alemana, pues a través de esta técnica el tribunal determina el Derecho aplicable (justicia formal) y luego llega, con su aplicación, a una solución justa del caso concreto (justicia material). La justicia material es un objetivo de las normas de conflicto, especialmente en las que son consideradas como materialmente orientadas, bien sea en su modalidad de disposiciones con conexiones subsidiarias o aquéllas que imponen al juez la búsqueda del mejor Derecho, incluyendo dentro de éstas las normas con conexiones alternativas. Este objetivo del Derecho internacional privado contemporáneo, está presente tanto en los sistemas del *Common Law* como en el sistema continental⁷².

Una diferencia que ha sido superada entre ambos sistemas, tiene que ver con el fraccionamiento o *dépeçage*. Mientras el mito de la ley única se arraigó en la tradición básica del conflictualismo, las conexiones angloamericanas modernas son *issue by issue oriented*, con lo cual es inexorable el fraccionamiento de la relación jurídica en lo que tiene que ver con el Derecho aplicable. Esta figura ha cobrado en los sistemas continentales gran importancia y ha sido consagrada en las diferentes legislaciones⁷³.

Asimismo, debemos destacar la similitud entre el concepto de los *vínculos más estrechos* (*closest connection*), característico del sistema continental y el concepto *the most significant relationship*, conexión nacida de los sistemas del *Common Law*. La forma de determinar el Derecho aplicable con el cual la relación contractual presenta los vínculos más estrechos, tiene distintos matices pero se mantiene la esencia del principio. La diferencia entre ambas conexiones radica en el método utilizado para la determinación del Derecho aplicable y, el mismo dependerá del principio que orienta unos y otros sistemas: previsibilidad o flexibilidad⁷⁴.

C. Una aproximación al nuevo Derecho internacional privado

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

⁷¹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 219.

⁷² *Ibid.*, pp. 219-220; Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit. pp. 187 ss.

⁷³ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 222.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 220; Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 270-271.

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

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

Los sistemas del *Civil Law*, sin abandonar la clásica raíz savignyana, han adoptado ciertos correctivos entre los cuales es necesario resaltar la transformación de la norma de conflicto. Hoy día se acepta que la norma indirecta es necesaria para dar solución a los supuestos de hecho con elementos de extranjería, sin embargo, debe revestir ciertas características que permitan al juez, no sólo determinar el Derecho aplicable sino también la posibilidad de aplicar idóneamente el ordenamiento jurídico que resulte seleccionado, de manera de dar una solución justa al caso concreto. Se intenta depurar a la norma de conflicto de sus componentes mecanicistas, bien sea orientando materialmente sus resultados, bien flexibilizando la localización, o bien dotándola de los correctivos necesarios para conseguir de ella una mejor capacidad de respuesta. Así, flexibilización, especialización y materialización son los caracteres que debe poseer una norma de conflicto⁷⁵.

La exclusividad del método conflictual parece haberse visto resquebrajada y sustituida por la coexistencia con otros métodos de regulación del tráfico externo. Nos referimos al procedimiento de regulación por medio de normas materiales de Derecho internacional privado y al de normas de aplicación necesaria. La posibilidad de aplicar las normas imperativas extranjeras y el carácter valorativo de las instituciones generales del Derecho internacional privado, incluyendo el orden público y el reenvío, instituciones que tradicionalmente se han calificado como negativas, contribuyen en la actualidad a la consecución de una solución equitativa⁷⁶.

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

⁷⁵ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 210.

⁷⁶ *Idem*.

mecánico mediante la consagración de factores de conexión elásticos y flexibles, en lugar de rígidos e invariables. Por otra parte, en las codificaciones modernas se muestra una clara preferencia por las normas de conflicto bilaterales de corte clásico, aun cuando consagran reglas dirigidas a la obtención de ciertos resultados, promoviendo la certidumbre y la seguridad en las soluciones, a fin de garantizar las legítimas expectativas de las partes; pero, al mismo tiempo, suelen consagrar una “cláusula de escape”, cuya importancia varía en los países y cuya formulación depende de los objetivos específicos perseguidos a este respecto por cada legislación⁷⁷. El principio de proximidad, teorizado por Lagarde como la respuesta europea al *défi* americano, constituye uno de los intentos más serios de corrección⁷⁸.

Actualmente se hace referencia a un *neoflictualismo*, tendencia seguida por autores europeos, que puede describirse a través de cuatro datos: El primero, se basa en un ataque a los métodos propuestos en el seno del conflicto de leyes estadounidense, los cuales enfocados en sustituir la norma de conflicto, resultan bastante complicados en la práctica. El segundo, critica el pluralismo metodológico europeo, el cual disminuye la previsibilidad de resultados y complica la tarea del legislador. En tercer lugar, se rescató la tarea de la norma de conflicto, porque si bien tiene una tendencia natural hacia la simple localización geográfica del supuesto, no ha estado absolutamente de espaldas a los resultados materiales. Y por último, se estableció que la norma de conflicto puede atender a los resultados materiales sin cambiar totalmente su estructura. Se concluye de esta forma, que lo que es verdaderamente necesario es “adaptar” la norma de conflicto de manera de obtener por medio de ella, resultados materiales justos y seguridad jurídica⁷⁹.

No hay duda de que aún persisten grandes dilemas que deberían resolverse. Estos dilemas se plantean⁸⁰:

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

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

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

⁷⁷ Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 238.

⁷⁸ García Velasco, Inocencio, *Derecho internacional privado (Reflexiones introductorias)*, Salamanca, Librería Cervantes, 1994, p. 71.

⁷⁹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 214-215.

⁸⁰ B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 379 ss.

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

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

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

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

El fenómeno de la globalización que supone un intercambio intenso de bienes, servicios, personas y que exige unificación de normas materiales así como, en su defecto, las adecuadas regulaciones en materia conflictual. Un mundo caracterizado por el incremento de las relaciones privadas multinacionales, de la información, digitalización, desafíos tecnológicos que dificultan la localización geográfica de los supuestos, requieren de la adaptación de nuestra disciplina a estos cambios. Los derechos morales, la protección de la vida privada y los derechos de autor, están siendo objeto de una creciente atención por parte de jueces y legisladores. Esta tendencia a reconocer los derechos de los individuos, a reafirmar la importancia de la continuidad de las relaciones humanas a través de las fronteras jurídicas, tiene sus repercusiones en el Derecho internacional privado⁸¹. Esta disciplina encierra en sí misma los resortes con los que se pretende corregirla, sólo se requiere analizarla y profundizar en sus planteamientos con una actitud abierta. En palabras de la profesora Maekelt: “¿se ha adaptado nuestra disciplina a este nuevo mundo que vivimos ahora? Probablemente no en su totalidad. Pero sí en una buena parte y éste es el mérito de los juristas encargados del proceso de transición y de adaptación”⁸².

II. Calificaciones

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

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

⁸¹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 225.

⁸² B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 379.

con el silencio de los antiguos tratados y manuales. Pillet en su obra⁸³ advertía que los conflictos de calificación “son absolutamente raros y poco importantes”⁸⁴, sin embargo, en el manual hecho en colaboración con Niboyet señala:

si nunca se perdiese de vista que la solución de un conflicto de leyes implica previamente la solución de un conflicto de calificaciones, para resolver el cual habrá que recurrir a la *lex fori*, es indudable que se aclararía y simplificaría considerablemente el Derecho internacional privado, a nuestro juicio, los conflictos de calificación son incluso más importantes a la hora actual que los conflictos de leyes propiamente dichos⁸⁵.

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

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

⁸³ *Principes de Droit international privé*, 1903.

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

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

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

nacionalizar las situaciones privadas internacionales, puesto que normalmente se trata de aplicar disposiciones igualmente aplicables a situaciones de tráfico interno⁸⁷.

El carácter neutral podía obviarse en la fase de aplicación a través de diversos instrumentos, entre ellos la calificación. Si partimos del hecho de que la calificación es una operación previa a la designación y consecuente aplicación del Derecho extranjero, no cabe duda de que el intérprete, conoce las consecuencias materiales de su decisión; la elección de una u otra norma de conflicto con base en la calificación, y la aplicación de un Derecho material concreto, puede hallarse mediatizada por el resultado previsible de la aplicación de una u otra norma de conflicto, vale decir, de una u otra calificación. La calificación en consecuencia puede ser un instrumento tanto de flexibilidad como de orientación material de las normas de conflicto⁸⁸.

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

Por ejemplo, el artículo 27 del Código Civil venezolano define lo que debe entenderse por domicilio en todos aquellos supuestos de hecho donde no hay elementos de extranjería, pero cuando se trata de supuestos en los cuales sí estén presentes estos elementos, el problema de interpretación de ese vocablo es mucho más intrincado, puesto que el Derecho internacional privado, se enfrenta con los Derechos civiles de varios ordenamientos jurídicos que difieren entre sí al definir tal concepto⁹¹.

Toda norma de conflicto será definida en primer lugar, y como es natural, por el orden jurídico del que forma parte, pero el verdadero problema consiste en saber a qué ordenamiento jurídico acudiremos como último refugio. La definición de un término consiste en la indicación de los objetos a que se hace referencia, y que no es suficiente, ofrecer una enumeración de notas abstractas. Es decir, la definición debe inspirarse en la extensión y no en el llamado contenido del concepto⁹².

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

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

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

⁹⁰ *Ibid.*, p. 242.

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

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

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

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

Recae sobre conceptos jurídicos y no sobre hechos, y sobre conceptos jurídicos que pueden ser externos al ordenamiento jurídico del foro y éstos pueden ser muy amplios⁹⁵, lo que conlleva a dificultades de interpretación mayor. Para aminorar estas dificultades se pueden introducir en el mismo supuesto conceptos que no se encuentran en el ordenamiento jurídico al cual pertenece la norma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Nociones preliminares

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

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

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

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

sucesión, adopción, tutela, legitimación, legitimidad, etc. Estas reglas utilizan en principio términos jurídicos tomados del Derecho civil interno, como por ejemplo el matrimonio, el divorcio, el régimen matrimonial o las sucesiones, los legisladores le dan generalmente, el mismo contenido a los términos jurídicos de Derecho civil. Las divisiones del Derecho interno pueden pues, ser así utilizadas para interpretar las reglas de Derecho internacional privado⁹⁸. Por ello, la incidencia del Derecho comparado se hace sentir sobre la interpretación de las reglas de conflicto.

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

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

Desde un punto de vista histórico, la cuestión de la calificación¹⁰⁰ ha sido uno de los primeros problemas técnicos del proceso de aplicación de la regla de conflicto de los que la jurisprudencia y la doctrina tomaron conciencia, ya que surgió como consecuencia de la diversidad y pluralidad de ordenamientos jurídicos y en función de las características intrínsecas del método conflictual. Surge cuando la doctrina puso de relieve la existencia de colisiones entre los conceptos, al ser diferente la connotación semántica de los términos legales en los diversos sistemas jurídicos, y el problema de las calificaciones expresa las consecuencias de ese particularismo de los conceptos jurídicos¹⁰¹. Aún si las normas de conflicto fuesen idénticas o estuviesen unificadas, surgiría la colisión en función de la diversidad del lenguaje jurídico: por ejemplo, el carácter laico o religioso del matrimonio daría lugar al problema de calificación, ya que si el ordenamiento jurídico de un Estado lo considera como una cuestión de forma, la celebración del matrimonio estaría regida por la ley del lugar de celebración¹⁰², mientras que si

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

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

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

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

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

lo consideran como cuestión de fondo, de capacidad, estará regulada por la ley personal¹⁰³ de los contrayentes, dependiendo del factor de conexión adoptado por el sistema jurídico en cuestión.

A pesar de que el movimiento codificador se inicia hacia el fin del siglo XVIII, y aunque podamos encontrar, en la práctica y comentarios antiguos, vestigios de solución de conflictos de calificaciones, el problema no se descubre sino un siglo más tarde, entre 1891 y 1897¹⁰⁴.

Franz Kahn planteó el problema de las calificaciones, sin llamarlo así, en 1891, al tratarlas de manera incidental. Él analiza un caso de jurisprudencia que tuvo que conocer el *Reichsgericht*, sobre una demanda de revisión relativa al pago de una letra de cambio suscrita en los Estados Unidos y sometida al *Common Law* es reclamado a una persona domiciliada en Alemania ante un tribunal de este país. El demandado opone la prescripción. El problema de conflicto de leyes tiene como objeto la elección de la ley aplicable al derecho a invocar esta excepción. La ley americana rige la obligación en cuanto al fondo, la ley alemana regula el procedimiento. Según el *Reichsgericht*, hay un conflicto entre la concepción alemana, y la concepción americana de la prescripción extintiva. Para la primera, esta institución tiene como efecto extinguir la propia obligación; para la segunda, es una simple excepción de procedimiento. Se produce así la siguiente laguna, el juez alemán no puede aplicar ni la ley americana, que solo conoce una excepción de procedimiento inaplicable por un tribunal alemán, ni la ley alemana, cuyas normas de procedimiento ignoran tal excepción. De ahí que el *Reichsgericht* rechazara la excepción invocada por el demandado¹⁰⁵.

Kahn propone una solución próxima a la calificación *lex fori*, de manera que, aplicando sus normas de conflicto de leyes, el juez da a los conceptos de que se componen el sentido que reciben en el Derecho civil interno. Concibiendo, según el Derecho privado alemán, la prescripción como una excepción de fondo, el juez alemán conecta a la ley americana el motivo de defensa planteado. Cuando aplica la ley americana, el propio juez no debe interrogarse más sobre la naturaleza que se daría a las normas jurídicas ya declaradas competentes¹⁰⁶.

El autor alemán distingue tres clases de conflictos:

- a) Conflictos expresos: Divergencias de las normas indirectas en los distintos ordenamientos jurídicos;
- b) Conflictos tácitos: Divergencias de los puntos de conexión aunque tengan igual denominación, pero diferentes en contenido;

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

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

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

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 349

c) Conflictos latentes: Divergencias entre los Derechos materiales que tiene incidencia en el Derecho internacional privado, a los que denomina “*latente Gesetzeskollisionen*”, vale decir, “colisiones latentes de leyes”. Se trata de conflictos derivados de la distinta naturaleza jurídica que en cada Derecho pueden tener los mismos hechos (relaciones/situaciones jurídicas). Las normas de conflicto dependen de la naturaleza de las relaciones jurídicas a las que se aplican, pero esta naturaleza está en cada país modelada por las circunstancias históricas, y varía de uno a otro. Puede resultar así una acumulación (*Gesetzeskumulation*) o una ausencia (*Gesetzesvacuum*) de leyes aplicables. La solución es para cada juez aplicar su propio sistema de normas de conflicto, y si en este no se encuentra una solución expresa, acudir a los conceptos del propio ordenamiento material¹⁰⁷.

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

Así, tomando el ejemplo propuesto por Boggiano, una norma de conflicto puede señalar como Derecho aplicable a una sucesión *mortis causae*, el Derecho del último domicilio del causante; otra en cambio, el Derecho de la última nacionalidad. Además, las normas de conflicto pueden adoptar el mismo punto de conexión, por ejemplo, el domicilio, pero “domicilio” puede significar o tener conceptos distintos en dos sistemas jurídicos. En tercer lugar, otro conflicto latente u oculto puede presentarse cuando dos normas de conflicto de sistemas diversos, aunque coinciden en la definición del punto de conexión, difieren en la definición de la cuestión que debe resolverse. Así una norma de conflicto puede tipificar una situación como sucesoria y la otra como una cuestión de régimen patrimonial del matrimonio. Una como cuestión de forma, la otra como cuestión de sustancia. Este es estrictamente el problema de las calificaciones¹⁰⁸.

Bartín publicó en el *Journal ChUNET*, seis años después de los trabajos de Kahn, un artículo¹⁰⁹ en el cual investiga el mismo problema, con ocasión de varias sentencias francesas. Una de ellas se hizo célebre como “el caso de la viuda maltesa” (*Antón c. Bartolo*, fallado en la

¹⁰⁷ Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, Madrid, 2ª ed., 1956, Tomo I, p. 283.

¹⁰⁸ Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho internacional privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2000, p. 209.

¹⁰⁹ Que lleva por título *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, en *Journal du droit international privé (ChUNET)*, 23 (1897).

Corte de Casación francesa)¹¹⁰, y otro caso de laboratorio elaborado por Bartin, igualmente famoso, es el del testamento ológrafo holandés¹¹¹.

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

Bartin coordinó las ideas en los casos de Derecho internacional privado y llamaba a estos conflictos, que debían según él persistir asimismo en el caso de llegar a un acuerdo internacional sobre las normas de conflicto de leyes, calificaciones. En efecto, las diferentes legislaciones internas contienen definiciones distintas de las instituciones comprendidas en la norma de conflicto¹¹². El título del artículo de Bartin, “De la imposibilidad de llegar a la supresión definitiva de los conflictos de leyes”, lleva a una parte de la doctrina¹¹³, a la consideración de si es posible, mediante la unificación de los diversos Derechos, suprimir o eliminar los conflictos de leyes. Y en razón del citado problema de las calificaciones, tal supresión o eliminación de los conflictos de leyes y del Derecho internacional privado en su contenido tradicional no es posible, en la medida en que sigan existiendo términos equívocos y por tanto objeto de calificación de modo diferente, según las diversas normas jurídicas en juego. Aun cuando exista identidad en los principios de Derecho internacional privado de las diferentes legislaciones, es imposible llegar a la solución definitiva de los conflictos de leyes, porque la disparidad surgirá en el momento de su aplicación.

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

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

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

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

2. Doctrinas dogmáticas

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

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

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

a. Calificación de acuerdo a la *lex fori*

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

Sus seguidores son entre otros, Bustamante; en Francia, Arminjon, Lerebours-Pigeonnière, Niboyet, Pillet, Weiss, Maury, Batiffol; en Alemania, Gutzwiller, Melchior, Nussbaum, Raape; en Italia, Ago, Anzilotti, Cavaglieri, Fedozzi, Udina¹¹⁵. Los defensores de esta teoría aluden tres razones fundamentales: La primera, que el legislador del Derecho internacional privado al emplear sus términos en las normas, posiblemente los utilizó en el mismo sentido en el que los desarrolló en su propio Derecho civil. En segundo lugar, el concepto de soberanía, pues el legislador limita su soberanía legislativa al restringir el ámbito de aplicación de su propio Derecho. Y en tercer lugar, que el juez conoce mejor su propio Derecho y en consecuencia lo aplicará de manera más acertada que cualquier Derecho extranjero¹¹⁶.

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

¹¹⁴ Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 249.

¹¹⁵ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1956), p. 285.

¹¹⁶ Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 251-252.

sistemáticos de nuestras normas de colisión en el sentido de nuestro derecho material”¹¹⁷.

Su doctrina se puede resumir de la siguiente manera: 1) La situación de hecho aparece como una relación jurídica existente, que debe ser regulada por el Derecho internacional privado; 2) La *lex fori* determinará el alcance y calificación de los puntos de conexión o conceptos axiomáticos; 3) La norma extranjera declarada aplicable regulará a la relación jurídica en cuestión, cuando esa norma se refiera a una relación jurídica de idéntico contenido, para este fin basta una igualdad funcional; 4) Se aplicará la norma extranjera a la relación jurídica supuesta en la parte que se refiera a la misma relación jurídica en cuestión, pero esa parte se aplicará en su totalidad¹¹⁸.

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

El autor se dio cuenta de la necesidad de distinguir entre el problema de la calificación previa de las instituciones, elección de la norma de conflicto y aplicación de una ley extranjera. Kahn no hace derivar de la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones, según la ley del foro, la ley aplicable de forma inmediata, sino que matiza al hablarnos de la “relatividad” de los conceptos de conexión. Para evitar la arbitrariedad que supone la admisión o no de una relación jurídica calificada de distinto modo por el Derecho extranjero, es preciso que dicha relación se examine con independencia del carácter formal que tenga, buscando si la función destinada a cumplir en el ordenamiento jurídico del que forma parte es o no equivalente a la prevista en abstracto por la norma de conflicto del foro¹²⁰.

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

¹¹⁷ Kahn citado en Kegel, Gerhard, *Derecho internacional privado* (Trad. M. Betancourt Rey), Bogotá, Ediciones Rosaristas, 4ª ed., 1982, p. 180.

¹¹⁸ De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., pp. 221-223.

¹¹⁹ Kahn citado por De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., p. 223.

¹²⁰ Bouza Vidal, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Editorial Tecnos, 1977, p. 58.

de una institución jurídica, sobre todo respecto al Derecho internacional privado, no pueden considerarse decisivas las diferencias en la conformación técnica, sino que hay que atender al significado funcional de las mismas¹²¹.

En su trabajo inicial¹²², Étienne Bartin expone una serie de excepciones a la regla general de la aplicación exclusiva de las calificaciones de la *lex fori*; treinta y tres años después publica sus *Principios de Derecho internacional privado*¹²³, en el cual confirma sus antiguas doctrinas y trata de incluirlas dentro de una regla general, aun respecto de aquellas relaciones jurídicas regidas por la autonomía de la voluntad.

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

El autor francés parte del siguiente razonamiento: Las calificaciones, por su dependencia en cuanto a la determinación de la ley aplicable, ponen en juego la soberanía de un Estado, al cual pertenece el juez competente, por ello están sometidas a la *lex fori*, pero cuando ésta determina que una institución depende de una ley extranjera, es que la soberanía del Estado al cual pertenece el juez, se desinteresa de estas definiciones y las abandona a la ley extranjera¹²⁵. “Aplicar Derecho extranjero significa renunciar a la soberanía propia en interés de la justicia; pero los límites de la renuncia sólo podemos determinarlos nosotros mismos, no podemos encomendárselos a un Estado extranjero, porque entonces dejaríamos de ser dueños de nuestra propia casa”¹²⁶.

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

¹²¹ De Castro, La cuestión de las calificaciones... , ob. cit., p. 223.

¹²² *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois* (1897).

¹²³ *Principes de Droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1930. También La doctrine des qualifications, en : *Recueil des Cours*, 1930, I, pp. 565-621.

¹²⁴ Bartin, citado en: Garde Castillo, Joaquín, *La “institución desconocida” en Derecho internacional privado*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, p. 52.

¹²⁵ De Castro, La cuestión de las calificaciones... , ob. cit., p. 225.

¹²⁶ Kegel, *Derecho internacional privado*... , ob. cit., pp. 180-181.

adversarios de esta excepción, señalan cómo puede averiguarse si es o no competente la *lex rei sitae*, si no se conoce previamente la naturaleza jurídica del bien¹²⁷.

Para Niboyet, por su parte, a través de la calificación se determina la naturaleza jurídica de una institución, y para determinarla sólo puede consultarse la *lex fori*. Dos son las razones que lo llevan a esta afirmación: una necesidad práctica, que es la imposibilidad de llegar a conocer la ley extranjera competente sin que antes se señale un medio de conexión seguro, que no tenga a su vez, que buscar apoyo en la ley que precisamente se trata de encontrar. La segunda, es el poder exclusivo de la soberanía para señalar sus propios límites¹²⁸.

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

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

Niboyet abandona el argumento de la soberanía, y su teoría se afianza en las siguientes razones: aplicar el Derecho extranjero a una situación jurídica supone su previa identificación, pero para ello debe calificarse la relación, y esa función sólo incumbe a la *lex fori*. Por otra parte se requiere la necesaria coherencia que debe existir entre las categorías empleadas en las normas sustanciales y las usadas en las reglas de Derecho internacional privado de un mismo ordenamiento jurídico¹³⁰.

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

¹²⁷ De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., p. 225.

¹²⁸ Niboyet, Jean Paulin, *Principios de Derecho internacional privado* (Trad. A. Rodríguez), Madrid, Editorial Reus, 1930, p. 343.

¹²⁹ Niboyet, citado en: Pérezniño Castro, Leonel, *Derecho internacional privado*, México, Harla, 1984, pp. 262 ss.

¹³⁰ *Idem*.

la calificación a la *lex causae* en materias dominadas por la autonomía de la voluntad¹³¹.

Esta concepción territorialista de calificar de conformidad a la *lex fori*, predominó en Venezuela hasta mediados del siglo XX en la doctrina y la jurisprudencia. Esto se reflejó en el Proyecto Arcaya (1912) que somete el carácter de la ley extranjera y la calificación de la naturaleza de los actos a la ley venezolana (*Lex fori*)¹³². Es recogida por el Código Bustamante¹³³ en el artículo 6, que consagra la regla general de esta institución empleando el criterio de la *lex fori*¹³⁴. Igualmente, la teoría de *lex civilis fori* está plasmada en el Decreto Ley No. 13 sobre Derecho internacional privado del Consejo Presidencial Húngaro, artículo 3(1)¹³⁵; por el Código Civil de Quebec, artículo 3078¹³⁶; el Código Civil español, artículo 12 (1)¹³⁷; por el Código Civil Cubano de 1987, artículo 18¹³⁸.

La teoría actualmente dominante parece ser ésta¹³⁹, y quienes justifican la calificación *ex lege fori*¹⁴⁰, explican argumentos de auténtico peso: en primer lugar, el carácter estatal e

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

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

¹³³ El sistema venezolano sólo contenía normas expresas sobre calificación en este Código. B. de Maekelt, Tatiana, Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado, en: AA.VV., *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (1996). Comentarios*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, pp. 15 ss.

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

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

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

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

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

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

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

interno de la mayoría de las normas de conflicto que conlleva por sí mismo el carácter nacional de la calificación; en segundo lugar, un argumento lógico deriva del carácter previo de la calificación: si ésta sirve para la determinación de la norma de conflicto eventualmente aplicable, se desconoce de antemano la ley aplicable, resultando incongruente pretender utilizar la calificación conforme a la *lex causae*; en tercer lugar, la carencia de un lenguaje jurídico común del que puedan servirse todos los ordenamientos jurídicos estatales (como por ejemplo la celebración civil del matrimonio, si estamos ante una cuestión de forma o de fondo); en cuarto lugar, incapacidad o enorme dificultad de que el juez pueda utilizar y aplicar correctamente calificaciones extranjeras, pues psicológicamente el juez opera, durante toda su vida, con el sistema de conceptos jurídicos contenidos en su ordenamiento jurídico; en quinto lugar, razones de política legislativa, que subordinan la norma de conflicto al servicio de intereses nacionales. No cabe una doctrina de la calificación, que pueda prescindir por completo del ordenamiento del foro, cuya función en el problema de las calificaciones es innegable¹⁴¹.

La aplicación de este principio no se halla exenta de ciertas dificultades. El problema fundamental que puede suscitar es el de la calificación de una “institución desconocida” para el foro, nacida al amparo de un ordenamiento extranjero. Sería por ejemplo, el caso del *trust* anglosajón o, el *talaq*¹⁴³ musulmán. En otros casos puede tratarse de una institución “aparentemente” conocida por el Derecho del foro, pero que en la forma y contenido como está concebida por el Derecho extranjero la asemeja a otra institución del foro. Calificar las distintas situaciones de hecho y de Derecho a que dan lugar esas instituciones, no se puede alcanzar a través de la calificación conforme a la ley del foro. De ahí que Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, señalan una serie de correcciones¹⁴⁴:

1) Las normas de conflicto se formulan generalmente, abarcando un supuesto de hecho muy genérico. Se tiende con ello a forzar una calificación autónoma, calificación que se efectúa a partir de categorías propias del Derecho internacional privado, que puedan dar cabida a instituciones no conocidas en el Derecho material del foro¹⁴⁵.

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

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

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

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

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

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

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

3) La última corrección, se da en aquellos supuestos que se encuadran en una norma de Derecho internacional privado de origen convencional. En estos casos son las propias normas del texto internacional las que delimitan *rationae materiae* los supuestos de hecho a los que resultan aplicables. En muchos casos el Tratado contiene una calificación propia en la materia objeto de regulación. Sin embargo, es imposible definir o precisar absolutamente todas las situaciones que se pueden presentar en relación con la calificación o interpretación de los términos del instrumento de que se trate¹⁴⁶.

Cabe destacar que la determinación de la naturaleza jurídica de la institución con arreglo al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, *lex fori*, sólo sirve para determinar el Derecho aplicable. Una vez designado el Derecho extranjero aplicable al caso, será éste el que indicará si la situación privada internacional presenta relevancia jurídica, cuáles son los efectos jurídicos que se le atribuyen y su naturaleza jurídica. La primera calificación se realiza con arreglo al Derecho el foro y la segunda calificación se realiza de acuerdo al Derecho extranjero designado como aplicable por la norma de conflicto¹⁴⁷.

Haroldo Valladão sostiene que, la interpretación de las categorías empleadas por la norma de conflicto se hará, inicialmente, por los conceptos de Derecho internacional privado del foro, considerando todos los Derechos involucrados, acorde con su función solucionadora de conflictos de leyes. Pero tal calificación es provisoria, es aproximada, así si al final, la ley declarada competente adopta una calificación diferente, la calificación provisoria será corregida de acuerdo con la posterior, con la definitiva. Así la regla del Derecho internacional privado produce todos sus efectos, aplica realmente la ley competente incluso en sus conceptos y clasificaciones¹⁴⁸.

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

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

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

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

por el ordenamiento jurídico al cual pertenecen; los tipos legales como bienes muebles e inmuebles que se someten a la *lex rei sitae*; los contratos cuando la ley que los rige está determinada por las partes; la forma de los actos que tradicionalmente se somete a la *lex loci*; las normas de conflicto supraestatales, incluidas en los tratados internacionales que normalmente obedecen a la calificación extraída del propio tratado¹⁴⁹.

Las críticas a la calificación *lex civilis fori* podrían englobar las siguientes enseñanzas, por una parte la relevancia de la ley extranjera, y por la otra, la necesidad de cierta autonomía en el método conflictual. Deben tomarse en cuenta ambas para una mejor comprensión del complejo problema de las calificaciones. La calificación conforme al Derecho del foro no debe suponer desconocimiento del Derecho extranjero, sino más bien una especie de colaboración entre la *lex fori* y el Derecho extranjero que el método de atribución organiza. Así el problema de las calificaciones podría plantearse como una adaptación y ajuste entre el Derecho del foro y el Derecho extranjero, de esta forma la *lex fori* sería un instrumento para coordinar y combinar ordenamientos a fin de permitir, cuando resulte posible, que de una diversidad de sistemas puedan obtenerse soluciones de inspiración universal¹⁵⁰.

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

A los fines de la calificación debe tomarse en cuenta no sólo el Derecho material del foro sino también de las valoraciones de las propias normas de conflicto, y principalmente de la función que el legislador les asigna a tales normas, función que es de apertura y coordinación con valores jurídicos externos respecto del ordenamiento del foro. Esto implica que la calificación de las normas de conflicto no se aparte totalmente del Derecho material del foro (calificación homogénea), pero debe ser autónoma, dándole así a las expresiones jurídicas y a los términos empleados por la norma de conflicto un significado más amplio y elástico que aquél que se encuentra en los correspondientes preceptos del Derecho material; es decir, en el significado y en la valoración, los hechos objeto de juicio para encuadrarlos en la norma de conflicto apropiada es necesario un cierto grado de flexibilidad¹⁵¹.

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

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

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

b. Calificación de acuerdo a la lex causae

Antes de aparecer el primer estudio de Bartin y, dominando la escuela internacionalista, limitada la función de la *lex fori* a aplicar los principios generales sin más competencia que la de hacer uso del orden público, no quedaba otra ley, de la que obtener la calificación, que aquella declarada competente por la norma de conflicto¹⁵².

El primer defensor de la teoría de la *lex civilis causae* fue Despagnet, quien en un trabajo publicado en 1898¹⁵³, un año después de la publicación del artículo de Bartin, argumentó que no calificar *lex causae* es dejar de aplicar la ley extranjera, violando la norma de Derecho internacional privado que ordenó su aplicación. Este autor distingue o separa los puntos de conexión del tipo legal. Los primeros deben definirse con arreglo al Derecho del juez que conoce del pleito, vale decir aplicación parcial de la teoría de la *lex civilis fori*. El segundo, debe definirse de conformidad con el Derecho declarado aplicable por el punto de conexión de la norma indirecta¹⁵⁴.

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

la aplicación del Derecho consiste en ordenar la situación de hecho bajo conceptos firmes, para de esta manera, poder unir al hecho las consecuencias jurídicas determinadas por la ley; la ordenación segura bajo conceptos exactos, dada la situación de hecho, es lo que hace posible una aplicación jurídica justa. Ésta se consigue sólo de una manera: tomando siempre los conceptos del Derecho que domina la relación jurídica; así la *lex rei sitae* será la que nos dirá si la cosa es mueble o inmueble. La dificultad nace cuando la determinación del orden jurídico del que deban obtenerse los conceptos, dependa a su vez de los conceptos bajo los que se ordene la situación de hecho. De las soluciones posibles hay que excluir el tomar la calificación de la *lex fori*; esto sería la bancarrota del Derecho internacional privado¹⁵⁵.

Martin Wolff, quien treinta años más tarde a Despagnet elabora y se considera el representante principal de esta teoría¹⁵⁶, sostiene que es preferible que cada regla legal tomase la calificación del sistema jurídico al cual pertenece,

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

¹⁵² De Castro, La cuestión de las calificaciones. . . , ob. cit., p. 232.

¹⁵³ Un estudio publicado en 1898, titulado *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*.

¹⁵⁴ Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., p. 257.

¹⁵⁵ *Internationales Privatrecht*, 1926. Frankenstein citado en: De Castro, La cuestión de las calificaciones. . . , ob. cit., p. 233.

¹⁵⁶ Kegel, *Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., p. 183. Con algunas variantes, que más que a la sustancia de su doctrina se refieren a la expresión, reprodujo Wolff su tesis en el Tratado por él publicado en Oxford, "*Private International Law*", 1945. Ver en: Mijaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado. Introducción y Parte general*, Madrid, Ediciones Atlas, 7ª ed., 1976, Tomo Primero, p. 334.

la misma manera que aquel mismo derecho extranjero concibe aquellos preceptos e instituciones, porque carece de una calificación jurídica propia para las creaciones del derecho extranjero, y debe someterse, por tanto, a la calificación que el Derecho extranjero haga de sus propias normas. Es la única manera de evitar la aplicación del derecho extranjero en forma que repugne al espíritu de este Derecho¹⁵⁷.

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

El efecto del matrimonio sobre la propiedad de los esposos se rige por la ley de su primer domicilio matrimonial. Expresada más correctamente esta regla se desarrollaría así: Si dos personas se casan, el tribunal tiene que aplicar todas aquellas reglas que rigen en su primer domicilio matrimonial y que conforme al derecho que allí impera, regulan los efectos del matrimonio sobre la propiedad de los esposos¹⁵⁸.

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

La calificación según la *lex causae* evita las lagunas existentes en el Derecho del foro, cuando estamos en presencia de una institución del Derecho material extranjero que no tiene equivalentes en la *lex fori*, el caso del *trust* anglosajón, o bien, el *talaq* musulmán, la patria potestad del abuelo conjuntamente con el padre en el Derecho islámico-chiíta¹⁶⁰. En este sentido Wolff señala que, como resultado de estas consideraciones está claro que en principio una regla extranjera debería ser calificada con referencia a la totalidad del sistema jurídico extranjero. A veces sucede que la calificación extranjera, es poco útil para este propósito, y da como ejemplo,

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

¹⁵⁷ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 149.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 150.

¹⁵⁹ *Idem.*

¹⁶⁰ Arts. 1180 a 1194 del Código Civil iraní.

establecida para un fin muy restringido al dominio del Derecho internacional privado¹⁶¹.

Agrega,

si el tribunal no encuentra ninguna calificación apropiada en el derecho extranjero, como en el caso recién mencionado de la hipoteca alemana, la laguna debe completarse de la manera usual, buscando analogías, considerando las soluciones que posiblemente se encuentren en sistemas jurídicos afines, y finalmente revirtiendo al derecho del foro¹⁶².

Sin embargo la teoría tiene ciertos puntos negativos; citemos el ejemplo que según la doctrina¹⁶³ fue el primer caso en el cual se reflejó el problema de la calificación. Kahn había analizado una dificultad que, aunque no la denominó “calificación”, era similar al problema que debe este nombre al autor francés E. Bartin, como éste, Kahn razona a partir de un caso de jurisprudencia comentado *supra*, el *Reichsgericht* tuvo que entender de una demanda de Revisión relativa a la hipótesis siguiente: de unas letras de cambio libradas en Tennessee (USA), y se reclama el pago a una persona domiciliada en Alemania ante los tribunales alemanes. El 23 de enero de 1882, el juez alemán aplica el Derecho de Tennessee al Derecho material cambiario, es decir a la obligación en cuanto a fondo, y el Derecho procesal alemán a las cuestiones procesales. Según el Derecho de Tennessee el cobro de la deuda se extingue transcurridos seis años, si se aplica el Derecho alemán el período sería de tres años. El demandado opone la excepción de prescripción, el problema de conflicto de leyes tiene como objeto la elección de la ley aplicable al Derecho a invocar esta excepción. Se plantea el problema de calificar dicha prescripción como perteneciente al Derecho material (concepción alemana) o al Derecho procesal (concepción anglosajona). Según la primera, la institución de la prescripción tiene como efecto extinguir la propia obligación; por el contrario, la segunda la considera una simple excepción de procedimiento, oponible en la acción (*remedy*), pero sin incidencia sobre el Derecho, que subsiste, privado de su sanción judicial¹⁶⁴. Si se define “Derecho Material” con arreglo al Derecho de Tennessee, indicado como aplicable por el punto de conexión: lugar de expedición, no se llega a aplicar las reglas de Tennessee sobre prescripción. Tampoco se pueden aplicar los preceptos alemanes acerca de dicha institución, si se define “Derecho procesal” en virtud del Derecho alemán, indicado como aplicable por el punto de conexión: lugar donde se intenta el pleito. Las letras de cambio resultarían imprescriptibles, y esta extraña solución fue pronunciada por el Tribunal Supremo alemán¹⁶⁵. Resultado absurdo e injusto, pues negó la

¹⁶¹ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 154.

¹⁶² *Ibid.*, p. 155

¹⁶³ Weinberg de Roca, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 23 ss.

¹⁶⁴ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit.

¹⁶⁵ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 8ª ed., 1995, p. 97.

procedencia de una excepción que era reconocida por ambos derechos¹⁶⁶.

Este “conflicto de calificaciones” (según la terminología de Bartin) va a provocar en la jurisprudencia del tribunal alemán, la siguiente laguna: el juez alemán no puede aplicar ni la ley americana, que conoce una excepción de procedimiento inaplicable por un tribunal alemán, ni la ley alemana, cuyas normas de procedimiento ignoran tal excepción, cuando las normas de fondo del Derecho alemán son incompetentes. Si se interpreta esta solución a la luz de la terminología de Bartin, se constata que el *Reichsgericht* calificó cada institución de prescripción según el sistema de Derecho privado nacional al que pertenece, método en el que se ampara Wolff (calificación *lex causae*). Combinada con una aplicación rígida de las dos normas de conflicto de leyes, esta interpretación conforme a la naturaleza propia de cada institución conduce según los casos, a una laguna o un cúmulo¹⁶⁷.

Para Werner Goldschmidt, “la teoría de la *lex civilis causae*”, tiene los vicios de sus virtudes. En efecto, puede ocurrir tanto que ninguno de los Derechos civiles quiera ser aplicado, como también que ambos lo pretendan a la vez¹⁶⁸.

La presencia del Derecho extranjero en el problema de las calificaciones no puede hacernos olvidar la innegable acción del ordenamiento del foro, y el mismo Martín Wolff, acaso el más cualificado de los representantes de esta teoría¹⁶⁹, señalaba que si el Tribunal no encuentra una calificación útil, apropiada en el Derecho extranjero, debe completarse la laguna recurriendo a la analogía, considerando soluciones que puedan presentarse en sistemas jurídicos afines, o bien finalmente recurriendo al Derecho del foro.

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

en Grecia el matrimonio requiere la cooperación de la Iglesia: este requisito que en Inglaterra, Francia y Alemania se estima cuestión de *forma* es considerado allí, donde predomina la Iglesia Ortodoxa, como ligado al carácter sacramental del matrimonio y por eso a su *sustancia*. En Inglaterra, Francia y Alemania la calificación conforme a estas normas orientales debe ser rechazada¹⁷⁰.

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

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

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

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

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

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

común para dar las respuestas¹⁷¹. Los problemas a los que conducen las diferencias de calificación no son tan “insolubles” como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la *lex fori*; las verdaderas dificultades consisten en el “ajuste de varios sistemas jurídicos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos”¹⁷².

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

Haroldo Valladão afirma que, apartada una vez más la impertinente invocación de la soberanía, no prospera la afirmación de calificar a través de la *lex causae*; es una petición de principios, desde que a ella sólo se llegaría después de la calificación previa por la *lex fori*, pues la calificación final no puede ser dada ni por una ni por otra, siendo cualquiera de las dos una consecuencia de la calificación previa o autónoma dada por la propia norma de conflicto¹⁷⁴.

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

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

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ Wengler citado en: Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 62.

¹⁷⁴ Valladão, *Direito internacional privado...*, ob. cit., Vol. I, pp. 246 ss.

de la ley extranjera es posterior a la aplicación de la norma de conflicto, y por tanto no puede influir en la actuación de ésta. El problema que plantea la teoría de la *lex civilis causae* es que ésta puede remitir a otro Derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco sería definitiva. Esta crítica es rebatida tomando en cuenta que la elección del Derecho aplicable puede efectuarse previamente en atención a los elementos de conexión. Si la norma establece que la ley del domicilio regula el estado y los derechos de familia, el intérprete sólo calificará los “derechos de familia” después de determinar la ley del país donde está domiciliada la persona¹⁷⁵. Obliga a los jueces a operar con categorías y calificaciones procedentes de Derechos extranjeros; la calificación depende del Derecho extranjero aplicable, por lo que varía de caso en caso, y los jueces prefieren un catálogo único de calificaciones proporcionado por la ley de su país, porque es una solución sencilla y estable¹⁷⁶.

Por ello la calificación con arreglo a la ley extranjera o *lex causae*, es escasamente seguida en la práctica judicial y por los sistemas estatales de Derecho internacional privado. Tan sólo algunos sistemas recurren a ella en ciertas materias, no como regla general. Por ejemplo, para calificar la naturaleza mueble o inmueble de un bien, se aplicará la ley del lugar de situación del mismo (Código Bustamante¹⁷⁷, Código Civil de la Provincia de Quebec, Código Civil Brasileño - Ley de Introducción). La fórmula legislativa de la calificación *lex causae* de la consecuencia jurídica, la encontramos en el Código Civil peruano (1986) artículo 2055¹⁷⁸ y en la Ley italiana de Derecho internacional privado (1995) artículo 15¹⁷⁹.

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

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

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

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

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

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

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

que el Derecho extranjero “se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. Este segundo párrafo de la citada disposición “contempla el problema de las calificaciones y sugiere, sin darle una solución categórica, la conveniencia de meditar sobre el acierto de la teoría de la *lex civiles causae* supeditándola, sin embargo, debidamente a las finalidades propias de las normas venezolanas de conflicto”¹⁸⁰.

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

Más precaria aún si cabe, es la importancia práctica del segundo párrafo que recomienda indistintamente tener en cuenta en la aplicación del Derecho extranjero tanto éste como el Derecho internacional privado propio. El primer aspecto contiene una alusión a la teoría de la *lex civilis causae*; el segundo trae el recuerdo de las teorías autárquicas de calificación, sobre todo el de la conocida doctrina de Rabel¹⁸¹.

La redacción de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, es producto de los trabajos del periodo inicial, tan sólo el encabezamiento del artículo original sufre una variación en su redacción durante el periodo de revisión y conclusión de la Ley, comprendido entre los años 1995 y 1998, sin que tal variación alterase la esencia de ese artículo¹⁸². Se elimina la primera parte del artículo 2 y se mantiene el segundo párrafo que fue objeto del análisis del profesor W. Goldschmidt. La Exposición de motivos del Proyecto original señalaba que en “materia de calificaciones y, en general en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero, incluido bajo el epígrafe de “tratamiento del Derecho extranjero”, se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación, que alerten al intérprete sobre el sentido general de los problemas, pero se ha eludido deliberadamente el inútil empeño de resolver mediante reglas legislativas la cuestión probablemente más difícil y problemática de todo el Derecho internacional privado”¹⁸³.

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

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

¹⁸² Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 de Agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia), Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Colección Libros Homenaje No. 1, *Addendum*, p.177.

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

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

la solución hecha posible aquí, es liberal en tanto que el Derecho extranjero, una vez declarado aplicable, debe aplicarse de la misma manera que en su área de validez original y, por tanto, no está sujeto a la calificación del Derecho remitente. Es éste un pensamiento por demás moderno, el cual en mi concepto, sólo ha empezado a imponerse en la doctrina por influencia de Schnitzer, y cuya codificación probablemente se ha intentado por primera vez aquí¹⁸⁵.

*c. Teoría autárquica empírica, Rabel*¹⁸⁶

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

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

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

¹⁸⁴ Von Schwind, Fritz, Disposiciones generales del proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 agosto de 1998. (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*..., ob. cit., Vol. I, pp. 125 ss.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 130.

¹⁸⁶ Para Erik Jayme esta es la teoría más audaz, pues Rabel avanza la idea que los conceptos de Derecho internacional privado deben estar determinados por una búsqueda comparativa exhaustiva. Ver su trabajo: *Identité culturelle et intégration*..., ob. cit., p. 109.

¹⁸⁷ Término empleado por Haroldo Valladão para denominar la corriente que dio lugar a la Teoría autárquica en Valladão, *Direito internacional privado*..., ob. cit., Vol. I, p. 248.

personal o la más territorial¹⁸⁸.

La Teoría autárquica empírica también es denominada “Teoría de la calificación autónoma”. Esta teoría mantiene que no es posible utilizar las categorías y los conceptos propios del Derecho interno, sea éste el del foro u otro distinto, inevitablemente estrechos y limitados a un ordenamiento jurídico nacional, así como su insistencia en los aspectos comunes de los distintos ordenamientos con la consiguiente importancia del Derecho comparado y del método comparatista en la solución del problema de calificaciones¹⁸⁹.

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

Estudia la naturaleza de la norma de Derecho internacional privado y, el punto de partida no puede ser una relación jurídica, a diferencia de Kahn. La norma de colisión supone, como toda norma, una situación de hecho, presupuesto de las consecuencias jurídicas¹⁹⁰.

Continúa Rabel al exponer su tesis, que

el objeto del Derecho privado y del Derecho internacional privado es el mismo, pero su fin es distinto. Como la norma de colisión necesita hacer competente a una determinada norma material, y ésta puede sólo crear la relación jurídica en cuestión, la norma de colisión no depende de la existencia concreta o abstracta de una relación jurídica. De lo dicho parece equivocado afirmar que el Derecho internacional privado remita la relación jurídica material de esta o aquella clase a éste o aquel ordenamiento jurídico. Antes, remite al juicio jurídico una *relación de la vida*, y puede realizar técnicamente su objetivo tomando como punto de relación a cualquiera de los estadios que van desde los hechos de la vida hasta las relaciones jurídicas completas. El Derecho internacional privado tiene que crear conceptos propios, la concepción que toman las situaciones de hecho del sistema del Derecho civil interno lleva al error de creer que no se puede establecer como su fundamento otro cualquier sistema de hechos y al desconocimiento de la necesidad de tomar en consideración a los sistemas jurídicos extranjeros para llenar su misión. La obtención de estos conceptos propios puede estar concebida de distintas maneras, según corresponda a la distinta formación técnica de las normas de colisión; sin embargo, siempre habrá que hacer la correspondiente abstracción según el método de la ciencia del Derecho comparado¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Idem*.

¹⁸⁹ E. Rabel citado por Camillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 302.

¹⁹⁰ De Castro, *La cuestión de las calificaciones...*, ob. cit., p. 238.

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

Para cada intérprete lo más adecuado y sencillo es encuadrar los conceptos empleados por la norma de conflicto dentro del sistema para él más familiar, que no es otro que su propia legislación, lo que conduce a malas prácticas cuando el mismo concepto es interpretado por dos o más países. Lo ideal es que la norma de conflicto posea conceptos propios, lo suficientemente amplios para que, con un número relativamente corto de ellos, cubra el terreno del Derecho privado, de tal forma que uno de esos conceptos abarque, independientemente de las variantes que entre sí ofrezcan, los designados con igual denominación en todos los ordenamientos materiales internos. Este ideal, defendido por Rabel, y que para algunos constituye el principio de autonomía de las normas de conflicto, autonomía y no independencia, porque lo que se busca es que los conceptos no sean enteramente diferentes a los contenidos en el Derecho interno de cada ordenamiento jurídico, sino simplemente más amplios, capaz de comprender a todos los demás¹⁹².

Los términos empleados en la norma de conflicto deben elaborarse sobre la base del Derecho comparado. Los conceptos de Derecho internacional privado que determinan una situación de hecho en la norma de colisión no deben quedar dependiendo de ninguna ley material; hay que quitarles toda rigidez, darles amplitud abstracta suficiente para que realice su función. El argumento que deriva de la necesidad de coherencia entre las normas es utilizado por Rabel para exponer esta Teoría¹⁹³.

Las reglas de Derecho internacional privado están destinadas a cumplir una función específica, la de regular el concurso entre distintos sistemas jurídicos y tratar de prevenir eventuales conflictos, de ahí la necesidad de coherencia entre las normas de colisión y otros ordenamientos jurídicos. Esta es la necesidad destacada por Rabel y confirmada por Betti¹⁹⁴.

Rabel culmina su estudio con una serie de conclusiones sobre la labor a realizar por la ciencia para lograr el progreso del Derecho internacional privado. El sistema del Derecho internacional privado necesita para su desarrollo, construirse principios propios, autónomos del Derecho material interno; la elección de los factores de conexión no debe basarse sólo en la estructura de las instituciones del Derecho interno; las normas de colisión deben interpretarse empleando el Derecho comparado, en tanto no estén ligadas al sistema jurídico interno, y puede comprender los fenómenos jurídicos extranjeros; presenta la posibilidad de crear conceptos de Derecho comunes, si se les libera del encadenamiento de la *lex fori*, y se acomodan en base al Derecho comparado¹⁹⁵.

¹⁹² Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 329.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 336

¹⁹⁴ Betti, Emilio, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt...*, ob. cit., p. 680; Sansó, La función de la interpretación..., ob. cit., p. 710.

¹⁹⁵ De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., pp. 239-240.

Las categorías jurídicas deben interpretarse mediante la comparación entre las distintas instituciones de los diversos sistemas jurídicos, se deberá tener en cuenta no sólo la nomenclatura empleada y la estructura, sino principalmente la función para determinar las analogías existentes entre soluciones a problemas iguales. En síntesis, realizar una comparación funcional según la terminología de Betti¹⁹⁶.

Lea Meriggi acepta en principio, la conclusión de Rabel en el sentido de que la regla de conflicto es independiente de los derechos de fondo, tanto de *lex fori* como de *lex causae*. La calificación de la situación jurídica a regular debe determinarse de acuerdo a las concepciones de la regla de conflicto, buscando su alcance internacional, debe ser deducida por medio de un método de abstracción, basada sobre lo que se entiende por “convicciones universales”, pues las mismas obedecen al postulado fundamental de la sociedad humana, el respeto a la personalidad del hombre en sus atributos más inmediatos¹⁹⁷. Pero se separa de Rabel, cuando se da cuenta que una sola definición tipo no es posible, pues puede darse el caso que una misma situación se defina en un ordenamiento jurídico como una condición de forma y en otro como una condición de capacidad sin que sea posible ubicarla en ninguno de los dos.

Niederer quien en principio siguió la orientación de Rabel, pero que entre 1940 y 1954, cambió de actitud y declaró utópica la aspiración de llegar a categorías universales, ha sostenido que la “teoría *lex civilis fori*” se impone por la misma naturaleza del Derecho internacional privado, pero que no significa otra cosa que la interpretación de los conceptos empleados por la norma de colisión debe partir de los conceptos y categorías del ordenamiento del foro, aunque adaptándose a la función supranacional del Derecho internacional privado¹⁹⁸. Él afirma que el problema de la calificación no es un problema puramente teórico ni tampoco lógico, sino que es idéntico a la temática sobre el sentido y el valor de la norma de colisión. No es susceptible de una solución lógica y de valor universal, sino que sólo puede solventarse sustancialmente en cada caso concreto¹⁹⁹.

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

¹⁹⁶ Betti, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la Memoria de Roberto Goldschmidt...*, ob. cit., p. 680.

¹⁹⁷ Lea Meriggi citada en Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 337.

¹⁹⁸ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 304.

¹⁹⁹ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 268 ss.

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

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

Pero a pesar de lo atractivo de la teoría, se objeta²⁰¹ que el Derecho comparado no podría dar una respuesta general para todo el Derecho internacional privado, ya que la diversidad de las reglas de conflicto no hace sino poner de relieve que la base de formación de sus nociones es extremadamente distinta y peculiar. Tampoco se observa en realidad si la base de la comparación ha de asentarse en cada caso en todos los Derechos materiales o sólo en los afectados por el mismo²⁰². Subsiste el problema político-jurídico de cómo han de construirse, elaborarse los conceptos y cuál será su contenido. El Derecho internacional privado requiere ser emancipado de todos los Derechos materiales e igualmente del Derecho comparado.

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

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

²⁰⁰ De Castro, La cuestión de las calificaciones... ob. cit., p. 241.

²⁰¹ El mismo Rabel llama a su tesis “más un método que una teoría”. Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 269.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ Kegel, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 187.

²⁰⁴ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1976), pp. 328 ss.

No obstante, el método presenta dificultades innegables y carece de valor general, lo que explica que autores que en un tiempo siguieron a Rabel, como Niederer, cambiaran de actitud e incluso el propio Rabel, en su Tratado de 1945, señalara la diferencia entre su sistema de *lege data*, que es un método de interpretación de los conceptos o categorías abstractas contenidas en la norma de conflicto de un ordenamiento jurídico nacional, y su sistema de *lege ferenda*, que representa tan solo una posibilidad y una esperanza de categorías jurídicas universales independientes de los distintos ordenamientos internos, nacionales²⁰⁵. Este cambio obedece a la necesidad imperiosa de tener en cuenta que la norma extranjera reclamada por la regla de conflicto tiene que ser coordinada con el ordenamiento del foro.

Para la mayor parte de la doctrina, debe partirse de los conceptos existentes en el Derecho interno del país cuyos tribunales conocen del asunto, *lex fori*, y dotarlos de un significado propio y específico para el Derecho internacional privado, así éste desarrolla sus propios conceptos. Esta es la tesis que se ha impuesto en la actualidad, la norma de conflicto emplea conceptos que tienen un significado propio para el Derecho internacional privado, pero que parten del significado de la noción en la *lex fori*. Es la precisión de los supuestos de hecho de la norma de conflicto en términos del Derecho internacional privado, y no en términos del Derecho Civil, independientes del utilizado en Derecho interno. Así el Derecho internacional privado desarrolla más exactamente su función. Los fines e intereses del Derecho internacional privado son los que marcan y determinan el alcance que ha de darse a las normas de colisión existentes, o bien si hay que construir nuevas. El perfeccionamiento posterior de las mismas con ocasión de las nuevas situaciones y su correcta aplicación exige un análisis preciso de las realidades, entre las cuales caben no sólo las situaciones sino también, los factores de conexión, y las normas materiales²⁰⁶.

A pesar de todas las dificultades que ella conlleva, es la que más se adapta a las características del Derecho internacional privado actual, nada justifica la dependencia del contenido del Derecho material, ni el chauvinismo jurídico de la calificación *ex lege fori*, ni las confusiones que crea la aplicación de normas del Derecho presumiblemente aplicable. Es indispensable reforzar y depurar las ideas de Rabel y tratar de crear los conceptos propios que a la larga alcanzarán vigencia universal²⁰⁷.

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

²⁰⁵ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 304.

²⁰⁶ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 229-230; Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 191.

²⁰⁷ B. de Maekelt, *Instituciones generales en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, pp. 315-316.

la de preservar que todos los Estados partes deben garantizar una interpretación también uniforme de los mismos, pues si cada Estado interpreta estas normas uniformes de acuerdo a sus propios criterios, el esfuerzo es inútil. Se va haciendo común en la práctica norteamericana, incluir en los textos uniformes, una especie de introducción con la precisión del alcance jurídico que tienen los principales conceptos utilizados, es sumamente útil para este propósito, el método de la calificación autónoma propuesta por Rabel. Solución que puede observarse en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 y revisada en 1998²⁰⁸, instrumento que dedica su artículo 2 a calificar lo que debe entenderse por mensaje de datos, intercambio electrónico de datos, iniciador, destinatario, intermediario y sistema de información²⁰⁹.

Sin embargo, resulta difícil precisar o definir todas las situaciones que se pueden presentar en relación con la calificación o interpretación de los términos del instrumento de que se trate. Se sugiere acudir ante los servicios jurídicos del organismo internacional del cual emana el tratado, para solicitar dictámenes vinculantes sobre el tema debatido o la opinión de una organización especializada en la materia que asegure una interpretación autónoma y objetiva²¹⁰. Incluir en los convenios, cláusulas atributivas de competencia interpretativa a una jurisdicción internacional, para que se pronuncie sobre el correcto sentido que debe darse a la cuestión de que se trate²¹¹. Sin embargo, esta búsqueda por una interpretación uniforme, también puede conducir a una “petrificación” del Derecho, por ello es preferible dejar en manos del juez la solución al conflicto de calificaciones que puede plantearse en estos casos, tomando siempre en cuenta las circunstancias del caso concreto²¹².

Entre los Tratados Internacionales vigentes en Venezuela, la tendencia es a la calificación autónoma. Cabe destacar que a pesar de que la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado no regula expresamente la calificación, este silencio otorga mayor libertad al juez, lo cual debería ser interpretado como una tendencia a promover la calificación autónoma, sobre todo si se analiza el contenido de las demás Convenciones Interamericanas y Convenciones Universales, en las cuales se incluyen calificaciones autónomas de carácter especial²¹³.

Entre las cuales cabe mencionar: Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño²¹⁴ (art. 1); la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de

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

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

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

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

²¹² *Ibid.*, p. 158.

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

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

Menores²¹⁵ (arts. 2, 3, 4); Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores²¹⁶ (art. 5); Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los Contratos Internacionales²¹⁷ (art. 1, 17); Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de Sociedades Mercantiles²¹⁸ (art. 2); Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras²¹⁹ (art. 1(2), 2(2)); Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias²²⁰ (art.1). Y entre las fuentes internacionales no vigentes en Venezuela, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado (arts. 4 y 5); Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho internacional privado (art. 2); Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (art. 2); Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (art. 2); Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (art. 1); Convención Interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (art. 1).

La posición de no regular expresamente el problema de las calificaciones se vio reflejada, igualmente, en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado (1963-1965). En la exposición de motivos se expresa que en materia de calificaciones y en general, en el tema relativo a la aplicación del Derecho extranjero, incluido bajo el epígrafe de “tratamiento del derecho extranjero”, se ha limitado el Proyecto a formular simples normas generales de orientación²²¹. Ya en el punto anterior, relativo a la calificación de acuerdo a la *lex causae*, analizamos el artículo 2 del Proyecto, que establece en su segundo aparte, que el Derecho extranjero “se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto”. Y la doctrina señaló que, si bien el artículo 2 contribuía a plantear la “tesis bifásica de las calificaciones”, su importancia práctica era muy “precaria”:

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

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

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

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

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

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

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

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

teoría de la *lex civilis causae*; el segundo nos recuerda las teorías autárquicas de calificación, sobre todo el de la conocida doctrina de Rabel²²².

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana no establece normas específicas sobre el tema, guarda silencio sobre el complejo problema de la calificación²²³. Ha preferido, sin embargo, formular simples normas generales de orientación, a través de la adaptación que alertan al intérprete sobre el sentido general de los problemas²²⁴; además se quiso dejar su desarrollo a la doctrina y jurisprudencia. Esta omisión tiene su justificación en la idea de no paralizar o bien sujetar de manos al juez con las soluciones tradicionales en esta materia; es decir, no se le obliga a calificar exclusivamente con los criterios materiales de la ley del foro, ni tampoco con lo criterios imperantes en el ordenamiento jurídico presumiblemente aplicable a la relación jurídica por la norma de conflicto, *lex causae*, con las complicaciones que conlleva una y otra solución²²⁵.

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

Los sistemas estatales de Derecho internacional privado como la Ley Federal Suiza así como el Código Civil de Luisiana, contemplan igualmente casos de calificación autónoma²²⁶.

d. Teoría de la coordinación²²⁷

Esta teoría divide el problema en dos fases:

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

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

²²³ Ver *supra* Cap. II.

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

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

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

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

interpretados de acuerdo con los criterios del derecho del foro.

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

El primero que la estableció fue Anzilotti y el fundamento de esta teoría sostenida por la doctrina italiana²²⁸ radica, en que el juez, en primer lugar, analizará ante qué institución se halla, y lo hará basándose en las normas jurídicas del país al que pertenece. Antes de conocer la institución no podrá determinar cuál es el Derecho aplicable, en esta fase es donde la *lex fori* cumple un papel fundamental aunque no absoluto, pues se admiten excepciones (la calificación de los bienes por la *lex situs*).

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

una vez que dicha interpretación ha sido realizada, si en la relación de la vida real de que se trata está efectivamente presente un elemento o circunstancia, que, una vez establecida su existencia, funcionaría por efecto de la norma de conflicto como elemento individualizador de la legislación aplicable, se debe apreciar según esta última legislación si el elemento o circunstancia citada se encuentra efectivamente presente en una relación de la vida real²²⁹.

Dentro de esta misma corriente, cabe mencionar la posición de Balladore-Pallieri, que se fundamenta en el hecho de que el objeto de la norma de Derecho internacional privado no es la relación de vida, sino la relación jurídica, y más exactamente la institución extranjera tal como está configurada en el ordenamiento jurídico del cual forma parte. En consecuencia, para determinar el significado de los conceptos contenidos en las normas de conflicto, la *lex fori* debe combinarse con cierta dosis de libre apreciación cuando la aplica. La naturaleza de la relación jurídica sólo puede calificarse por la ley que está llamada a regularla²³⁰.

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

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

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

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

Así la regla de Derecho internacional privado produce todos sus efectos, aplica realmente la ley competente, inclusive en sus conceptos y clasificaciones²³¹.

Debemos hacer referencia en este punto a la jurisprudencia venezolana, específicamente a la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda de fecha 29 de septiembre de 1966, y confirmada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia²³² conocida como el caso *Quintana vs. Sión*, que destacó y fue importante porque le dio carácter general a la institución del reenvío, pero la resaltamos aquí por la calificación que se hizo del factor de conexión.

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

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

En consecuencia el Tribunal afirmó,

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

Este razonamiento condujo a declarar aplicable la ley de los Estados Unidos de América

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

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

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

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

Continúa,

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

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

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

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

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

El tribunal venezolano agregó,

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

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

calificación, el ordenamiento jurídico aplicable²³⁴.

En opinión de algunos autores, y nos sumamos a ella, por interpretación del artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, la calificación debe realizarse conforme a los criterios del ordenamiento jurídico aplicable, siguiendo esta teoría. Debe tomarse en cuenta la calificación primaria, la cual debe realizarse conforme a los criterios de la ley del foro y, la calificación secundaria conforme a los criterios contenidos en la norma material del Derecho que resulte aplicable²³⁵. La primera aproximación a la naturaleza de la relación concreta ha de llevarse a cabo, necesariamente, de conformidad con los criterios materiales consagrados por el Derecho del juez. No hay otra manera de llegar al Derecho aplicable, o presumiblemente aplicable, que brinde elementos de calificación a la relación jurídica de que se trate. Pero, como bien señala la Profesora Claudia Madrid, “si bien admitimos la consideración de los criterios materiales de la *lex fori*, es necesario también tener en cuenta que la relación ante la cual se encuentra el juez, es una relación con elementos de extranjería, lo cual, definitivamente, ha de influir en la calificación”²³⁶.

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

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

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

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

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

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

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

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

la norma de conflicto, b) precisión de los puntos de conexión, c) fijar qué parte de la ley extranjera es aplicable. Las dos primeras corresponden a la interpretación de la regla de conflicto, mientras que la tercera hace referencia a la relación entre la norma extranjera recibida y el derecho remitente, a la norma extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto²³⁸. Analizaremos brevemente cada una de estas fases.

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

En esta primera etapa, el jurista debe elegir entre las normas vigentes en el ordenamiento jurídico en el que se desarrolla su razonamiento, aquella cuya hipótesis corresponde a los “hechos” que se le han sometido. En las normas de conflicto es el conjunto conceptual denominado “supuesto” lo que formula esta hipótesis, como toda norma jurídica designa, a través de elementos típicos que delimitan la materia que regula, la categoría de situaciones a las que se aplica. Esta elección de la norma de conflicto adecuada supone una primera operación que Bartin denominó “calificación” y que merece este nombre porque es similar a la operación que precede a la elección de una norma de Derecho material interno. La calificación consiste en señalar en la situación particular los elementos que corresponden a la hipótesis legal²⁴⁰.

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

²³⁸ De Castro, La cuestión de las calificaciones..., ob. cit., p. 219.

²³⁹ Madrid Martínez, *Las relaciones entre la responsabilidad civil...*, ob. cit., p. 172.

²⁴⁰ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 267 ss.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 268; Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 146 ss.

De las soluciones propuestas por la doctrina para este primer momento de la calificación dos son las que predominan, la teoría de la *lex fori* y de la *lex causae*. Siendo la solución de calificar según los conceptos contenidos en la *lex fori* la más apoyada; por cuanto las normas de conflicto forman parte del ordenamiento jurídico de la *lex fori*, las mismas deben ser interpretadas según los criterios hermenéuticos de dichos ordenamientos, debemos recurrir a la *lex fori* para determinar el exacto significado de las expresiones generales usadas por el legislador, en cada Estado la definición del supuesto de hecho de la norma y del factor de conexión se toman del Derecho interno²⁴².

Los conceptos empleados en la *lex fori* pueden ser interpretados extensiva o analógicamente, a través de un ensanchamiento de esos conceptos abarcando realidades no contempladas en el orden interno, pero lo que no se puede pretender del juez, es que ante conceptos calificados por su legislador, califique de manera contraria. De igual forma el legislador al dictar las normas de conflicto, debe tomar en cuenta los inconvenientes derivados de la estrechez de los conceptos contenidos en su Derecho material, y de esa forma formular con mayor amplitud los conceptos que van a servir de supuesto a las reglas de conflicto²⁴³.

Cuando en un texto normativo o de Derecho internacional privado se utiliza una expresión jurídica genérica, su definición no puede ser la que le dan otros textos, respectivamente, de las leyes ordinarias o de las leyes civiles, pues la norma de conflicto vería desnaturalizada su finalidad y terminaría dependiendo de otra norma de categoría inferior o diversa que alteraría su voluntad. La norma de conflicto posee sus propios conceptos, autónomos, diferentes de aquellos adoptados por las normas de Derecho material del foro, marca que constituye la base de su formación, caracteriza su personalidad frente a las otras ramas del Derecho y será el norte para su interpretación, para los problemas de calificación²⁴⁴.

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

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

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

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

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

a formular conceptos con mayor amplitud a los contenidos en el Derecho interno de cada ordenamiento, conceptos tan amplios como “tutela, así como toda otra institución de protección”²⁴⁵. Así se hará más difícil que una institución extranjera aparezca como totalmente desconocida. El hecho de que el ámbito de los supuestos de la norma sean muy amplios, no suscita ninguna dificultad en la fase de razonamiento que precede a la elección de la norma de conflicto correspondiente, la elección de la norma es más fácil cuanto más sintético es el supuesto, con menos riesgo de error que si debe comprobar la aplicabilidad de un supuesto tan elaborado que defina detalladamente su propio ámbito de aplicación. Se puede superar la dificultad mediante la permeabilidad de los sistemas conceptuales existentes en los diversos ordenamientos jurídicos nacionales²⁴⁶.

Como ninguna frontera infranqueable separa estos sistemas conceptuales del lenguaje cotidiano y éste se considera como el vehículo de un pensamiento humano universal, el jurista práctico conseguirá hacerse entender, aunque para describir una situación de hecho tenga que acudir a conceptos jurídicos que, en su precisión, sean desconocidos para el sistema jurídico que le es más familiar²⁴⁷.

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

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

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

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

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

Los puntos de conexión originan problemas de calificación si la *lex fori* y la ley eventualmente aplicable difieren en su precisión, en estos casos el criterio predominante en la doctrina es calificar los puntos de conexión por la *lex fori*, es decir, conforme a las categorías que han justificado la elección de un determinado criterio de regulación²⁴⁸. En estos supuestos, la norma de conflicto resuelve el problema de la calificación, pero delegando en cada uno de los supuestos que pueden presentarse en la ley material del foro o en la ley extranjera²⁴⁹.

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

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

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

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

²⁵⁰ Art. 9 de la CIDACI: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”. Art. 30 de la LDIPV: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”.

Para la determinación del domicilio, de la residencia, de la nacionalidad, las dos principales soluciones utilizadas son la referencia al Derecho interno de la *lex fori* y la elaboración de una norma de conflicto de leyes distinta; pero estas soluciones tienen sus inconvenientes, el Derecho interno de cada Estado no siempre proporciona una definición unívoca y tampoco contiene normas para la determinación de los conceptos adaptada a las exigencias propias de la norma de Derecho internacional privado. La elaboración de una norma de conflicto de ley distinta, puede conllevar riesgos de conflictos positivos o negativos que también caracterizan la determinación de la nacionalidad; una misma persona puede cumplir simultáneamente los criterios diferentes según los cuales las leyes de dos Estados le atribuyen domicilio en un territorio determinado, pero en otras situaciones la dispersión de los elementos materiales de localización puede ser tal que ningún Estado le considere domiciliado en su territorio²⁵¹. Asimismo, es posible que una persona, debido a diferentes criterios que existen entre los Estados para la atribución de la propia nacionalidad, pueda legalmente considerarse nacional de dos Estados distintos, en este caso la norma de colisión que prevé como factor de conexión la nacionalidad del individuo, no es la idónea para indicar cuál es el ordenamiento competente, remitirá a los ordenamientos de los dos Estados a los cuales pertenece el sujeto, es inevitable que su determinación se efectúe tomando en consideración el ordenamiento del Estado cuya nacionalidad se pretende, pues sólo en dicha normativa es posible hallar los datos que componen el vínculo de carácter jurídico²⁵².

Para dar una solución correcta a la calificación del factor de conexión, como por ejemplo domicilio o residencia, es preciso partir de la interpretación de la norma a la que pertenecen estos conceptos. Ello conlleva varias consecuencias: la autonomía del domicilio o de la residencia como conceptos de Derecho internacional privado y su determinación según el Derecho internacional privado del país al que pertenece la disposición en cuestión, y también la elaboración de soluciones diferentes en materia de conflicto de leyes. La elaboración de un concepto autónomo, propio del Derecho internacional privado, plantea el riesgo de parecer una solución tan formal como la referencia al Derecho interno de la *lex fori*, si el legislador no da una definición explícita y no hay directrices para proporcionar al concepto su contenido²⁵³.

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

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

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

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

Nos corresponde comentar una de las modificaciones más importantes del sistema venezolano en la Ley de Derecho Internacional Privado, la sustitución del principio de nacionalidad por el principio del domicilio como factor de conexión decisivo en materia de estado y capacidad y, relaciones familiares y sucesorales. La interpretación del domicilio está contenida en el Capítulo II “Del Domicilio”, artículos 11 al 15²⁵⁴. Estas normas se han definido como instrumentales, pues no determinan el Derecho aplicable ni resuelven los problemas de jurisdicción y competencia y por lo tanto, no son normas de conflicto. Se trata de normas materiales ya que son normas que califican, definen o dan respuesta directa a lo que debe entenderse por domicilio de las personas en los supuestos de Derecho internacional privado²⁵⁵. La ley optó por calificar de manera autónoma la expresión “domicilio” de las personas físicas como el “lugar de la residencia habitual” de éstas, estableciendo un concepto específico. Para evitar recurrir a las clásicas soluciones en materia de calificaciones, *lex fori* y *lex causae*, se ha preferido el término de la “residencia habitual”²⁵⁶.

A su vez, la expresión “residencia habitual” también presenta sus propios problemas de interpretación. En este sentido la doctrina nacional sostiene dos formas de calificar la residencia habitual: la primera, a través de una limitación temporal subjetiva ya que son pocos los elementos para establecer un lapso de tiempo que calificaría el concepto, pero en todo caso tender hacia su determinación fáctica, por ejemplo asimilarla simplemente al lugar en donde se encontrare la persona²⁵⁷; y, la segunda, que la materialización específica de la residencia habitual se efectúa a través de una duración de tiempo previsible, el lapso de un año señalado en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado²⁵⁸, o el lapso de 183 días estipulado en el artículo 30(1) del Código Orgánico Tributario²⁵⁹.

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

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

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

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

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

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

Otra posibilidad de determinar la residencia habitual consiste en considerar el elemento previsibilidad, cuando se realizan determinados actos que demuestren la intención de permanecer en un lugar, el que se muda y adquiere un bien inmueble por ejemplo²⁶⁰. El término de “residencia habitual” es un concepto más fáctico que jurídico, la presencia de una persona física en un lugar determinado se impone al elemento intencional *animus* que ésta pueda tener, debe ser objeto de una calificación flexible, de fácil determinación para el juez²⁶¹. Se toma como referencia el carácter fáctico de la residencia habitual al artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional privado²⁶². El análisis deberá siempre, mantener presente el espíritu general de la Ley encaminado al logro de una justicia material.

3) Para Kahn y Bartin, la calificación no fue más que un problema que afectaba principalmente a la elaboración de normas, a la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones. Desde su óptica positivista sólo la *lex fori* podía llevar a cabo una labor calificadora. Antes de la designación de la ley extranjera competente y en tanto que no se ha determinado su contenido material, esta calificación no suscita ninguna dificultad particular, teniendo en cuenta la flexibilidad de las categorías más sintéticas o de la definición que acompaña las normas de conflicto de leyes que tienen un objeto menos amplio. La dificultad que Kahn y Bartin analizaron y que el segundo llamó “conflicto de calificaciones”, se sitúa en una fase ulterior a la elección de la norma de conflicto correspondiente. Esta dificultad no afecta a la elección de la norma de conflicto de leyes apropiada sino después de que la actuación de varias de ellas haya permitido la identificación del Derecho material aplicable y, para el caso de que la dispersión de elementos materiales de localización conduzca a la aplicabilidad de varias leyes nacionales, la elección, en el interior de éstas, de las disposiciones competentes y, en su caso, su adaptación²⁶³.

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

²⁶⁰ B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 64-65.

²⁶¹ Guerra Hernández, Artículo 11. Calificación del domicilio..., ob. cit., p. 402.

²⁶² Art. 2: “El domicilio de una persona física será determinado, en su orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare”. La Convención fue suscrita pero no ratificada por Venezuela por razones formales. B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 64.

²⁶³ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 272.

comprobar si tal naturaleza es aceptable o no²⁶⁴.

En la doctrina positivista clásica, sobre todo Bartin y sus seguidores, el único ordenamiento llamado a intervenir era el del foro, debiendo existir compatibilidad absoluta entre la calificación de la ley del foro y la del ordenamiento aplicable, con lo cual no se plantea así ningún conflicto o incompatibilidad entre ambos, aunque sea meramente formal, de esta manera el conflicto se resuelve con la aplicación exclusiva de los criterios del Derecho material del foro sin otorgar ningún papel al Derecho extranjero, en este sentido sólo se aplica la ley extranjera cuando coincida con lo establecido por la ley interna del foro²⁶⁵. La solución debe venir dada después de una adecuada determinación del ámbito de aplicación de las leyes tanto del Derecho del foro como del Derecho extranjero, ambos están llamados a jugar un papel en la solución del problema y sólo una adecuada interpretación y aplicación de la norma de conflicto puede llevar a cumplir ese objetivo, deben respetarse al máximo y hacer compatibles los ordenamientos jurídicos interesados.

Primordialmente el problema de las calificaciones es un problema de interpretación de la norma de conflicto. Debe analizarse el papel que juegan tanto la ley del foro como la extranjera y determinar sus diferencias, sobre todo en cuanto a su función, de las que le habían sido asignadas de forma exclusiva por la doctrina defensora de la *lex fori* o bien de la *lex causae*, para así poder alcanzar una adecuada calificación de las pretensiones litigiosas de carácter internacional. La necesidad de atenerse a la interpretación que de los conceptos proporciona la *lex fori* se impone sólo en la medida en que la determinación del concepto de conexión es previa a la determinación de la ley aplicable. Después de la aplicación de esta ley, el juez da a los conceptos utilizados el sentido, la interpretación que tienen en la ley extranjera²⁶⁶.

Citemos el ejemplo de la práctica francesa decidido por la *Cour de Cassation*. Dimitri Caraslanis, súbdito griego, contrajo matrimonio civil en Francia, el 12 de septiembre de 1931, con una joven francesa de apellido Dumoulin. La esposa demanda el divorcio y él sostuvo en reconvencción que su matrimonio era inexistente porque la ley griega, que de acuerdo a la regla de conflicto francesa rige su estatuto personal en cuanto ley nacional, prescribe a los griegos de confesión ortodoxa contraer matrimonio religioso incluso en el extranjero, exigencia que no fue respetada en su matrimonio. Esta pretensión fue rechazada por el Tribunal de Apelación argumentando que al haberse celebrado el matrimonio en Francia quedaba sometido a la ley francesa en cuanto a su validez formal, en virtud de la norma de conflicto francesa según la cual la forma de los actos se rige por la ley del lugar de celebración²⁶⁷.

²⁶⁴ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 57.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 59

²⁶⁶ De Castro, *La cuestión de las calificaciones...*, ob. cit.; Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 59.

²⁶⁷ Esta decisión fue aprobada por la *Cour de Cassation*, en sentencia de 22 de junio de 1955: “la cuestión de saber si un elemento de la celebración del matrimonio pertenece a la categoría de las reglas de forma o a la de las reglas de fondo, debía ser resuelta por

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

En el ejemplo utilizado por Kahn de las letras de cambio libradas en Tennessee (USA), donde se reclama el pago a una persona domiciliada en Alemania en los tribunales alemanes, las dificultades se derivan del hecho de que en Derecho alemán la prescripción es considerada como cuestión de fondo, mientras que en el Derecho anglosajón constituye una cuestión de procedimiento. Lo importante no es que la institución extranjera sea objeto de una elaboración técnica diferente de la del foro, sino saber si sus caracteres esenciales coinciden con los del foro²⁶⁸.

El legislador venezolano parece haberse ocupado de este último proceso en el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado²⁶⁹, al establecer “El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo”. Ya hablamos de las diferentes posiciones doctrinales en relación a este artículo, redactado en su versión original en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado y antecedente directo de la mencionada norma de la Ley. Von Schwind expresó “no sólo se incorpora el Derecho extranjero propiamente dicho, sino también los principios que lo rigen. Esto tiene que significar que la interpretación jurídica y, en todo caso, la construcción jurídica, han de llevarse a cabo de la manera prevista en el derecho extranjero remitido”²⁷⁰.

De igual forma, la doctrina venezolana sostiene que la Ley de Derecho Internacional Privado persigue el necesario balance entre las nociones de la justicia formal y la justicia material²⁷¹, así como el logro de la equidad de cada caso²⁷², básicamente estos son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Asimismo, en materia de calificaciones los comentarios más recientes se limitan a indicar que la Ley no la regula y que, por tanto, la decisión queda en manos del juez. El artículo 2 consagra una norma orientadora en la materia, en el sentido de

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

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

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

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

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

²⁷² La Profesora Tatiana de Maekelt señala que las soluciones de la ley “responden a la concepción actual de la materia que persigue, como objetivo fundamental, la justicia material de cada caso”. Ver B. de Maekelt, Tatiana, *Ley de Derecho internacional privado Venezolano. Comentarios generales*, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 de Agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia), Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001., Colección Libros Homenajes No. 1, Vol. II, p. 106.

proponer la calificación *lege normae*, que no tiene por finalidad rechazar la aplicación del Derecho extranjero, sino posibilitar su mejor aplicación, imponer el deber de armonizar el resultado de la aplicación del Derecho extranjero con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto; no se trata de la aplicación de la *lex fori*, se trata de una reafirmación de la libertad para obtener una adecuada solución del caso concreto²⁷³, en la búsqueda de la justicia material que orienta nuestra Ley. Por ello hoy día se afirma que las calificaciones se incluyen dentro del grupo de las instituciones llamadas valorativas²⁷⁴.

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

Algunos autores piensan que el objeto de las calificaciones está constituido por las normas de Derecho privado, un razonamiento a fin de cuentas circular, ya que es precisamente la calificación la que debe conducir a la determinación de la ley aplicable. Otros autores piensan que el objeto de la calificación está constituido por los hechos o una relación de vida que conduce a una cuestión jurídica. En opinión de Erik Jaime es más bien la cuestión jurídica misma la que debe ser clasificada, cuestión cuyo contenido está determinado por las leyes eventualmente aplicables²⁷⁵.

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

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

El problema de la calificación es un problema de subsunción. La aplicación de toda regla de Derecho se hace como sabemos mediante el proceso lógico de la subsunción. El hecho concreto se coloca bajo el hecho abstracto indicado por la regla de Derecho, y se examina si los dos son idénticos. Si es este el caso, se deduce la conclusión: el efecto ligado al hecho dado por la regla ha tenido lugar. Se le elimina si no es este el caso. Lo dicho vale también para la regla de conflicto²⁷⁶.

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

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

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

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

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

es necesario averiguar la naturaleza, sentido y finalidad de la norma de conformidad con el Derecho extranjero al cual pertenece, “caracterización”, para así poner en funcionamiento la operación descrita, y poder averiguar si la premisa menor ya caracterizada y la mayor, compuesta por las categorías de conexión utilizadas por la norma de conflicto del foro, coinciden de manera de poder realizar la subsunción. A este proceso le denomina clasificación²⁷⁷.

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

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

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

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

Batiffol distingue, entre dos fases²⁷⁹:

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

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

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

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

2) La fase de enjuiciamiento, en la cual juega un papel protagónico la ley del foro, por cuanto el punto de vista particular de cada ordenamiento jurídico no tiene por qué ser compatible con el punto de vista de los demás ordenamientos. Una vez delimitada la institución, es que se determina a qué categoría del ordenamiento del foro corresponde la institución analizada previamente conforme al Derecho extranjero en el cual ha sido creada. En ocasiones se hace preciso darles mayor flexibilidad y amplitud a las categorías del foro, pues se trata de relaciones jurídicas internacionales, debe atenderse no sólo a la nomenclatura jurídica acerca de la institución sino a la auténtica función que desempeña esa institución en el plano social²⁸⁰.

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

Se impone una interpretación teleológica, no sólo frente a la norma de colisión a observarse, sino también frente a las máximas de decisión extraídas de la *lex causae* aducida. Se trata de evaluar en qué medida es adoptada esa dirección en la interpretación de los diversos sistemas de Derecho internacional privado, y en qué dirección debe ser orientada la mencionada interpretación comparativa, de acuerdo con cuáles valoraciones normativas deba hacerse, para que las normas de colisión cumplan su cometido respondiendo al interés de la convivencia internacional y al de la coherencia de las decisiones que se encuadran en el ámbito de un mismo ordenamiento legal. El procedimiento hermenéutico ilustrado presupone una commensurabilidad recíproca de los dos o más ordenamientos confrontados, en base a una “comunidad de civilización” y, por lo tanto, una comparabilidad de las respectivas disciplinas²⁸².

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

²⁸⁰ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 63.

²⁸¹ Betti, *Interpretación de los conceptos calificadores...*, ob. cit., pp. 679-680.

²⁸² *Idem*.

correspondiente a la *lex fori* (en caso de traspaso de la relación de un régimen jurídico a otro); conversión sustitutiva (dirigida a encontrar un equivalente funcional del acto o de la relación calificante, que constituye presupuesto de la eficacia jurídica); adecuación o adaptación de la máxima sacada de la Ley extranjera (*lex causae*) al ordenamiento de la *lex fori*. En estos procedimientos se trata siempre de exigencias interpretativas relativas a materias que presentan elementos de extranjería y, por lo tanto, factores de conexión con leyes extranjeras²⁸³.

En la doctrina, hay autores que distinguen la interpretación de la calificación, consideran la interpretación de los conceptos empleados por la norma de conflicto aplicable como una solución para determinarla, la llamada tercera escuela, sugerida por vez primera por Rabel y por F. De Castro, una alternativa a la calificación *lex fori* y *lex causae*. Sostienen que no es necesario recurrir a la técnica de la calificación si los conceptos empleados como supuestos de hecho de la norma de conflicto están perfectamente definidos y no son “importados” del Derecho civil o mercantil. De este modo, cuanto más perfilado está el concepto utilizado como supuesto de hecho de la norma de conflicto, más sencilla es la subsunción de la situación social en el mismo. El intérprete debe analizar la situación privada internacional y acreditar si reúne los requisitos exigidos para ser considerada como subsumible en la categoría jurídica empleada por el legislador como “supuesto de hecho” de la norma de conflicto, ésta fue la tesis sugerida por Ernest Rabel. El intérprete no debe entrar en disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de la situación privada a objeto de “calificarla” como un tipo legal determinado, esto se haría si empleara la técnica de la calificación. Pero si utiliza la “técnica de la interpretación” del supuesto de hecho de la norma de conflicto, primero precisará el significado de dicho “supuesto de hecho”, si la situación privada internacional reúne los requisitos exigidos por dicho concepto, debe subsumirse en el mismo. Se ha conseguido la subsunción del hecho social en el supuesto de hecho de la norma de conflicto²⁸⁴.

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

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

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

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

derecho sólo puede ser entendida en el marco de una teoría general de la interpretación²⁸⁵.

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

Según Tállice, la interpretación y calificación son dos momentos “diferentes y sucesivos en el proceso de aplicación del Derecho internacional privado a las relaciones extranacionales”. Afirma que la interpretación de la norma de Derecho internacional privado es una tarea previa a la calificación de la relación jurídica extranacional, porque la ubicación de esta última en una u otra categoría dependerá del resultado que arroje su interpretación, que nos señalará el ámbito de aplicación de la norma, es decir, el conjunto de situaciones de hecho o de derecho comprendidas en cada uno de los supuestos normativos. Alfonsín en cambio afirma que se trata de un mismo proceso, pero analizado desde dos puntos de vista: la interpretación, desde el punto de vista de la norma, y la calificación desde el punto de vista de la relación jurídica²⁸⁸.

De todo lo mencionado resulta que la calificación jurídica de las relaciones de la vida no plantea para el Derecho internacional privado problemas tan difíciles como se piensa, sin embargo la interferencia de Derechos materiales de distintos países hace surgir numerosos problemas particulares que afectan la interpretación de tales Derechos, problemas que no se suscitan cuando las situaciones o los hechos se desarrollan dentro del acontecer nacional, sino sólo cuando tienen puntos de conexión con el extranjero. El problema de las calificaciones atañe a la vigencia de las normas de conflicto, es por ello por lo que hay que resolverlos de acuerdo con el fin de las mismas, lo que Betti denomina “prudencia hermenéutica”, orientada a colocar la interpretación teleológica de las normas individuales de colisión en primer plano²⁸⁹. Es preciso averiguar qué contenido de justicia de Derecho internacional privado, lleva cada una de las

²⁸⁵ Barrios, Haydée, La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, Vol. I, p. 22.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 26.

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

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

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

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

La ausencia de uniformidad en los criterios contenidos en la doctrina y en la jurisprudencia, trae como consecuencia la ausencia de normas reguladoras de la misma o su escasa regulación. Sin embargo, se observa una evolución de una concepción territorialista identificada con la calificación conforme a la *lex fori*, hacia una concepción universalista más adecuada, sin embargo la evolución es lenta debido a lo complejo del problema²⁹⁰; el futuro y desarrollo de la calificación, consistirá en ampliar la calificación autónoma.

B. La institución desconocida

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

Friedrich Carl von Savigny aceptó el principio rector sostenido por Carl G. von Waechter, de la obligación a cargo del juez de resolver los casos contentivos de elementos extranjeros de acuerdo con las reglas promulgadas por su propio legislador, aun cuando no estuviese de acuerdo con su solución legal²⁹¹. El autor alemán analiza las cuestiones no decididas en forma expresa, que era lo normal en la época, por cuanto ninguna legislación nacional había regulado toda la materia, y además las escasas normas escritas de Derecho internacional privado existentes estaban inspiradas por la doctrina de los estatutarios, que era una teoría incompleta e insuficiente para resolver las situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos.

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

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

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

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

del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación²⁹², la selección es efectuada en forma neutral, a través de criterios objetivos, en plano de igualdad a todas las legislaciones involucradas con la controversia, sin dar preferencia a la *lex fori*. Este asiento indica la ley aplicable y esta designación debe ser respetada y aceptada en todas partes como la única manera de cumplir el deber de aplicar Derecho extranjero, impuesto a los países europeos por la existencia de “una comunidad internacional de naciones que tienen relaciones recíprocas”, con fundamento en el Derecho Romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua. Pero admitió dos excepciones a esta obligación: cuando su aplicación contradice normas o reglas del *forum* que tienen un carácter absoluto, imperativo, modernamente conocidas como normas de aplicación necesarias²⁹³ y; los casos en los cuales las legislaciones extranjeras consagran instituciones jurídicas desconocidas para la *lex fori*²⁹⁴.

Hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de Derecho entre diferentes Estados. En presencia de estas leyes debe el Juez aplicar exclusivamente el Derecho nacional, aunque nuestro principio exigiera la aplicación del Derecho extranjero. De aquí resultan una serie de excepciones muy importantes, cuya determinación rigurosa es quizás la parte más difícil del problema que tenemos que resolver.

Voy a tratar de referir todas estas excepciones a dos clases principales: A) Leyes de una naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, por lo cual no admiten esta libertad de apreciación que no tiene en cuenta los límites de los verdaderos Estados. B) Instituciones de un estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los Tribunales²⁹⁵.

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

²⁹² Savigny, *Sistema del Derecho romano actual...*, ob. cit., p. 140.

²⁹³ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 9. Institución desconocida, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, p. 323. Ver “Normas de aplicación inmediata o necesaria” de la misma autora en *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 112 ss.

²⁹⁴ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 89 ss.

²⁹⁵ Savigny, *Sistema del Derecho romano actual...*, ob. cit., pp. 142-143.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 145.

El autor no habla de orden público, es difícil determinar si este concepto se agota con la declaración de inaplicabilidad de las leyes extranjeras contradictorias con las normas prohibitivas o preceptivas, obligatorias de la *lex fori*, o bien, si no es más que una razón de orden público la que interviene para la segunda excepción a la comunidad de Derecho, vale decir, en el caso de la institución desconocida²⁹⁷.

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

La esclavitud, como institución de Derecho, no está reconocida entre nosotros, y según nuestras ideas hay inmoralidad en tratar á un hombre como á una cosa. El primer motivo es también aplicable al caso de la muerte civil; pero no lo es el segundo, porque la muerte civil no es más inmoral que cualquier otra pena más rigurosa²⁹⁸.

En ambos ejemplos se da la misma consecuencia, la negación de aplicabilidad extraterritorial de esas instituciones. Savigny señala que la institución de un país desconocida en otro país, no puede ser aplicada por los Tribunales de este último por ser desconocida y no por injusta e inmoral. Entre las instituciones de un Estado desconocidas en otro, existen algunas que contradicen la “moral” o son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico, en consecuencia la no aplicabilidad de estas instituciones cae dentro del supuesto de lo que hoy se llama orden público, que viene a ser el supuesto de la esclavitud, pues se trata de una institución “inmoral” en otros países. En el caso de la muerte civil decretada por los Tribunales de un Estado, es una institución extranjera desconocida y resulta inaplicable, aun cuando no contradiga las convicciones éticas o principios fundamentales, por cuanto está regulada por leyes íntimamente relacionadas con la soberanía de un Estado, como son las leyes penales y de policía, de carácter absolutamente territorial²⁹⁹.

Cuando Savigny habla de la institución extranjera desconocida como excepción a la aplicación de la ley declarada competente de acuerdo a los principios generales por él establecidos acerca de la Comunidad de Derecho, no pretende dar a ese vocablo un valor especial derivado de una construcción jurídica, sino que acepta la definición que se le ha dado al término “institución” por las diferentes escuelas, cuyo origen puede remontarse a los tiempos clásicos del Derecho Romano³⁰⁰.

²⁹⁷ Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., p. 90.

²⁹⁸ Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*..., ob. cit., p. 145.

²⁹⁹ Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., pp. 90-91 y 141.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 34.

En base a lo impreciso del concepto de la institución en la obra del jurista alemán, no puede determinarse de una manera exacta sus límites, y señalar cuándo podemos determinar que se está en presencia de una institución desconocida o bien, que existe una discrepancia legislativa dentro de la misma institución. No podemos concluir ante tal imprecisión, que toda institución desconocida para un país resulta automáticamente inaplicable. Habrá que interpretar de manera restrictiva la teoría de inaplicabilidad de la institución desconocida, por cuanto Savigny la consideró como un caso excepcional de aplicación de la *lex fori*, y no como una regla de general aplicación³⁰¹; una anomalía de la cual “debe esperarse que, por consecuencias del desarrollo natural del derecho en los diferentes pueblos, el número de estos casos excepcionales tenderá constantemente á disminuir”³⁰².

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

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

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

Al decir de Joaquín Garde Castillo

... institución será, pues, la serie de conceptos jurídicos, más amplia desde luego que la relación jurídica, y más restringida que una rama del Derecho, sin que podamos señalar exactamente los límites máximo y mínimo para el uso correcto de esta palabra, por defecto de otras que ventajosamente pudieran servir para reemplazarla cuando estamos a punto de traspasar los referidos límites³⁰⁵.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 93.

³⁰² Savigny, *Sistema del Derecho romano actual...*, ob. cit., p. 145.

³⁰³ Garde Castillo, *La “institución desconocida”...*, ob. cit., p. 38.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 43.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 44.

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

Las verdaderas instituciones desconocidas o las más significativas para los problemas conflictuales, el profesor Garde Castillo las agrupa de la siguiente manera: 1) instituciones extranjeras con gran similitud o identidad con una correspondiente a nuestro ordenamiento jurídico, más frecuente que la identidad es la analogía, y la determinación de “conocida o desconocida” depende de la calificación. Las instituciones comprendidas en este grupo no plantean ningún problema en su aplicación; 2) institución desconocida por imprevisión del legislador, pues las instituciones de un país responden a sus necesidades muy particulares y cuando éstas no se han dado en otros países, difícilmente puede establecerse una institución similar. Pero también ocurre que una institución puede no haber sido prevista por el legislador y responder a esas necesidades peculiares, “tener su razón de ser”, que puede dar lugar a una regulación consuetudinaria, “en este caso la vigencia *preter legem* de esta regulación debe ser examinada como cuestión previa, y caso afirmativo proceder como si se basase en una ley”; 3) desconocimiento por discrepancias técnicas, por diferencias en sus modalidades o subinstituciones contempladas en ella, señala a las instituciones que en sentido amplio pueden estar presentes en todos los ordenamientos jurídicos, pero al interpretarlas se observa una falta de paralelismo con la propia; 4) institución prohibida, en este caso se rechaza la institución extranjera no por desconocida sino por contraria al orden público; 5) desconocimiento por falta de información del juez, y esto guarda relación con los múltiples problemas procesales relacionados con la aplicación de un Derecho extranjero en el foro³⁰⁶.

En base a esta clasificación sólo caen dentro del campo que nos interesa, las instituciones totalmente imprevistas por el legislador y carentes de una regulación consuetudinaria que supla esta imprevisión y algunas basadas en técnicas jurídicas muy diferentes³⁰⁷.

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

³⁰⁶ *Ibid.*, pp. 46-48.

³⁰⁷ *Ibid.*, pp. 48-50.

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

El desconocimiento de una institución también puede verse desde tres puntos de vista: 1) desde el punto de vista del objeto o materia, cuando la institución responda a valores o principios en franca contradicción con los vigentes en el ordenamiento que la desconoce, en este caso la institución desconocida suele ser una institución prohibida; 2) desde el punto de vista del sentido y alcance de su contenido normativo, entre Estados de civilización e ideología comunes, lo normal es que las instituciones guarden cierta correspondencia, pudiendo registrarse ciertas diferencias cuando se trate de instituciones concretas, ya que en aquellas instituciones de gran amplitud rara vez podrá afirmarse su inexistencia en un ordenamiento conectado con el que posee la institución. Será excepcional encontrar una institución verdaderamente desconocida; 3) desde el punto de vista de la estructura y dinámica técnica de las instituciones, en este caso lo más frecuente es la diversidad y ella conducirá a que más que calificar la institución como desconocida, se la entienda como técnicamente inaplicable o técnicamente sustituible³⁰⁹.

Para precisar aún más cuando una institución extranjera es desconocida, conviene examinar los términos “relación de la vida”, “relación jurídica” e “institución jurídica”; una relación de la vida no puede ser desconocida pero puede ser imprevista por el legislador, si tal relación se plantea tiene que recibir una regulación. Esta relación de la vida se convierte en una relación jurídica cuando un ordenamiento la contempla como supuesto de una consecuencia jurídica. Si este supuesto de la norma extranjera se encuentra previsto en nuestra legislación y la consecuencia jurídica es distinta, el mismo supuesto da lugar en los dos países a relaciones jurídicas distintas. De la agrupación de estas relaciones jurídicas se forma la institución, cuando las diferencias entre las relaciones que la integran en dos legislaciones afectan a su finalidad y a su técnica es cuando, situados en el punto de vista de uno de los dos países, podemos considerar la institución como desconocida en el otro³¹⁰; cuando la institución tiende a resolver allí donde existe, problemas jurídicos que no se han planteado en el país de importación, o bien planteados, han sido resueltos con normas basadas en una técnica jurídica diferente.

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

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

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

³¹⁰ Garde Castillo, *La “institución desconocida”...*, ob. cit., pp. 48-49.

que establece la excepción de orden público debe ser aplicada sólo cuando la ley extranjera infrinja principios básicos para la legislación del foro. Alegar el orden público para negar a una institución extranjera, sólo por ser desconocida, es conferirle a la norma imperativa que establece la excepción una interpretación extensiva contraria con su finalidad fundamental, es contrario a la disposición imperativa que en cada país señala esta restricción a la aplicación de las leyes extranjeras³¹¹.

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

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

³¹¹ *Ibid.*, pp. 103-104.

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

... las partes de un negocio jurídico podrán crear un tipo contractual desconocido en una legislación, si no tropiezan con una disposición imperativa que a ello se oponga. Si se trata de un derecho real habrá que tener presente otro factor para su posible eficacia registral... el derecho creado de acuerdo con la legislación extranjera, de no encajar en uno de los tipos de derechos reales admitidos como inscribibles, no podrá ser inscrito, pero nada se opondrá a que pueda ser ejercitado a título de derecho de obligación³¹³.

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

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

Niboyet señalaba como ejemplo claro de excepción del orden público a la esclavitud, aun cuando la institución había nacido bajo el amparo de una determinada legislación, los tribunales negaron los derechos dominiales sobre seres humanos derivados y adquiridos en otro Estado; y dentro de la institución desconocida, la prenda sin desplazamiento y la hipoteca naval, el juez puede encontrarse con dificultades técnicas si se pretenden ejercer estos derechos³¹⁵.

³¹³ Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., p. 106.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 110

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

Pillet hablaba de la propiedad literaria, pues existían Estados que no lo contemplaban, en consecuencia un autor no podría exigir de ellos el respeto del Derecho exclusivo de reproducción de su obra adquirido en un país extranjero, toda vez que no había sido consagrado en su legislación³¹⁶.

1. Calificación de la institución extranjera desconocida

El funcionamiento de las normas de conflicto puede conllevar a la aplicación de leyes extranjeras reguladoras de instituciones extrañas para el Derecho llamado a recibirlas, y es así como la institución desconocida puede dar lugar a múltiples problemas dentro del campo del Derecho internacional privado. Uno de ellos es el problema de las calificaciones, la calificación que como desconocida pueda recibir una institución, depende de considerar en su conjunto al ordenamiento jurídico y no sólo a sus normas positivas, habrá que agotar necesariamente las herramientas de integración del Derecho, para poder determinar si un sistema conoce o no una institución. La existencia de una laguna, bien en la norma de conflicto, bien en el Derecho material, no es un indicio de desconocimiento, en la analogía se ha encontrado un instrumento para no rechazar a priori el Derecho extranjero³¹⁷.

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

Volvamos al ejemplo de la Sentencia del Tribunal de Argel, parece extraordinario y singular que para poder determinar la naturaleza matrimonial o sucesoria de la “cuarta del cónyuge pobre”, del derecho de usufructo sobre una cuarta parte de los bienes del marido, el juez haya recurrido a la ley francesa que la ignora o desconoce, en lugar de dirigirse a la ley anglo-maltesa que concibe a esta institución³¹⁸. Rabel formula otra situación, la sucesión contractual contemplada en la ley alemana respecto al ordenamiento jurídico español, que no admite otras formas de delación hereditaria que la testamentaria y a la intestada. Cuando un juez español sea llamado a decidir de la herencia de un alemán, la ley alemana será competente para decidir así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones. En el caso de un pacto hereditario realizado por un difunto alemán, sería o no aplicable a dicha sucesión según que se estime que estaba comprendido en el supuesto del precepto de la norma de Derecho internacional privado. Una interpretación literal de la norma nos llevaría a la conclusión de que los pactos sucesorios no están comprendidos en el concepto “sucesiones legítimas y testamentarias”, y aun cuando la norma aludiese

³¹⁶ Pillet citado por Joaquín Garde Castillo en su obra *La “institución desconocida”*..., ob. cit., pp. 110-112.

³¹⁷ Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida. ..., ob. cit., p. 328.

³¹⁸ Batiffol citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1976), p. 333.

genéricamente a las “sucesiones”, sin especificar las dos formas de delación hereditaria, la consecuencia a que llegaríamos sería la misma dentro del sistema de calificación por la *lex fori*, ya que sucesión para el legislador español es precisamente aquello que él ha querido que sea, y el concepto sólo por una interpretación analógica podría aplicarse a otros supuestos como es el del pacto sucesorio³¹⁹.

Calificar una situación privada internacional relativa a estas instituciones conforme al Derecho interno resulta poco probable. La situación privada internacional no puede ser jurídicamente definida con las categorías del Derecho interno³²⁰.

La institución desconocida constituyó una de las críticas que se esbozaron contra la calificación efectuada mediante la aplicación de los criterios del Derecho del foro para resolver esta cuestión. La calificación conforme a la *lex fori* resulta completamente inoperante cuando recae sobre instituciones desconocidas en ese ordenamiento jurídico³²¹.

La determinación del desconocimiento de una institución va a depender de la calificación que se haga de la misma, esta calificación puede llevarse a cabo a través del Derecho extranjero. Es así como el Decreto Ley Húngaro sobre Derecho internacional privado³²² y el Código Civil de Quebec³²³ regulan esta institución en las disposiciones relativas a la calificación y lo hacen de manera positiva, para tender a su aplicación, no como un mecanismo para rechazar el Derecho extranjero. En ambos casos se ordena que en los supuestos de instituciones desconocidas para el foro, la calificación ha de hacerse conforme al Derecho extranjero³²⁴.

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

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

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

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

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

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

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

encuadraría dentro de la calificación autónoma; 2) Tesis de la calificación por la función, emplea la clásica técnica calificatoria. Se trata de descomponer la operación calificatoria en dos fases: a) fase de definición del problema, se analiza la función que desarrolla la institución desconocida en el Derecho extranjero a cuyo amparo se creó o conforme a la que se ejercita la acción. Esta fase requiere una consulta informativa del Derecho extranjero para descubrir la función que la institución desarrolla en tal derecho; b) fase de decisión, debe hallarse una institución jurídica del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, que desarrolle la función que la institución despliega en el ordenamiento extranjero, o al menos una función similar. Una vez calificada la institución, se subsume en el supuesto de hecho de la norma de conflicto que corresponda. Esta equivalencia de la función no debe ser absoluta, debe ser suficiente³²⁵.

La calificación funcional es una opción valiosa para las instituciones desconocidas en principio para el foro. Como en el ordenamiento jurídico llamado a conocer de la institución no existe una configuración jurídica de tales instituciones, la vía de solución consiste en incidir en su función social, para de esta forma hallar la institución que en nuestro ordenamiento desempeña la función social o económica más próxima a la de la institución extranjera. El Derecho comparado puede con relativa facilidad señalar su espíritu y finalidad, por ello el intérprete jurídico debe realizar una tarea de Derecho comparado que le conduzca a desentrañar la naturaleza de la institución, con el objeto de determinar si no existe en su ordenamiento jurídico una institución que desempeñe idénticas funciones, equivalentes en su función³²⁶.

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

El desconocimiento de una institución en otro Derecho sólo puede ser causa de inaplicación de las leyes que la regulan en el supuesto de una imposibilidad técnica de su aplicación³²⁷. Le corresponde, por tanto, al juez guiarse no por el concepto de orden público, invariable en un tiempo y lugar determinados, sino por el principio de seguridad del tráfico jurídico, que es lo que resulta variable, mucho más en los derechos adquiridos que en la creación de los mismos. Si una institución foránea es desconocida en un Estado determinado porque afecta al orden público, esta excepción es suficiente para excluirla y, si es solo desconocida, no hay razón

³²⁵ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 232-233.

³²⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 343-344; Madrid Martínez, Artículo 9. Institución desconocida..., ob. cit., p. 329; Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 308-309.

³²⁷ Garde Castillo, *La "institución desconocida"*..., ob. cit., p. 156; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1976), p. 418.

suficiente para no aplicar el ordenamiento jurídico extranjero, de este modo se niega toda posibilidad de actuación a esta causa de exclusión del Derecho extranjero³²⁸.

La institución desconocida constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero competente cuando en el mismo se contemple una institución que no existe en el sistema legal del juez de la causa. Hoy en día, ha sufrido una progresiva eliminación como mecanismo fácil para rechazar la aplicación del Derecho extranjero, y su nueva concepción actual que obliga a revisar el Derecho del juez, favorece su ubicación en el grupo de instituciones valorativas³²⁹. Su estricta interpretación como causa de evicción del Derecho extranjero, podría convertirse en una manifestación del territorialismo con miras a reducir excesivamente la actuación del Derecho extranjero³³⁰.

2. Sistema venezolano

En cuanto a las fuentes internacionales, la figura de la institución desconocida aparece regulada, por primera vez, en el artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado³³¹ y fue sugerida por el representante de los Estados Unidos de América, con motivo del examen del articulado del proyecto que condujo a establecer la obligación a cargo del juez de investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero competente, su inclusión se debió a la necesidad de regular aquellos casos de tráfico jurídico externo que pusieran en contacto a los sistemas de Derecho civil y a los del *Common Law*. Algunos señalaron los peligros interpretativos que resultarían y que podrían conducir al rechazo de cualquier institución desconocida prevista en el Derecho extranjero competente; otros declararon innecesaria la fórmula propuesta porque es un problema muy discutido en el Derecho internacional privado y además consideraron que se trata básicamente de “un problema de adaptación, ya que el Juez del foro adapta la institución extranjera con la que encuentra similar en su foro” (Valladão)³³². Ciertamente para algunos autores el hecho de buscar en el ordenamiento jurídico del foro una institución o procedimiento análogo, para poder aplicar el Derecho extranjero es una especie de adaptación³³³.

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

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

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

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

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

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

Pero a pesar de las múltiples críticas, debe resaltarse el carácter innovador de su incorporación en la Convención, porque el tratamiento de esta figura en el marco nacional e internacional es prácticamente inexistente³³⁴, además es clara y precisa al especificar los casos en que puede aplicarse la excepción. Se ha afirmado que con ella se logró prever los casos justificables de inaplicabilidad del Derecho extranjero por desconocimiento de la institución, sin ser una excepción demasiado amplia que reduzca la aplicación del mismo. Por la expresión “podrá negarse” se la califica como una excepción facultativa, ha de considerarse la posibilidad de recurrir a ella sólo cuando no existan instituciones o procedimientos análogos, tratándose de una perspectiva amplia que permite el ejercicio positivo de la adaptación³³⁵.

El artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero³³⁶ regula de alguna manera la institución desconocida, y la principal razón de que se incluyera la norma fue el desconocimiento de la escritura pública en Estados Unidos. Así como también la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 9³³⁷; y el Tratado de Montevideo sobre Derecho comercial terrestre internacional de 1940, la norma contenida en el artículo 9³³⁸, se ha entendido que no funciona como una excepción, sino justamente para permitir el funcionamiento de instituciones consideradas como desconocidas³³⁹.

Nuestra Ley de Derecho Internacional Privado la consagra en el artículo 9, y en esta materia al igual que en el orden público internacional, se observan las más modernas tendencias de restringir al máximo la no aplicación del Derecho extranjero. El fundamento de este artículo es regular aquellos casos de Derecho internacional privado en los cuales nuestro ordenamiento jurídico se relaciona con otros de características diversas y, a veces extrañas al sistema venezolano, situación que cada vez se presenta con mayor frecuencia³⁴⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta fórmula cumple con los requisitos necesarios para evitar que la excepción de no aplicar el Derecho extranjero se convierta en regla general: En primer lugar, se trata de una excepción de carácter facultativo, utiliza la frase “podrá negarse”, así la norma autoriza al juez a examinar cada caso concreto para determinar si la existencia de una institución desconocida justifica rechazar la legislación extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto; en segundo lugar, esta excepción se encuentra redactada en forma restrictiva, cuando dispone que el juez solo podrá negarse a aplicar el Derecho extranjero cuando “el Derecho venezolano no tenga instituciones o procedimientos análogos”³⁴¹. En estos supuestos es necesaria la llamada “calificación funcional”, es decir, la vía de solución consiste en determinar la función social de la institución desconocida, para así hallar la institución que en nuestro Derecho desempeña la función social o económica más próxima a la institución extranjera³⁴². La amplitud de la norma al referirse no sólo a instituciones sino también a “procedimientos desconocidos”

En este sentido debe orientarse la aplicación del artículo 9 de la ley, el rechazo al Derecho extranjero debe ser el último recurso. La institución desconocida, al no hallar en nuestro sistema una figura análoga, se haría imposible llegar a una solución a través de la *lex fori*, salvo que el intérprete jurídico decida desconocerla, en este sentido debe ser interpretada tomando en consideración el Derecho extranjero a la luz del cual ha nacido tal institución, debe ser entendida como una figura que busca no excluir el Derecho llamado a ser aplicado, sin antes realizar el examen analógico que permitirá llenar la laguna a que le puede conducir el desconocimiento de la institución jurídica extranjera. Debe tenerse en consideración el respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas, pues el objetivo fundamental del Derecho internacional privado y de nuestra Ley, es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas y la justicia material del caso concreto³⁴³.

En la actualidad, algunos autores sostienen que esta institución está en desuso, pero podemos inferir que lo que buscan es impedir que el juez excluya el Derecho extranjero por desconocimiento, antes tendrá que descartar la existencia de una institución análoga en su propio ordenamiento jurídico³⁴⁴.

³⁴¹ B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 43.

³⁴² Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 344.

³⁴³ Madrid Martínez, Artículo 9. Institución Desconocida..., ob. cit., p. 335.

³⁴⁴ Madrid Martínez, *Instituciones generales*..., ob. cit., p. 126.

III. La cuestión incidental

A. La cuestión incidental en las relaciones jurídicas complejas

1. Nociones preliminares

Hablamos de cuestión incidental³⁴⁵ en Derecho internacional privado, cuando, para regular una relación privada internacional, llamada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente³⁴⁶, que funciona como presupuesto de la anterior. La cuestión incidental da nacimiento a un conflicto de leyes que puede resolverse aplicando el mismo principio que vincula a la cuestión principal, o bien referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador³⁴⁷. Esta figura se deriva del hecho característico de la conexión de ambos asuntos a legislaciones diferentes, y que las mismas, cuestión incidental y cuestión principal, aparecen directa y necesariamente vinculadas, de manera que ésta última queda subordinada a la primera.

Las normas de conflicto parten de un supuesto integrado por uno o más conceptos jurídicos, tales como “la forma de los actos”, “los bienes inmuebles”, “la capacidad de las personas”, “la tutela”, etc. En muchas ocasiones sucede que este supuesto conceptual no se presenta aislado, sino que, por el contrario queda íntimamente vinculado a otro, que se configura, no como una simple noción, sino como una verdadera situación jurídica. Se plantean entonces, al decir de Louis-Lucas, “situaciones complejas”, que se caracterizan porque las dos o más situaciones que componen la situación compleja se dan sucesiva y no contemporáneamente. Cuestiones complejas de esta naturaleza se presentan muchas, respecto de una cuestión de filiación legítima puede plantearse como preliminar una cuestión matrimonial; respecto de la validez de un matrimonio, la validez de un divorcio anterior, etc. El Derecho internacional privado considera este tipo de situaciones complejas como integradas por una (o más) cuestión preliminar y una cuestión principal³⁴⁸.

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

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

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

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

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

antes y surge porque se ha presentado la principal. De ello deriva la noción que la adjetiva, dicha cuestión es “preliminar” o “previa” a la principal porque su solución condiciona y precisa la de esta última. Ahora bien, cronológicamente, esto es enfocado en el marco dinámico del Derecho internacional privado, no cabe duda de que la *Vorfrage* se presenta con posterioridad a la principal, efectivamente, la cuestión preliminar surge después de un examen previo de la cuestión principal. Podemos expresar esta doble idea diciendo que la “cuestión previa nace después que la principal, pero debe resolverse antes que ésta. Se plantea como consecuencia de la aplicación de una norma de conflicto”³⁴⁹. Surge cuando al enjuiciar una situación regulada por una determinada norma de conflicto, aparece una cuestión jurídica que presenta autonomía propia, pero que precisa ser resuelta previamente para abordar la cuestión principal³⁵⁰.

La terminología empleada con mayor frecuencia es la de “cuestión preliminar” o “cuestión previa”; los autores alemanes, encabezados por Wengler, le han dado el nombre de “*Vorfrage*”; “*question préalable*”, utilizada por Maury; para Verplaetse parece más adecuada el nombre de “cuestión incidental”, ya que su planteamiento es siempre incidental y cronológicamente posterior en la investigación, aunque anterior en la solución³⁵¹. Para el Profesor Aguilar Navarro y Enrique Pecourt el término más adecuado es el de “cuestión preliminar o previa” porque “lógicamente es una cuestión previa, pues su solución condiciona y precisa la acción de la cuestión principal”³⁵².

El examen sistemático de la cuestión previa aparece en la doctrina a partir de la década de los treinta en Alemania, concretamente en la obra de George Melchior, publicada en 1932, que consagró al tema un capítulo titulado *Vorfrage* y en un artículo de Wilhelm Wengler titulado *Die Vorfrage im Kollisionsrecht* de 1934³⁵³.

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

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

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

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

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

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

posibles herederos tenía una hija legítima, el hijo de una hija legítima fallecida y el hijo de un hijo adoptivo, también fallecido. La adopción del padre del último tuvo lugar en la India, conforme a la legislación de ese país, en un tiempo en el que el *de cuius* tenía hijos legítimos, con esta particularidad que el hijo del adoptivo era nieto del adoptante. Por testamento otorgado ante notario de las Indias francesas, el *de cuius* había excluido al “nieto” adoptivo y por ello este último entabló la acción³⁵⁴. La adopción queda sometida a la ley nacional del adoptante. Dentro del problema sucesorio se planteaba un segundo problema de Derecho internacional privado, la cualidad de heredero del hijo de un hijo adoptivo premuerto. En efecto para determinar las personas con derecho a suceder, era necesario determinar la validez y legalidad de la adopción³⁵⁵.

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

El Tribunal de Apelación de Saigón confirmando la sentencia del *a quo*, decidió que la cuestión planteada no era la institución jurídica de la adopción, que según el Derecho internacional privado francés se rige por la ley personal. Sostuvo que se trataba de un incidente a la sucesión, de una parte del estatuto sucesorio, el cual estaba sometido al Derecho francés, subordina el estatuto personal al real; y además, la prohibición del Derecho francés era de orden público internacional francés, en consecuencia planteando el problema en su aspecto principal, la Ley nacional estaría descartada por la *lex fori*³⁵⁷, negando validez a la adopción. La Corte de Casación rechazó el recurso de casación contra la sentencia inferior, a propuesta del Consejero Pilon quien desarrolla ampliamente las mismas ideas de la decisión de la instancia³⁵⁸.

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

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

³⁵⁶ *Idem*.

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

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

De la sentencia resulta que la adopción está juzgada en función del estatuto sucesorio, incorpora el incidente a la *lex causae* y no a la consideración autónoma de la *lex formalis fori*, limitándose la decisión a los efectos del caso concreto planteado en Francia³⁵⁹.

Entre los autores que comentaron la decisión y la doctrina posterior que clasificaron el caso según parámetros distintos, cabe hacer especial mención a los juristas alemanes³⁶⁰ quienes hablaban de *Vorfrage* o cuestión preliminar y la entendían como un problema autónomo dentro del Derecho internacional privado. Señalaron que el problema consistía en determinar si cuando ante un tribunal se plantea una cuestión incidental que para éste ofrece algún elemento internacional, debe enjuiciarla por la ley que resulte competente para la regulación de la cuestión principal sólo, por tanto, se plantea el problema cuando la cuestión principal se rige, según el sistema conflictual del foro, por un Derecho extranjero³⁶¹. La doctrina actual la considera como “un problema técnico independiente, con perfil general, aunque incluido en todo un sistema de problemas generales de los que no es posible aislarlo”³⁶².

La doctrina francesa inmediatamente posterior a la sentencia vio en ella un caso de calificaciones. Ha visto entre ambos conceptos un parentesco bastante íntimo que permite considerar a la cuestión incidental como una especie comprendida en el planteamiento general de las calificaciones³⁶³. No sólo Bartin, sino Niboyet³⁶⁴ quien considera el caso como un ejemplo más de la calificación verificado por la *lex fori*, sostenía que el tribunal estaba ante dos reglas de Derecho internacional privado francés, una regulaba las sucesiones de inmuebles por la ley de su situación y, la otra somete la adopción al estatuto personal, cada una de ellas pudo aplicarse separadamente, después de haber sido calificadas por la ley del foro. Este planteamiento del problema a que dio lugar el caso comentado, no resulta extraño dada la amplitud que los autores franceses otorgaron a los problemas de calificación. Pero en Alemania la doctrina ya distinguía varias cuestiones dentro de aquel problema, especialmente, con Rabel, la interpretación de la norma de Derecho internacional privado y la fijación de la parte de la ley extranjera aplicable. Maury estima que la consideración del caso planteado dentro del marco de las calificaciones es correcta sólo en la hipótesis de que para regular la cuestión de fondo sea competente el Derecho material del juez, como ocurría en el asunto del nieto adoptivo; pero que si el Derecho competente fuese el de un tercer Estado, sería poco acertado este planteamiento³⁶⁵. En Francia, sólo Maury percibió con claridad desde un principio la situación deducible del caso fallado, considerándola como una figura autónoma.

³⁵⁹ Verplaetse, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 293.

³⁶⁰ W. Wengler y G. Melchior.

³⁶¹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1976), p. 315; Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., p. 131; Verplaetse, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 294.

³⁶² Aguilar Navarro citado en Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar*..., ob. cit., p. 22.

³⁶³ Bonnemaison, *La cuestión incidental*..., ob. cit., (2005), p. 284.

³⁶⁴ Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 542.

³⁶⁵ Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., p. 131.

Niederer³⁶⁶ admite como excepción de la aplicación de las reglas conflictuales del foro, aquellos supuestos en que esta aplicación a una cuestión previa o incidental supusiese dejar de respetar un derecho válidamente adquirido en otro país, según las reglas materiales aplicables en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente. Wolff estima que se trata de un caso análogo al reenvío que se “presenta *después* de la determinación del derecho aplicable, cuestión que cae *dentro* del dominio de interpretación del derecho interno extranjero que rige al caso”³⁶⁷.

Sin embargo, Melchior, Wengler y Maury³⁶⁸, plantean que el caso puede encuadrarse dentro de una nueva teoría con tipicidad propia, diferente a la calificación y al reenvío. Sostendrían que la cuestión preliminar debía ser resuelta por las normas de conflicto del país cuyo Derecho es competente para la cuestión principal, pues es a través de ella que puede lograrse la armonía internacional de las decisiones judiciales en cada materia³⁶⁹.

Otros juristas entienden que existe un elemento que puede ser decisivo para resolver la cuestión previa por normas de conflicto diferentes a las de la *lex fori*. Este elemento sería el resultado anómalo al que la rigurosa aplicación del principio de independencia de las normas de conflicto puede conducir, cuando éstas señalen como aplicables un ordenamiento material que declare la invalidez de una situación jurídica constituida regularmente en el país de origen. Entre estos autores se mencionan, además de Niederer, a Makarov y Meijers³⁷⁰.

Conviene precisar esta figura diferenciándola de la calificación y del reenvío. La cuestión incidental es la más joven de las instituciones generales del Derecho internacional privado, y en un principio se trabajó en su identificación con figuras ya existentes³⁷¹. Aguilar Navarro de cara a la cuestión incidental, indica que se está aún en una fase de consistencia científica, pero de vacilación en cuanto a su verdadera significación positiva, hasta el punto de que se han formulado opiniones muy autorizadas que, sin negar interés al problema, propician su inclusión en categorías ya consagradas en el Derecho internacional privado. Afirma “la cuestión previa sería una especial manifestación de la calificación, un supuesto peculiar de la conexión, una variante del reenvío o una aplicación de la adaptación. La mayor atracción la han ejercido las categorías de reenvío y de la calificación. Los franceses fueron los que desde el comienzo insistieron en su semejanza con la calificación y los alemanes en su parentesco con el reenvío...

³⁶⁶ Niederer citado por Miaja de la Muela en *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 270-281.

³⁶⁷ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 197.

³⁶⁸ Melchior, Wengler, Maury citados por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 270-271. Ver además a Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 292ss.

³⁶⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1956), p. 271.

³⁷⁰ Meijers citado por Miaja de la Muela en *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1956), p. 275.

³⁷¹ Madrid Martínez, Claudia, “Artículo 6. Cuestiones incidentales”, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, p. 256.

Y sin embargo, son cuestiones perfectamente diferenciables³⁷².

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

surge antes de que el juez haya averiguado qué derecho se tiene que aplicar al caso que se le presenta. Forma parte de la búsqueda del derecho aplicable. Una vez que el tribunal —o por vía del reenvío o sin él— ha determinado qué derecho interno es aplicable, no hay lugar para cualquier otro reenvío. Hay, sin embargo, situaciones en que se presenta una cuestión muy semejante a este problema *después* de la determinación del derecho aplicable, cuestión que cae *dentro* del dominio de interpretación del derecho interno extranjero que rige el caso³⁷³.

La cuestión incidental y el *reenvío*, se asemejan en cuanto que ambas se presentan como hipótesis de aplicación de reglas conflictuales extranjeras. Se diferencian en cuanto que en el *reenvío*, la aplicación de una norma de conflicto extranjera se plantea sucesivamente a la aplicación de la norma del foro, y ambas recaen sobre la misma institución o situación jurídica; mientras que en la cuestión incidental, por el contrario, la posible aplicación de la norma de conflicto extranjera es contemporánea a la del foro, y se aplica a una institución o situación jurídica distinta de aquella sobre la cual actúa la del foro. El reenvío implica la absoluta sustitución de la regla conflictual del foro por aquella que forma parte del sistema extranjero. En la cuestión incidental, entre tanto, actúa como una consecuencia de la norma indirecta del foro con la cual se complementa en una etapa posterior del juicio en que ambas se hacen presentes³⁷⁴. Lewald señala “el reenvío implica la sustitución de la regla de conflicto del foro por la de una legislación extranjera. . . El problema de la cuestión preliminar, por el contrario, surge dentro del marco del orden jurídico competente en virtud de la regla conflictual del foro”³⁷⁵. Surge la interrogante ¿qué sucede cuando el juez emplea la solución *lex causae* ante una cuestión incidental? Sustituye su norma de conflicto con la disposición extranjera y nunca llega a aplicar la norma indirecta del foro que regula la relación jurídica que presenta carácter preliminar; en el reenvío, alcanza la norma extranjera a través de la disposición conflictual del foro, sin la cual, “jamás llegaría al ordenamiento jurídico foráneo”³⁷⁶.

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

³⁷² Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*. Madrid, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 3ª ed., 1982, Vol. I, Tomo II, Parte Segunda, pp. 62 ss.

³⁷³ Wolff, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 197

³⁷⁴ Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar. . . , ob. cit., p. 22; Bonnemaïson, La cuestión incidental. . . , ob. cit., (1975), p. 40.

³⁷⁵ Lewald citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar. . . , ob. cit., p. 22.,

³⁷⁶ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales. . . , ob. cit., p. 256.

incidental es, al igual que la calificación, una materia de definición e interpretación legal que se subsume en el área de interpretación de aquel Derecho al que le reconozca competencia para solventarla³⁷⁷. Verplaetse afirma que “es una pseudo calificación porque aparece con posterioridad a la designación de la ley competente. Sólo hay que puntualizar que no se trata aquí de una interpretación del Derecho material aplicable, sino del carácter de la norma de conflicto incidental, de su determinación como accesorio e inseparable o como distinta e independiente de la norma que rige el asunto principal”³⁷⁸. En cuanto a su diferencia con la calificación, Pecourt García precisa que “en tanto que la calificación lo que investiga es la determinación del ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual debe precisarse el sentido y contenido de un concepto utilizado por la norma de conflicto, el problema de la cuestión preliminar lo que trata de fijar es el sistema conflictual determinado que debe designar la norma material aplicable a una cuestión preliminar o previa a la principal”³⁷⁹. En el ejemplo de la jurisprudencia francesa planteado, la calificación de la adopción determina la ley material que va a precisar su contenido o significado; pero como cuestión preliminar, la adopción postula la fijación del sistema conflictual que debe resolver su validez como situación jurídica.

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

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

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

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

validez de una situación jurídica pretendida³⁸⁰. Para Quintín Alfonsín,

La llamada “cuestión incidental” no es un problema auténtico del funcionamiento del derecho privado internacional. Tanto por su planteamiento correcto como por la solución que merece, este problema se identifica con la calificación cuando la cuestión se presenta antes de la determinación del derecho privado aplicable a la relación llamada incidental, y se identifica con la adaptación cuando se presenta después que el derecho privado internacional mencionado fue de algún modo determinado³⁸¹.

En la problemática práctica del Derecho internacional privado, surgen siempre que la ley extranjera competente llama al goce de un Derecho subjetivo a personas investidas de una determinada cualidad jurídica, la de hijo legítimo, adoptivo, cónyuge, de aquí la estrecha relación de esta institución con el respeto a las situaciones jurídicas creadas o derechos adquiridos. Y según sea una u otra norma de conflicto aplicable, nos puede conducir a dos ordenamientos, uno admitirá la condición o cualidad y el otro negará esa condición determinante del Derecho subjetivo en cuestión. También pueden surgir en el campo patrimonial, así la determinación de la existencia y titularidad de los Derechos reales puede constituir una cuestión incidental de asuntos relativos a la responsabilidad no contractual derivada de la vulneración de tales Derechos reales, la doctrina cita como ejemplo la determinación de la autoría de una obra como cuestión incidental a una reclamación por plagio de la misma³⁸². Aparece en el problema un encadenamiento y una relación de causalidad de los diferentes Derechos subjetivos en juego, de los que uno es supuesto condicionante del otro, se trata de un nexo de dependencia entre situaciones jurídicas³⁸³.

El planteamiento de la alternativa a la que conduce la aplicación de la norma de conflicto, cuando se está en presencia del goce de un Derecho subjetivo, obedece a que en el funcionamiento de la norma de conflicto sea necesario dilucidar con carácter previo una o varias cuestiones jurídicas, con el fin de establecer la conexión respecto de un supuesto concreto³⁸⁴. Sólo en caso de negarse la validez de la relación de que se trate, podrá darse paso a la intervención de la institución de los derechos adquiridos, como excepción a la aplicación de la norma de conflicto competente, sea la propia o una extranjera³⁸⁵.

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

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

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

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

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

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

2. Doctrinas dogmáticas

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

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

Una vez analizado el problema en torno a la determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión incidental, se limita la posibilidad de soluciones a la alternativa *lex fori* y *lex causae*. La pregunta que surge es cuál norma jurídica resolverá a esta cuestión incidental, este primer momento se presenta como un problema de conexión, cuya solución requiere la elección del sistema de normas de conflicto aplicable a la cuestión incidental. La interrogante planteada por la cuestión preliminar, en cuanto problema sustantivo de la teoría conflictual es, dando por supuesto que la validez extraterritorial de aquella relación jurídica ha de apreciarse según un determinado sistema de normas de conflicto, cuál ha de ser este sistema³⁸⁷. Para ello la doctrina presenta diversas soluciones³⁸⁸: si se resuelve conforme a la norma de conflicto del foro, o bien se somete al sistema conflictual del Derecho material aplicable a la cuestión principal.

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

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

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

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

a. Teoría lex formalis fori

Se nombran como representantes más característicos³⁸⁹ de esta solución a Raape, Maury, Cheshire, Rabel, Kegel, Goldschmidt, Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo.

El juez que conoce de la cuestión principal, va a aplicar a la cuestión incidental la norma de conflicto correspondiente de su propio sistema de Derecho internacional privado, vale decir, calificará la cuestión incidental en la categoría que le corresponda dentro del cuadro de categorías que le brinda su propio sistema de Derecho internacional privado. Esta norma de conflicto a su vez lo remitirá al Derecho material interno del Estado en cuyo territorio recaiga el punto de conexión³⁹⁰.

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

³⁸⁹ Ver a Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 91 ss.; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 269 ss.; Percout García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., pp. 11 ss.

³⁹⁰ Fresnedo de Aguirre, *Aspectos generales del sector del Derecho aplicable...*, ob. cit., p. 293.

³⁹¹ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 295-296.

y a la seguridad internacional de las relaciones extranacionales³⁹². El Derecho francés atribuye derechos sucesorios a los hijos adoptivos, pero supone que se han cumplido una serie de requisitos formales y materiales en el establecimiento del vínculo adoptivo, si en el Derecho hindú la adopción es un acto informal, poco semejante a la institución tal y como la conoce el Derecho francés, se desvirtúa la voluntad de aplicación del Derecho sucesorio francés³⁹³.

Bajo esta perspectiva doctrinal, se han señalado condiciones de existencia de la cuestión incidental: 1) la cuestión incidental debe ser una cuestión jurídica independiente, susceptible de tratamiento autónomo; 2) la cuestión incidental ha de estar contenida y regulada en una norma de conflicto específica de la *lex fori*, distinta a la que regula a la cuestión principal³⁹⁴.

Makarov quien acoge esta teoría, entiende que existen elementos que pueden ser decisivos para resolver en algún caso la cuestión previa por reglas de conflicto diferentes a las de la *lex fori*. Uno de ellos es el respeto a los derechos adquiridos y el otro es la nacionalidad cuando se presenta como cuestión previa cuya acreditación debe hacerse siempre con arreglo al Derecho del Estado de cuya nacionalidad se trata. Cree que en algunos casos se deberá recurrir a las normas de conflicto de la *lex causae*, pero no encuentra aceptables los sistemas que algunos autores han propuesto para delimitar los casos de aplicación de esta solución con la que resuelve la cuestión previa por las normas de conflicto del foro. Será el juez quien tenga que buscar en cada caso una solución conforme a la justicia³⁹⁵.

Para Werner Goldschmidt la teoría de la equivalencia, denominada así por él, se acerca a este planteamiento³⁹⁶, sostiene que cada causa, preséntese judicialmente a solas, preséntese unida a otras causas con las que forma un conjunto lógico, se rige invariablemente por su propio Derecho que es aquel que el Derecho internacional privado del juez indica.

La óptica del problema de la cuestión previa consiste en la presentación simultánea de problemas concatenados *todavía no resueltos* por ninguna autoridad, pero no en la presentación del último eslabón de una cadena de problemas oportunamente tratados por autoridades reconocidas como legítimas por las que intervienen en el problema siguiente³⁹⁷.

Esta solución de la doctrina responde a los principios de independencia y autonomía que caracterizan las normas de Derecho internacional privado³⁹⁸. Las razones empleadas para

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

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

³⁹⁴ *Idem*.

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

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

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

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

justificar esta posición se fundamentan en el hecho de que la subordinación de la cuestión preliminar a la cuestión principal no es suficiente para justificar la conexión de la primera a la ley nacional designada por las reglas de conexión del orden jurídico aplicable a la segunda³⁹⁹. Esbozan argumentos a la inversa de los empleados frente a la tesis de la solución de la cuestión incidental por la norma conflictual de la *lex causae*⁴⁰⁰: el principio de la armonía material o interna de las decisiones debe prevalecer sobre el de la armonía jurídica internacional, base de la tesis de la aplicación de la norma de conflicto de la *lex causae* a la cuestión incidental, pues garantiza que las cuestiones jurídicas se regularán siempre por la misma ley, bien se presenten de manera aislada o como incidentales o principales. Además potencia la seguridad jurídica, pues el juez interpreta un catálogo único de normas de conflicto para designar la ley aplicable a los casos internacionales, lo cual atiende al principio de exclusividad. Sin embargo, ha sido criticada utilizando el principio de los derechos adquiridos, por su tendencia a desconocer situaciones jurídicas válidamente creadas. por ello se propuso una fórmula según la cual, si la cuestión incidental incide de tal manera que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del foro, se otorgará primacía a la solución de la *lex fori*⁴⁰¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

elementos, se puede decidir la solución que sea más conveniente⁴⁰³. La profesora Maekelt se inclina por el “enfoque autónomo”, por la aplicación de la solución *lex formalis fori* que favorece la armonía interna, pero la solución definitiva deberá responder a las características de cada caso para así lograr su solución equitativa⁴⁰⁴.

En el sistema español, aunque no hay una solución expresa a este problema, al precisar la ley aplicable a una situación privada internacional que se presenta, el juez deberá aplicar la norma de conflicto española prevista para tal cuestión, artículo 12.6 del Código Civil⁴⁰⁵, pues dicha norma de conflicto es imperativa, no puede ignorarse su aplicación⁴⁰⁶, por tanto si la situación privada internacional se presenta como cuestión previa debe aplicarse la solución *lex fori*. La misma conclusión se puede extraer de aquellos sistemas que excluyen la posibilidad de aplicar las normas de conflicto extranjeras⁴⁰⁷, como el sistema peruano (art. 2.048 del Código Civil)⁴⁰⁸, el sistema de Quebec (art. 3080 del Código Civil)⁴⁰⁹, o el brasileño (art. 16 del Código Civil)⁴¹⁰. El artículo 12.II del Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre la celebración y el reconocimiento del matrimonio, sigue esta solución: la cuestión previa se rige por su propia norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex formalis fori*), pero si la cuestión principal se rige por el Derecho de un Estado no parte en el Convenio, puede aplicarse a la cuestión previa la norma de conflicto del Estado cuya ley regula la cuestión principal (*lex formalis causae*)⁴¹¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

para el caso en que la cuestión preliminar consiste en la validez de un matrimonio: “Indudablemente, sin embargo, hay casos en que tal sacrificio de la armonía interna a la armonía internacional llega a ser intolerable. Supongamos que un matrimonio italiano (Andrea y Berta), casados válidamente según todas las leyes interesadas, esté domiciliado en Inglaterra. Berta obtiene del tribunal inglés un decreto de divorcio según el derecho inglés a causa de adulterio de su marido. Entonces ambas partes se casan de nuevo en Inglaterra”. Andrea se domicilia en Italia con Carlota (segunda esposa) y muere intestado dejando propiedad mueble en Inglaterra. El tribunal inglés conoce de una acción referente a la distribución de su propiedad, y según la regla de conflicto inglesa se aplica Derecho italiano, que establece la posibilidad de demandar la tercera parte de la propiedad al esposo superviviente. “La cuestión de si Berta o Carlota, o ninguna es la ‘mujer superviviente del fallecido’ es incidental, siendo la cuestión principal la distribución de la propiedad de aquél”. Si el tribunal inglés tuviera que decidir el caso exactamente como haría el tribunal italiano, su razonamiento sería: el Derecho italiano no permite el divorcio entre súbditos italianos, el matrimonio con Carlota es nulo, en consecuencia Berta permaneció como esposa de Andrea hasta su muerte, aun cuando haya instado proceso de divorcio y se casara de nuevo (válidamente según el Derecho inglés), no la priva de un tercio de los bienes de Andrea⁴¹².

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

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

⁴¹² Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 200.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 201.

en el asunto de una norma de conflicto del foro, cualquiera sea su forma⁴¹⁴.

Aguilar Navarro afirma que se trata de un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional. La base de la solución puede encontrarse en la intensidad de la relación que la cuestión previa presente con el ordenamiento del foro: si la cuestión previa, incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, entonces resulta recomendable otorgar primacía a la solución de la *lex formalis fori*, a la armonía interna frente a la armonía internacional⁴¹⁵.

b. Teoría *lex formalis causae*

Los autores alemanes propusieron como solución más adecuada, la aplicación a la cuestión incidental de la norma conflictual del sistema jurídico material aplicable a la cuestión principal, fundamentándose en el carácter condicionante existente entre ambas. La doctrina alemana que fue la primera en ocuparse del problema de la cuestión incidental como un problema autónomo, insistió más en la idea de condicionalidad establecido entre la cuestión incidental y la principal que en el rasgo de autonomía⁴¹⁶.

La cuestión incidental se subordina y se integra en la principal. El incidente pierde su valor autónomo al plantearse dentro de otro asunto. Lo que es cronológicamente posterior debe lógicamente subordinarse como condición de aplicación de la ley normalmente competente al principal, poco importa que el presupuesto se presente en la forma de una norma de Derecho internacional privado. Esta teoría es seguida por Melchior, Wengler, Lagarde y Wolf⁴¹⁷.

Sostienen que la cuestión preliminar ha de decidirse por la norma de conflicto del ordenamiento que rige la cuestión principal, conectan “dependientemente” con el fin de que la cuestión incidental quede resuelta lo mismo que la decidiría el Estado cuyo Derecho material gobierna la cuestión principal. Está implicado aquí el mismo criterio que preside la justificación del reenvío, el tribunal de un Estado debe decidir el litigio del mismo modo como lo decidiría el tribunal extranjero, queda postulada la armonía internacional de soluciones respecto de los distintos sistemas conectados con el litigio y se evita la escisión del caso⁴¹⁸.

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

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

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

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

⁴¹⁸ Bonnemaison, *La cuestión incidental*..., ob. cit., (2005), p. 285; Kegel, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 211; Madrid Martínez, *Artículo 6. Cuestiones incidentales*..., ob. cit., p. 255

Es la concepción estricta de la cuestión previa o preliminar y los requisitos señalados por la doctrina, para que ésta surja son tres: 1) Conforme a la norma de conflicto del foro, la cuestión principal debe quedar regulada por un Derecho extranjero; 2) la designación del ordenamiento aplicable a la cuestión previa, según la norma de conflicto del Derecho extranjero que rige la cuestión principal, debe ser distinto al que resultaría aplicable a dicha cuestión por la norma de conflicto del foro; 3) la solución material a la cuestión incidental debe ser también diferente, pues si ambos coinciden estaríamos ante un falso problema⁴¹⁹.

El primer argumento utilizado para justificar esta tesis es el que Maury denomina de “la competencia indirecta o derivada”, según la cual una vez designado el Derecho material aplicable a la cuestión principal por la norma de conflicto del foro, es a ese derecho a quien corresponderá pronunciarse sobre los puntos problemáticos que plantee el litigio, de conformidad con sus propias normas⁴²⁰.

En vista que la cuestión incidental es un problema de conexión que surge por causa de la principal, a la cual está íntimamente relacionada, le corresponde en consecuencia al derecho aplicable a la cuestión principal el que resuelva el problema de conexión a partir de sus normas de conflicto.

Melchior y Wengler apoyan esta solución fundamentándose en el principio de la “armonía internacional de las soluciones”. El primero de ellos argumenta la similitud entre cuestión incidental y reenvío, planteando la cuestión incidental como un problema de aplicación de Derecho extranjero, en ambos la admisión de la aplicación de la norma conflictual extranjera persigue una misma finalidad, conseguir la armonía jurídica internacional de las soluciones. Wengler sin embargo, no encuentra aproximación entre ambas instituciones y radicaliza al máximo el principio de la armonía internacional de las soluciones comparándola con la armonía material interna, pues entre ambas surge un conflicto derivado del problema de la cuestión incidental, el cual debe resolverse a favor del primer principio. En trabajos posteriores admite ciertas excepciones a la aplicación de ese principio, y hace la distinción entre las cuestiones preliminares autónomas y no autónomas, según que constituyan cuestiones susceptibles o no de ser materia de un proceso separado⁴²¹.

Wolff también es partidario de esta solución, la cual formula como regla general del siguiente modo: “No las reglas de conflicto del foro, sino las reglas de conflicto contenidas en aquel sistema jurídico que rige la cuestión “principal”, deben aplicarse a todas las cuestiones incidentales de las que depende la solución de la cuestión principal”⁴²². Justifica la aplicación

⁴¹⁹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 409-412.

⁴²⁰ Maury citado en Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., p. 29.

⁴²¹ Ver: Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., pp. 11 y ss; Míaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 322.

⁴²² Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 199.

de esta regla, como en el caso del reenvío, en el hecho de que ayuda en cierto grado a conseguir la armonía de decisiones entre los tribunales del foro y los tribunales de uno o más países extranjeros, a pesar de la disonancia interna, y al respecto cita como ejemplo “si una pareja mahometana domiciliada en Inglaterra vive en matrimonio polígamo, esto no será reconocido como un ‘matrimonio’ cuando se inste proceso de divorcio, pero probablemente será considerado como tal cuestión cuando estén en discusión la legitimidad de los hijos o los derechos de sucesión”⁴²³. Esta disonancia interna se compra muy cara, y se ve en la precisión de establecer excepciones a su tesis: “De esta manera sucede que la misma cuestión (de validez de un matrimonio particular) pudiera solucionarse de un modo hoy, y de otro diferente mañana. Debe subrayarse, sin embargo, que una falta semejante de armonía prevalece en casos de derecho puramente interno”⁴²⁴.

La doctrina italiana se ha mostrado simpatizante de esta postura, entre los autores que acogen esta tendencia se encuentran Vitta, Cansachi, Bentivoglio. En el sistema anglosajón se mencionan como partidarios de la aplicación de la solución por la norma de conflicto de la *lex causae* a Robertson y Gotlieb⁴²⁵.

Lagarde reduce la cuestión preliminar a la hipótesis en que el Derecho material aplicable a la cuestión principal es extranjero, también se fundamenta en el principio de la armonía internacional de las soluciones. La cuestión preliminar es un “problema de articulación de sistemas”, que sólo se resuelve aplicando la norma de conflicto del Derecho material que rige a la cuestión principal. Sostiene que cuando la norma de conflicto del foro designa un Derecho extranjero para resolver la cuestión principal se aleja, se desconecta del sistema jurídico del foro: “si el orden jurídico del foro se desinteresa así de la *question principale*, se desinteresa así mucho más de la *question préalable*. . . , y no tiene más ningún contacto con el derecho del foro”⁴²⁶.

Además añade como segundo argumento, “la necesidad de respetar la lógica interna del derecho extranjero aplicable a la cuestión principal”⁴²⁷, pues resolver la cuestión previa a partir de la norma de conflicto del foro sería para este autor, desnaturalizar el Derecho material aplicable a la cuestión principal.

Sin embargo, siguiendo a Wengler, establece una serie de excepciones a esta regla en las cuales, por una especial cualificación de los supuestos considerados, debe aplicarse la norma conflictual de la *lex fori*: si la cuestión preliminar no pierde *circunstancialmente* su contacto con el ordenamiento jurídico del foro, es más aconsejable aplicar su norma de conflicto, esta

⁴²³ *Ibid.*, p. 200.

⁴²⁴ *Idem*.

⁴²⁵ Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar . . . , ob. cit., p. 30.

⁴²⁶ Lagarde, Paul, La règle de conflit applicable aux questions préalables, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, No. 4, p. 468.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 470.

conexión entre la cuestión preliminar y el Derecho del foro puede ser natural, cuando la situación jurídica que se presenta como preliminar ha nacido en el ámbito del Derecho del foro. O bien, artificial, producida por ejemplo, a partir de un exequátur concedido por un tribunal del foro a una situación jurídica creada de acuerdo con el Derecho extranjero. En ambos casos, debe permanecer el vínculo entre la cuestión preliminar y el sistema jurídico del foro a pesar de la aplicación a la cuestión principal del Derecho extranjero⁴²⁸.

Ante la posibilidad de multiplicación indefinida de excepciones a esta regla, Maury sostiene que “si se acepta como principio, la competencia del Derecho internacional privado del Derecho material de la cuestión principal, es preciso aportar excepciones a esta regla, es decir, encontrar un criterio que permita precisarlas... Hay una dificultad cierta de ponerse de acuerdo sobre un procedimiento de distinción prácticamente simple”. Por esta razón, es preferible la solución del problema por el Derecho internacional privado del foro⁴²⁹.

Entre los argumentos empleados por la doctrina para apoyar esta teoría, además de fomentar la armonía internacional de soluciones, la misma potencia el respeto de los derechos adquiridos, sometiendo la cuestión incidental a la norma conflictual del sistema jurídico aplicable a la cuestión principal, se elimina el riesgo de inadaptación. Entre sus críticas, la doctrina señala que su aplicación conlleva a grandes inconvenientes, pues vulnera el principio de exclusividad e imperatividad del Derecho internacional privado del país cuyos tribunales están conociendo de la controversia; y además se trata de una tesis compleja que provoca gran inseguridad jurídica porque la ley aplicable a una determinada situación varía según dicha situación se presente como incidental o principal⁴³⁰.

Tanto la cuestión principal como la cuestión incidental son actos jurídicos independientes, fundados en órdenes jurídicos distintos, pues cada acto se celebró conforme a la ley respectiva. Además la norma de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal, que conforme a esta teoría se aplicaría a la cuestión incidental, podría a su vez remitir la regulación efectiva de esta última a un Derecho material distinto al que regula la cuestión principal y que no armonice con éste.

Werner Goldschmidt sostiene que la teoría de la jerarquización es injusta, pues si bien es cierto que nuestro legislador nos manda aplicar Derecho extranjero, quiere que imitemos la probable sentencia del juez extranjero; pero no lo es menos que nuestra sumisión al Derecho extranjero sólo opera dentro del marco del tipo legal, es decir, a la categoría que es objeto de la cuestión principal, pero no a las cuestiones previas a ésta⁴³¹. Con respecto a estas últimas, el

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 479; Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., p. 31.

⁴²⁹ Maury citado en: Garde Castillo, *La “institución desconocida”*..., ob. cit., p. 140.

⁴³⁰ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 237; Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable..., ob. cit., p. 295.

⁴³¹ Goldschmidt, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1995), p. 106.

mandato que debe cumplir el juez es aplicar la norma de conflicto de su sistema de Derecho internacional privado que corresponda en virtud de la calificación de la relación jurídica, conforme a la reglas que para calificar le impone su propio orden jurídico, y consecuentemente el Derecho material interno a que lo remita dicha norma de conflicto. Y entonces deberá regular la cuestión previa tal como lo haría el juez del Estado cuyo Derecho material resulte competente para regular la cuestión previa⁴³².

Las razones de la oposición entre estas dos grandes cauces de soluciones aportadas por la doctrina radican en que, para los seguidores de la tesis *lex formalis fori* lo realmente importante es la armonía interna, la uniformidad de las soluciones dentro del propio ordenamiento del foro; para los seguidores de la solución *lex formalis causae*, es la uniformidad de soluciones a nivel internacional, la armonía internacional de soluciones, el mínimo de conflictos.

Cuál de las dos es más importante ¿la uniformidad internacional o la coherencia interna? Es difícil de determinar, porque se trata, por un lado, de un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional; de otro, porque la referencia a la continuidad de las situaciones jurídicas, al respeto de los derechos adquiridos, es muy importante en este problema en el que no es posible olvidar la necesidad de continuidad de las situaciones que afectan a la condición de la persona, la necesidad de seguridad y continuidad respecto de los efectos que puedan derivarse de aquellos actos esenciales en la vida jurídica del hombre⁴³³.

La cuestión incidental supone la existencia de relaciones jurídicas que tienen carácter permanente, que constituyen un *status*, en las que la situación elaborada es fuente y no mera condición de esa situación jurídica, es precisamente la cuestión incidental lo esencial, pues lo que interesa es saber cuáles son los efectos jurídicos de esa condición permanente y que éstos tengan una centralización y una continuidad⁴³⁴.

Si bien en relación a esta materia cabe utilizar criterios de solución formales, estructurales, consustanciales con la naturaleza formal e indirecta de la norma de conflicto, lo fundamental y esencial es el nexo de dependencia existente entre situaciones jurídicas, de las que una es causa o condición de otra.

Para Carrillo Salcedo y Aguilar Navarro, el ordenamiento jurídico del foro debería sacrificarse en beneficio del Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental es lo fundamental, pero no puede aplicarse esta afirmación en aquellas situaciones en las cuales la cuestión incidental incide en una situación jurídica que vive predominantemente en el sistema del foro, la primacía de éste resulta indiscutible pues la adaptación con el Derecho

⁴³² Fresnedo de Aguirre, Aspectos generales del sector del Derecho aplicable..., ob. cit., p. 294.

⁴³³ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 243.

⁴³⁴ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 62 ss.

extranjero no puede darse. El sistema del foro no puede declarar como nulas situaciones que él mismo constituyó como válidas, ni puede legalizar situaciones jurídicas que él mismo considera absolutamente nulas⁴³⁵.

No obstante lo anterior, resolver el problema de la cuestión incidental de forma rígida y mecánica, optando por una u otra posición, podría conducir a soluciones injustas, no acordes con los ordenamientos jurídicos involucrados. Si desde un punto de vista práctico para el juez, la teoría de la *lex fori* resulta la más correcta, pues él debe velar por la certeza y por el cumplimiento de la justicia, no sólo formal sino sustantiva del caso concreto, parece más propicio dejar a su discrecionalidad el recurrir a una u otra teoría, tomando en cuenta los criterios establecidos por el legislador y los aspectos particulares involucrados en cada caso. La teoría de la cuestión incidental como mecanismo de escape a la rigidez de la norma de conflicto, puede ser útil en determinados supuestos, ésta ha sido precisamente la solución adoptada por la Convención Interamericana de normas generales (art. 8) y por la Ley de Derecho Internacional Privado (art. 6).

c. Soluciones intermedias

Ante las críticas realizadas y las excepciones planteadas a la aplicación de las dos teorías clásicas, han surgido soluciones intermedias que neutralizan el rigorismo de estas tesis. En primer lugar, la solución basada en el principio del respeto a los derechos adquiridos propuesta por Francescakis, Niederer, Meijers y Makarov. En un segundo lugar, propuestas matizadas. Ya mencionamos a Verplaetse al diferenciar dentro de las cuestiones previas dos casos distintos: Si el Derecho aplicable al asunto principal es la propia ley del foro ésta decidirá por sus correspondientes normas de conflicto, la cuestión previa o incidental. Pero si el Derecho aplicable a la cuestión principal es el de un país extranjero, la *lex fori* no es tan claramente aplicable a la cuestión incidental⁴³⁶. A la misma conclusión arriba Aguilar Navarro cuando lo plantea como un problema de grado, de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional: si la cuestión previa, incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, es recomendable darle primacía a la solución *lex formalis fori*; pero si el contacto con el foro es pequeño, accidental y coincidente con la valoración de los ordenamientos extranjeros, habrá que preponderar como más importante al criterio de la uniformidad, de la armonía internacional y aplicar la norma conflictual del sistema jurídico que rige la cuestión principal⁴³⁷.

⁴³⁵ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 244; Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 62 ss.

⁴³⁶ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 296.

⁴³⁷ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 74; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 254.

Louis-Lucas parte de la consideración de dos hipótesis diferentes, al separar los casos en que la solución afirmativa a la cuestión previa aparezca como fuente de la atribución de derechos subjetivos que se debaten en la cuestión principal, de aquellos otros supuestos en que la solución de la cuestión preliminar es condición, pero no fuente, de aquellos derechos. Partiendo de una solución *lex formalis fori* del problema de conexión de la cuestión preliminar, lo que le interesa al autor es si el Derecho material aplicable a la cuestión incidental puede aplicarse igualmente, por absorción, a la cuestión principal (caso de la situación-condición) o si la cuestión principal puede considerarse lo suficientemente independiente de la cuestión preliminar como para quedar sometida, a partir de la norma conflictual del foro, a un Derecho material diferente de aquel que rige la preliminar⁴³⁸.

Al principio general que atribuye competencia a la *lex formalis fori* para resolver el problema de la cuestión incidental, se formula la excepción de la doctrina del respeto a los derechos adquiridos. El deseo de evitar resultados injustos o absurdos en la aplicación de las normas conflictuales llevó a un sector de la doctrina a la construcción de la denominada teoría de los derechos adquiridos. El reconocimiento de este principio cede o debilita el rigor de la norma de conflicto del foro respecto de la cuestión incidental. Las razones de técnica jurídica quedan desplazadas por las exigencias de la justicia del caso concreto, la finalidad que se postula en el enjuiciamiento de estos casos es la de asegurar la continuidad en las relaciones privadas internacionales y en los efectos fundamentales de la vida jurídica⁴³⁹.

Aquí deben considerarse exigencias humanas y buscar soluciones armónicas y justas con las partes involucradas más que atender a consideraciones técnicas. La situación o condición creada válidamente bajo el imperio de una ley competente para el momento de su creación, que produjo derechos y deberes, no puede posteriormente someterse a una ley distinta que decida sobre su validez en un sentido contrario a la ley que la reguló hasta ahora. El resultado anómalo al que conduce la aplicación rigurosa del principio de independencia de las normas conflictuales, puede conducir, cuando éstas señalen como aplicable un ordenamiento material, a que se declare la invalidez de una situación jurídica constituida regularmente en el país de origen. Asimismo, la solución de regir la cuestión incidental por la misma ley a que se sujeta la cuestión principal entraña una profunda injusticia.

Raape, para quien la solución de Melchior de regir la cuestión previa o preliminar por la misma ley que la principal es injusta, ha enfatizado sobre este particular. Todo propósito de solución a la cuestión incidental debe perseguir como finalidad fundamental un resultado justo

⁴³⁸ Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., pp. 34 y 35; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., (1976), p. 321.

⁴³⁹ Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 290; Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., pp. 32-33.

el cual se logra atribuyéndole un sentido de validez plena y universal a los actos creadores de las situaciones que conforman el estatuto personal y que hayan sido realizados de acuerdo a los requisitos formales y sustanciales exigidos por la ley del lugar de su celebración. Los que son padres en vida no pueden dejar de serlo en la muerte, la filiación no debe cambiar, no hay dos matrimonios, dos parentescos, el uno en vida y el otro en la muerte⁴⁴⁰.

Francescakis señala que el sistema de conflicto del foro debe ser abandonado para regular la cuestión incidental, pues la situación que origina el problema se ha constituido en el extranjero con apoyo en una ley reputada como competente y sin ningún contacto con el orden jurídico foral. No existe relación de esta situación y la *lex fori*, éste es el elemento sobre el cual descansa la inaplicabilidad de las reglas de conflicto del sentenciador⁴⁴¹.

Francescakis formuló con gran acierto la excepción más importante a la aplicación de la solución por la *lex formalis fori*: se trata de aquellas situaciones jurídicas que han sido creadas en un país extranjero y en él han desplegado sus efectos principales, cuestionándose ahora su validez en otro país como cuestión incidental. Aplicar las normas de conflicto del país que conoce del asunto principal resultaría inconveniente, pues puede conllevar a la invalidez de una situación perfectamente eficaz en otro país. Él justifica que la validez de la situación que se presenta como cuestión incidental debe valorarse atendiendo a las normas de Derecho internacional privado del país en el que la situación se creó y surtió sus efectos principales. Esta solución refuerza la continuidad internacional de las situaciones válidamente creadas en un país y en consecuencia, la seguridad jurídica⁴⁴².

Meijers propone un sistema diferente para descartar en ciertas cuestiones previas la aplicación de la norma de conflicto del foro. Cuando el juez se encuentra en presencia de un hecho o comportamiento jurídico realizado en otro país, respecto al que todos los sistemas conflictuales en presencia en el momento de su cumplimiento declaraban aplicable la misma ley material, es posible prescindir de estas reglas. El fundamento de esta solución radica en la necesidad de asegurar el reconocimiento de las situaciones creadas en el extranjero, para atender a la “justicia específica” del Derecho internacional privado⁴⁴³.

Dentro de esta misma posición en cuanto a la necesidad de colocar al respeto de los derechos adquiridos por encima de la exigencia lógica de resolver el problema de la cuestión incidental por el sistema conflictual del foro, debe mencionarse al jurista ruso Makarov, con su

⁴⁴⁰ Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 287; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 316-317.

⁴⁴¹ Francescakis citado en: Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (1975), p. 38.

⁴⁴² Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 238-239; B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 301.

⁴⁴³ Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 291; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 319; Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., pp. 33-34.

“teoría del cambio local de las reglas de conflicto” desarrollada en 1944 y perfeccionada en 1955. En esta última etapa sostiene el jurista que

...el Derecho internacional privado del foro puede ser excluido cuando concurren tres condiciones: a) Que el Tribunal se encuentre en presencia de una situación jurídica que ha sido creada en el extranjero; b) Que en el momento de constituirse esta relación exista, si no la unanimidad exigida por Meijers, si una mayoría de los sistemas conflictuales en presencia que declaren aplicable la legislación material conforme a la que aquella relación jurídica fue constituida. Si sólo hay en presencia dos sistemas conflictuales, y ambos no declaraban aplicable la misma ley a la constitución de la situación de que se trate, el derecho conflictual del foro no puede ser postergado; c) Que las personas interesadas no hayan podido prever en el momento de constituir aquella situación jurídica, que el tribunal que ahora conoce de ella habría un día que tener que decidir acerca de su validez⁴⁴⁴.

La no aplicación de las normas de conflicto del foro sólo puede tener lugar cuando la equidad lo exija.

Makarov llega así al supuesto específico de la cuestión incidental, es decir, al caso para el de aplicación mediata de las normas de conflicto extranjeras, en que, siendo aplicable en virtud de las normas de conflicto del foro un Derecho extranjero a la cuestión principal, la solución de ésta depende de la que se dé a la incidencia o previa. No encuentra aceptable delimitar los casos de aplicación de esta solución con la que resuelve la cuestión previa por las normas de conflicto del foro⁴⁴⁵.

Niederer no admitió los derechos adquiridos como un principio fundamental de Derecho internacional privado. De la misma manera que la excepción de orden público descarta el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto, cuando contradice principios morales o jurídicos del foro, también puede exceptuarse de la aplicación de las normas de conflicto del foro aquellos supuestos en los cuales esta aplicación a una cuestión previa o incidental condujese al irrespeto de un derecho válidamente adquirido en otro país, conforme a las reglas materiales aplicables en virtud de lo dispuesto en un sistema conflictual diferente⁴⁴⁶. Se le critica la falta de precisión de cuál será el otro sistema conflictual que sustituirá al del foro cuando éste sea descartado por desconocer un derecho adquirido en el extranjero, y además su fundamento es subjetivo, por cuanto remite a la apreciación del juez la eliminación de las normas de conflicto de su propio país, lo que produce una gran incertidumbre.

La esencia de esta doctrina descansa sobre el principio del respeto a los derechos adquiridos, sometiendo las situaciones válidamente creadas en el extranjero al imperio de la ley competente para su constitución. El fundamento de esta teoría fue recogido por la jurisprudencia

⁴⁴⁴ Makarov citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 320.

⁴⁴⁵ *Idem*.

⁴⁴⁶ Niederer citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 318-319.

francesa en Sentencia de la Corte de Apelación de París, de fecha 19 de marzo de 1965, en la cual se limita el ámbito de aplicación de la norma de conflicto del foro a situaciones que tengan algún contacto con ella, no debe intervenir en aquellas situaciones que han sido establecidas en el extranjero.

El Derecho internacional privado de cada país no tiene poder para pronunciarse más que sobre situaciones jurídicas que han afectado a su esfera de interés. Por consiguiente, el sistema de reglas de conflicto del foro no debe intervenir respecto de situaciones que han sido establecidas en el extranjero; allí se han desarrollado y allí han desplegado y agotado sus efectos, sin presentar vínculo alguno con el foro⁴⁴⁷.

B. Las cuestiones incidentales en el Derecho internacional privado y el problema de la cuestión previa

De todas las instituciones generales del Derecho internacional privado es quizá ésta la que tenga más reflejo desde el punto de vista procesal, pues el condicionamiento de la cuestión incidental sobre las modalidades y alcance de la principal, obliga al juez a pronunciarse sobre ella con anterioridad al objeto del juicio⁴⁴⁸. La cuestión incidental no se concibe sino se la ve inmersa en un litigio judicial, es allí donde toma su caracterización. Sólo puede entenderse dentro del “protagonismo judicial” como un elemento puesto en función condicionante de una acción⁴⁴⁹. Es necesario aclarar algunos conceptos en relación con la cuestión previa en el ámbito del Derecho procesal y, particularmente, con la cuestión prejudicial, sin olvidar que en el caso del Derecho internacional privado lo que se plantea, en principio, es un problema de determinación del Derecho aplicable⁴⁵⁰.

La principal y la incidental son cuestiones de derecho que ocupan posiciones diferentes en la evolución de un proceso judicial. La cuestión principal tiene que ver directamente con la demanda expresamente formulada, se le llama así al petitorio que constituye el objeto mismo de la acción y en cuyo examen el juez debe verificar si se han cumplido las exigencias de la hipótesis legal. Puede ocurrir que al procesarse el hecho litigioso haya necesidad de entrar a conocer, discutir y resolver sobre cuestiones de derecho que se postulan en el juicio como condicionantes de la acción deducida⁴⁵¹. Prejudicial es en sentido estricto, aquel asunto que debe resolverse antes que la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia y, entendida así, podríamos encuadrar en tal definición a la cuestión incidental en el Derecho internacional privado. Para que una cuestión tenga tal carácter en sentido propio,

⁴⁴⁷ Bonnemaison, La cuestión incidental... , ob. cit., (2005), p. 282. La decisión puede verse en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1967, pp. 85 ss. Ver a Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 254.

⁴⁴⁸ B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*..., ob. cit., p. 100.

⁴⁴⁹ Bonnemaison, La cuestión incidental... , ob. cit., (2005), p. 281.

⁴⁵⁰ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales... , ob. cit., p. 248.

⁴⁵¹ Bonnemaison, La cuestión incidental... , ob. cit., (2005), pp. 280-281.

debe fundarse en una relación sustancial independiente de la que motiva la litis y cuyo conocimiento corresponda, por disposición de la Ley o por la naturaleza jurídica de la cuestión, en juicio autónomo, a otro tribunal, y la decisión que en ella se tome, habrá de influir en la resolución final a dictarse respecto de la principal⁴⁵².

Es cuestión principal la reclamación de alimentos de un cónyuge hacia el otro, la demanda en petición de herencia, la inquisición de paternidad, la acción que persigue la nulidad del matrimonio. Pero puede ocurrir que el cónyuge que se defiende frente a la pretensión alimentaria invoca la nulidad del matrimonio, y el actor que reclama una parte de la herencia se le niega todo vínculo sucesoral con el causante. Estas defensas o excepciones constituyen las cuestiones incidentales que requieren de pronunciamiento en orden a definir la suerte de lo principal⁴⁵³.

En Derecho internacional privado existe cuestión previa cuando, para regular una relación privada internacional, denominada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente que opera como presupuesto de la anterior (cuestión previa, incidental, preliminar)⁴⁵⁴.

La originalidad del fenómeno llamado “cuestión previa” tiene interés si justifica una derogación de la aplicación normal de las normas de conflicto del foro. La cuestión previa se trata entonces como un incidente de la aplicación de la ley extranjera competente que atrae hacia ella la regulación de la cuestión de Derecho internacional privado que suscita la determinación de un elemento de su propia hipótesis. Para que pueda plantearse la cuestión previa como problema de conflicto de leyes, es preciso que la ley declarada aplicable a la cuestión principal por la *lex fori* no sea la ley interna del tribunal⁴⁵⁵. La estructura del problema requiere que la ley aplicable a la cuestión principal no sea la ley del foro, y la cuestión incidental viene a depender de un sector legislativo de conexión diferente al sistema que hace parte el asunto principal⁴⁵⁶.

Esta institución da nacimiento a un conflicto de leyes para cuya solución se plantea una doble posibilidad, que consiste en aplicar el mismo principio que vincula a la cuestión principal, o en referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador. Esta doble posibilidad o dicotomía deriva de la conexión de ambos asuntos a diferentes leyes. Existiendo una dependencia en la descripción del supuesto de hecho, y no existiendo normas de colisión diferentes, el legislador ha querido dar al ordenamiento extranjero reclamado la competencia para

⁴⁵² Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 248.

⁴⁵³ Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 280; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 249.

⁴⁵⁴ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 235.

⁴⁵⁵ Rigaux, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 317-318.

⁴⁵⁶ Bonnemaison, Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (1975), p. 38.

regular la cuestión previa como lo estime adecuado. Ha existido un reclamo integral, y el foro, lo que desea es que la cuestión principal se resuelva como sucedería de haberse planteado ante el foro extranjero. También puede darse, que el reclamo al ordenamiento extranjero se hace exclusivamente para la cuestión principal y que, por lo mismo, el foro conserva la competencia general que es la nota característica⁴⁵⁷.

Para que exista un problema de cuestión incidental en sentido estricto, en Derecho internacional privado se requiere la presencia de tres condiciones: a) La cuestión principal debe estar gobernada, a requerimiento de la norma de conflicto del foro, por algún ordenamiento extranjero, pues si resulta aplicable la ley del foro, no sería necesaria la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual de este Derecho⁴⁵⁸; b) La cuestión subsidiaria o accesorio contentiva de elementos extranjeros deviene como cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia; c) La norma de conflicto competente para determinar la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal. Estas condiciones resaltan un elemento decisivo para la caracterización de la figura en estudio, la referencia a la norma indirecta extranjera⁴⁵⁹.

La exigencia de estas condiciones condujo a la doctrina a afirmar que el caso que dio origen a la discusión doctrinal de la cuestión previa, *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille*, no constituyó una verdadera cuestión incidental relevante para el Derecho internacional privado. Así, en primer lugar, la cuestión principal resultó regulada por el Derecho del foro, Derecho francés, y para la cuestión incidental, el juez recurrió a una norma de aplicación necesaria (la decisión francesa alegó orden público francés) y no al sistema conflictual⁴⁶⁰.

Es necesario precisar con mayor profundidad los *dos momentos de la cuestión incidental*, ya mencionados someramente en las nociones preliminares de este capítulo: Primero, como situación jurídica cuya validez debe resolverse, después, como concepto que debe encajarse en la ley material aplicable a la cuestión principal. Una vez determinada la norma de conflicto aplicable a la cuestión preliminar, la aplicación de la misma conducirá a un determinado sistema material, de acuerdo con el cual deberá resolverse. Si se resuelve por la misma ley que regula la cuestión principal no habrá problemas. El problema surge si la cuestión incidental ha sido resuelta favorablemente, en el sentido que la ley material aplicable a la misma reconoce su validez, ahora se tratará de determinar si esa validez o ese *status*, entendido como concepto jurídico y no como situación jurídica, corresponde o coincide con el concepto de *status* empleado por la norma material aplicable a la cuestión principal⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 62 ss.

⁴⁵⁸ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 410.

⁴⁵⁹ Bonnemaison, *La cuestión incidental...*, ob. cit., (2005), p. 281.

⁴⁶⁰ Madrid Martínez, *Artículo 6. Cuestiones incidentales...*, ob. cit., pp. 252-253.

⁴⁶¹ Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., pp. 18 ss.

El primer problema es un problema de conexión, es decir, un problema de Derecho conflictual, identificar la ley material aplicable a la determinación del concepto prejudicial; el segundo problema se plantea como un problema de equivalencia de conceptos y surge una vez resuelto el primero, tiene por objeto la “comparación de conceptos jurídicos pertenecientes a leyes nacionales diferentes”. Rigaux lo denomina problema de sustitución⁴⁶². Por ello se señala que toda cuestión incidental contempla una situación de Derecho internacional privado doble⁴⁶³.

1) En cuanto al primer problema de determinación de la norma de conflicto aplicable a la cuestión preliminar, se suscita cuando uno de los elementos de la norma de colisión supone una situación jurídica constituida, situación que tiene que ser establecida jurídicamente de acuerdo con una ley determinada. La cuestión incidental surge por causa de la principal, y ésta queda limitada a la primera en cuanto que su solución depende de la cuestión incidental. Se trata pues de situaciones complejas, en las que la relación entre las situaciones jurídicas que la integran se caracteriza por la interdependencia que establece entre una y otra⁴⁶⁴.

En este primer momento, la cuestión incidental se presenta como un problema conflictual, que exige la determinación de la norma de conflicto aplicable. La validez extraterritorial de la situación o relación jurídica debe ser apreciada según un determinado sistema de normas de conflicto, pero ¿cuál será ese sistema?

La cuestión preliminar se plantea siempre respecto de una principal cuya regulación fija la *lex fori*. La norma de conflicto del foro es la que va a determinar la legislación material que va a regir a la cuestión principal. Como consecuencia de esto, dos supuestos se suscitan alternativamente derivados de la aplicación de la norma de conflicto del foro: la cuestión principal queda sometida a la propia ley material del foro, o bien se somete a un Derecho material extranjero. ¿puede plantearse en ambos supuestos una cuestión preliminar? La concepción tradicional de la cuestión incidental parece extender la hipótesis de ésta a ambos supuestos. En este sentido, es muy significativo el hecho de que el caso concreto que sugirió a los autores alemanes la cuestión preliminar se planteara respecto de una cuestión principal a la que era aplicable la ley material del foro, el célebre caso *Ponnoucannamalle c. Nadimoutaupoulle*⁴⁶⁵.

La doctrina aparece de nuevo dividida. Verplaetse diferencia ambos supuestos como base para ofrecer soluciones distintas⁴⁶⁶. La corriente francesa reduce el problema de la

⁴⁶² Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 367.

⁴⁶³ Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., p. 27.

⁴⁶⁴ Kegel y Serick la consideran como un supuesto autónomo condicionante, expresión adoptada por Pecourt, pues el calificativo de autónomo la define sustancialmente, mientras que el término *condicionante* se refiere a su precisión circunstancial, en cuanto planteada con carácter previo y determinante respecto de la principal. Ver al respecto el artículo de Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., p. 24.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 25.

⁴⁶⁶ Diferencia dentro de las cuestiones previas dos casos prácticamente distintos: Si el Derecho aplicable a la cuestión principal es la propia ley del foro es ésta la que decidirá por sus correspondientes normas de conflicto, la cuestión previa o incidental; pero si el

cuestión incidental a la hipótesis en la que el Derecho material aplicable a la cuestión principal es extranjero, se mencionan a Francescakis, Rigaux y Lagarde. En el fondo esta posición responde a la antigua teoría francesa que redujo el problema a una cuestión de calificación. Para Pecourt García “esta posición no debe aceptarse porque puede suceder que la cuestión principal se encuentre sometida a la ley material del foro. Lo que sí podrá presentarse como un problema de aplicación de ley extranjera es el problema de la *sustitución*, cuando la cuestión principal se decida por una ley material del foro y la incidental por una norma material extranjera”⁴⁶⁷. Y afirma que “La cuestión incidental, como verdadera cuestión de Derecho internacional privado, autónoma en sí, aunque condicionante respecto de la principal, se presenta independientemente del Derecho material aplicable a la cuestión principal”⁴⁶⁸.

Como ya se afirmó *supra*, en Derecho internacional privado para que se genere una cuestión incidental es necesario que entre las tres condiciones que deben concurrir, la cuestión principal esté gobernada, por el juego de la norma de conflicto del foro, por un Derecho extranjero, pues si resulta aplicable la ley del foro no sería preciso la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual de este Derecho⁴⁶⁹. En este sentido, Lagarde expresa que cuando la cuestión principal queda regulada por la ley material del foro, no cabe duda que la cuestión preliminar debe también quedar regida por ella. Han de quedar excluidas de esta teoría, todas aquellas cuestiones que se presenten como previas de una relación jurídica regulada por la *lex fori*⁴⁷⁰.

2) El segundo momento es el denominado problema de la *sustitución* o de la equivalencia de conceptos jurídicos empleados en dos leyes materiales, que conduce a la armonización de normas pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes. Es la naturaleza del “lazo” establecido por el sistema conflictual entre las dos normas de Derecho material lo que da origen a un problema específico: La verificación de la equivalencia de dos conceptos jurídicos de los que uno pertenece a la hipótesis de la norma jurídica aplicable a la cuestión principal, mientras que el otro, se configura por un sistema jurídico diferente. En este momento habrá que determinar hasta qué punto una situación configurada de una forma determinada por el Derecho extranjero puede ocupar el lugar de la situación prevista por la norma jurídica aplicada por el juez a la cuestión principal⁴⁷¹.

Derecho aplicable a la cuestión principal es el de un país extranjero, la *lex fori* no aparece tan claramente aplicable a la cuestión incidental. Ver a Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 296-297.

⁴⁶⁷ Ver: Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., pp. 25 ss.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁴⁶⁹ Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 281; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo: *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 410; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 252.

⁴⁷⁰ Lagarde, La règle de conflit applicable aux questions préalables..., ob. cit., pp. 464-465.

⁴⁷¹ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 370.

El problema de la equivalencia de la institución que funciona como incidental en un caso concreto y la correspondiente institución del Derecho aplicable a la cuestión principal, se plantea cuando una vez determinado por cualquiera de las dos vías aceptadas el Derecho material aplicable a la cuestión incidental, no resulta ser el mismo competente para regir la cuestión principal⁴⁷².

La sustitución o la equivalencia de conceptos fue vislumbrada por Wengler, para quien el problema se presenta como un caso particular de una cuestión general: la de la formación del contenido de conceptos prejudiciales. La identificación de conceptos del mismo nombre utilizados por reglas jurídicas distintas, puede aceptarse *a priori*, basta la coincidencia abstracta de los conceptos para que sea aceptable la presunción de identidad del contenido de los mismos. Dichos conceptos se presentan como “conceptos-cuadro”, en los que normalmente entran o encajan los proporcionados por leyes distintas. Pero puede suceder que dicha identificación *a priori* no pueda aceptarse, él cita aquellas situaciones que constituyen los casos específicos de sustitución planteados en la relación cuestión principal-cuestión incidental. En estos supuestos

debe darse cierta analogía entre la situación supuesta (la preliminar) y la que se va a producir (principal). Se requiere la *construcción* del concepto prejudicial a partir de los contenidos diferentes. Sólo cuando los efectos y condiciones de la situación designada por el concepto utilizado en la norma aplicada a la *Vorfrage* coincidan con los efectos y condiciones contenidos en el concepto adoptado por la ley que rige la cuestión principal, podrán identificarse ambos. De lo contrario, los conceptos utilizados por la norma aplicada a la *Vorfrage* serán conceptos “inaptos”⁴⁷³.

Raape considera que la sustitución constituye un supuesto específico del problema de la adaptación, entre el concepto proporcionado por la ley material aplicable a la cuestión incidental y el utilizado por la válida para la cuestión principal, adaptación que debe realizarse a partir del contenido de este último. Si los efectos y condiciones determinados por éste se dan en aquél, el concepto de la cuestión incidental podrá encajarse en el supuesto de la cuestión principal. De lo contrario, aquél no podrá surtir los efectos atribuidos por la norma aplicable a esta última⁴⁷⁴.

Cansacchi también apoya esta tesis de identificar el problema de la sustitución con el de la adaptación, pero propone una solución diferente a la de Raape. La adaptación debe lograrse a partir de un complejo procedimiento, desenvuelto en fases sucesivas de “comparación”, “equivalencia”, “sustitución” y “adaptación” propiamente dicha y, no dando preferencia al concepto utilizado por la norma aplicable a la cuestión principal. Maury parece mantener la misma idea, habla en estos casos de un fenómeno de adaptación dirigido a la “formación de un concepto de derecho material”⁴⁷⁵.

⁴⁷² Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 258.

⁴⁷³ Wengler citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., p. 54.

⁴⁷⁴ Raape citado en Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., pp. 54-55.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 55.

Rigaux distingue entre el problema de calificación, adaptación y el de la sustitución: los tres afectan a la aplicación distributiva de varias leyes nacionales a la misma situación. Lo que se llama “conflicto de calificaciones” tiene como objeto la dificultad de elegir entre los ordenamientos jurídicos aplicables a la misma situación, las disposiciones de Derecho material cuyos efectos jurídicos respectivos deben ajustarse de tal forma que alcancen los objetivos considerados por las normas de conflicto correspondientes. La “adaptación” es la solución dada a un falso problema, los cúmulos y las lagunas que suscita la mecánica de las calificaciones preestablecidas. La determinación del “concepto prejudicial o sustitución” tiene un contenido específico; conduce a la equivalencia de los conceptos de Derecho material. Las competencias respectivas de las dos leyes en presencia están, en principio, claramente repartidas: una se pronuncia sobre el efecto jurídico reclamado a título principal y corresponde a la otra verificar si la situación particular cumple las condiciones a las que este efecto queda subordinado por la primera ley. Teniendo lugar después de que la aplicación de las normas de conflicto de leyes ha permitido identificar en uno de los dos ordenamientos jurídicos las normas de Derecho material pertinentes, la determinación del concepto prejudicial supone que la elección de estas reglas, tradicionalmente imputada a una operación de calificación, se ha hecho⁴⁷⁶. Su solución se aproxima a la de Wengler y Raape, pues Rigaux considera que en principio corresponde a la ley material aplicable a la cuestión principal determinar si el concepto proporcionado a la cuestión incidental puede admitirse como equivalente al que aquella utiliza⁴⁷⁷.

Pecourt García afirma que la “sustitución” es posible cuando el sistema de acuerdo con el cual ha sido proporcionado el concepto que designa la situación planteada como *Vorfrage*, atribuye a dicho concepto el efecto que al mismo reconoce la ley material que va a regir la cuestión principal. El concepto adopción de la ley material A podrá “sustituir” al que utiliza la ley B cuando el sistema jurídico A reconozca al concepto “adopción” los efectos sucesorios que el sistema B atribuye al mismo. En tal caso, reconocida la situación jurídica controvertida por ambos sistemas pero expresada en uno y otro por conceptos “no equivalentes”, determinados efectos atribuidos unilateralmente por uno de los dos órdenes jurídicos podrán ser “encajados” en el otro y al fin reconocidos a partir del procedimiento general de adaptación⁴⁷⁸.

El principio de la equivalencia de instituciones, que se logra a través de la calificación funcional, tiene una importancia relevante junto a la transposición en los supuestos específicos de sustitución. La “transposición de instituciones”, que se fundamenta en el principio de “equivalencia de instituciones”, tiene como fin último transportar o transponer una institución extranjera a otra conocida en el foro, con el fin de garantizar su continuidad y reconocimiento,

⁴⁷⁶ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 369.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁷⁸ Pecourt García, *Problemática de la cuestión preliminar...*, ob. cit., p. 60.

resulta necesario que ambas instituciones guarden la suficiente correspondencia. La sustitución, como mecanismo de la calificación funcional, es empleada para obviar los problemas de adaptación entre las normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos diferentes que rigen, la cuestión incidental y la principal⁴⁷⁹.

Es posible que en aplicación de las normas de conflicto de un sistema, la sucesión se rija por la ley material del foro y la filiación adoptiva de un pretendido heredero se rija por una ley material extranjera. La sucesión es la cuestión principal y el establecimiento de la filiación adoptiva la cuestión previa. En opinión de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, si en el Derecho extranjero la adopción es un acto informal, poco semejante a la institución tal y como la conoce el Derecho del foro que conoce del asunto principal, se desvirtúa la voluntad de aplicación del Derecho sucesorio del foro, la coherencia de su regulación como conjunto normativo que atiende a una institución que, a su vez, afecta a un cúmulo de relaciones jurídicas diversas, estrechamente interconectadas. En este sentido, si la institución adoptiva extranjera no es equivalente a la adopción tal y como la entiende el legislador del foro, no integrará el presupuesto de la norma sucesoria del Derecho material del foro que atribuye a los hijos adoptivos determinados derechos sucesorios, la solución del caso vendrá dada por la negación de tales derechos. Pero si la sustitución es posible, el resultado es el contrario⁴⁸⁰.

En consecuencia, se suscita un problema de equivalencia de instituciones, que ha de ser resuelto a través de la denominada técnica de “sustitución” que equivale al término de transposición aplicado al problema de la cuestión incidental.

Si se acepta la sustitución como un supuesto especial de adaptación, los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea deben resolverse teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad y la justicia material en el caso concreto. Ésta es la solución que ofrece el sistema venezolano en las normas contenidas en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales y en el artículo 7 de la Ley de Derecho Internacional Privado que regula la adaptación. Así el intérprete jurídico tiene a su disposición las herramientas necesarias para darle solución adecuada al problema de la sustitución en la cuestión incidental⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 344-345.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pp. 345-346.

⁴⁸¹ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 260.

C. Las cuestiones incidentales y la necesaria armonización de distintos Derechos materiales

A pesar que la doctrina se ha visto atraída por la idea de aplicar las normas de conflicto del foro a la cuestión incidental, por considerarla la más aceptable y la que resulta más conveniente en el sentido de técnica jurídica para el juez que debe conocer de la controversia, simbolizado en el principio de independencia de las normas de conflicto, y aunque resulte evidente esta solución en el orden positivo, en el terreno del *iure condendo*, en el procesamiento de la cuestión incidental no hay lugar a doctrinas dogmáticas y monolíticas, a soluciones mecánicas con pretensión de validez general. Se trata de un problema que presenta múltiples facetas y en el que sólo mediante el examen del caso concreto se puede decidir la solución que sea más conveniente, especialmente en los elementos de conexión relacionados con la situación jurídica debatida.

La cuestión incidental posee un carácter propio que le viene dado por el conjunto de elementos estructurales y funcionales, por los factores individuales que en ella se involucran para determinar un tipo de solución particular a cada caso, que no pueden reducirse a tipos fijos y cerrados, a soluciones dogmáticas o teóricas, sino por el contrario a soluciones de aproximación, soluciones realistas que den cabida a la justicia y a la valoración del carácter humano de las relaciones consideradas.

No se trata de insistir en el principio de la armonía internacional de las soluciones para demostrar que, en ciertas hipótesis, la designación del Derecho aplicable a los supuestos de la vida privada internacional no corresponde a las reglas de conflicto del foro. Hay que tener presente por un lado, la tesis sobre la inaplicabilidad de las normas de conflicto del foro para aquellas situaciones que han sido adquiridas en el extranjero sin conexión alguna con dichas normas. Pero de otro lado, la aparición dentro de la problemática del Derecho internacional privado de los nuevos conceptos acerca de la “toma en consideración de las reglas de conflicto extranjeras”, que en el caso específico de la cuestión incidental conduce a la idea de la coordinación entre todos los sistemas implicados en un caso de conflicto, lo que obliga a la ponderación respecto de todas las conexiones relevantes a la situación en presencia.

Se procura saber “si los sistemas de Derecho internacional privado pueden ignorarse completamente los unos a los otros, o si pueden, por el contrario, tomar en consideración ciertas disposiciones de sistemas extranjeros”⁴⁸². Y ratificamos la posición de Aguilar Navarro al decir que se trata de un problema de grado, de “internacionalización de la relación privada”, si la cuestión previa incide de tal manera que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, se otorgará primacía a la solución de la *lex fori*, pero si el contacto con el foro es mínimo con la valoración de los ordenamientos extranjeros

⁴⁸² Bonnemaison, La cuestión incidental..., ob. cit., (2005), p. 292.

habrá que atender a la solución de la *lex causae*⁴⁸³.

La aplicación de la teoría de las cuestiones incidentales debe conducir al respeto de aquellas situaciones adquiridas en un sistema extranjero de Derecho, situaciones que por lo general son materia de estado de las personas. Debe tomarse en cuenta la estabilidad del estado de las personas y el carácter accidental de la intervención del tribunal que conoce del litigio cuando la situación de las partes se ha consolidado gracias a la actuación de un sistema de Derecho extranjero competente en un tiempo anterior de la vida de los interesados, y es a lo que Rigaux señala como una dimensión abandonada frecuentemente en materia de conflictos de leyes, que es la del tiempo⁴⁸⁴.

Si unos extranjeros han adquirido el estado de cónyuges, o bien de hijo legítimo, o de divorciado según el Derecho material de la *lex fori*, en el caso de que un efecto accesorio de este estado conlleve a la aplicación de una ley extranjera por la norma de conflicto del foro, la pregunta que tendríamos que formularnos es si sería necesario que el juez declarase nulo el estado adquirido en su propio ordenamiento jurídico porque esa sería la solución al aplicar la norma de conflicto del Estado cuya ley regula a la cuestión principal. La respuesta sería que la cohesión del sistema del foro y la armonía jurídica interna de soluciones excluyen la suspensión de la validez de tal estado, aun cuando fuese una cuestión incidental, en la aplicación de la ley extranjera declarada aplicable a la cuestión principal⁴⁸⁵.

En el ejemplo empleado por Rigaux, un matrimonio concluido en 1949 por una austríaca con un militar británico, celebrado en Schönbrunn ante un funcionario de las tropas británicas de ocupación, esta unión era válida según la ley inglesa, ley nacional del marido pero nula según el Derecho austríaco. Para decidir sobre la acción alimenticia ejercitada por la esposa abandonada, el Tribunal Supremo de Austria decidió que esta acción regida por la ley inglesa, ley nacional del demandado, encontraba su causa en un matrimonio válido según el Derecho inglés. La teoría de la cuestión previa permite reconocer efectos civiles a tal unión, aun cuando deba considerarse nulo según el Derecho del tribunal que entiende del caso. Se trata de una aplicación excepcional de la norma de conflicto extranjera, fuera de la hipótesis del reenvío y “tanto más atrevida” en cuanto que se interpreta como el reconocimiento de un derecho adquirido en el extranjero⁴⁸⁶.

Dos son los rasgos que definen el perfil de la cuestión previa, preliminar o incidental, el constituir por sí misma una cuestión de Derecho internacional privado y el venir conectada, con carácter previo-condicionante, a una cuestión principal. Como situación jurídica considerada

⁴⁸³ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 62 ss.

⁴⁸⁴ Ver: Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 324.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 320.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 324.

en sí, se presenta como “una situación jurídicamente ya establecida”; atendiendo a su segundo rasgo, o sea adjetivada como preliminar o previa, su planteamiento surge indirectamente en función de la principal. En este sentido, la idea de la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos ha sido reforzada con la necesidad de evitar las llamadas “situaciones jurídicas claudicantes”. Es así como la cuestión incidental debe analizarse no sólo a partir de su perfil específico, sino también como problema de Derecho internacional privado, es decir, como problema de conflicto de sistemas⁴⁸⁷.

No hay en la doctrina una respuesta definitiva. El ordenamiento jurídico del foro debe sacrificarse en aras de preservar y salvaguardar el Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental, previa o preliminar es fundamental, cuando supone la existencia de relaciones jurídicas con carácter permanente, “en las que las situaciones elaboradas son fuente y no mera condición de la situación jurídica a elaborar”⁴⁸⁸. Pero tal circunstancia no debe darse cuando la cuestión incidental influye de tal manera sobre una situación jurídica que se origina o desarrolla en el sistema del foro, con lo cual la aplicación de la solución aportada por éste es indiscutible y más aún necesaria pues la cooperación y adaptación con el Derecho extranjero no es posible. De allí la estrecha relación de la institución que analizamos en este capítulo con el respeto a las situaciones válidamente creadas.

D. Sistema venezolano

En el sistema venezolano no existía regulación alguna en materia de cuestión incidental, hasta la ratificación de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado que la recogió en el artículo 8, de idéntica redacción a la norma contenida en la Ley de Derecho Internacional Privado, sólo que emplea el término “leyes” y no “derecho”. En este instrumento se consagró la institución en el continente americano, pues ni los Tratados de Montevideo ni el Código Bustamante contienen disposiciones que la contemplan⁴⁸⁹:

Artículo 8: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última.

Los problemas planteados por las cuestiones incidentales, previas o preliminares, no fueron resueltos por la Convención, el proyecto argentino se inclinaba por las normas de Derecho internacional privado de la *lex fori*⁴⁹⁰, pero la Comisión acogió la propuesta venezolana

⁴⁸⁷ Pecourt García, Problemática de la cuestión preliminar..., ob. cit., p. 46.

⁴⁸⁸ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 123.

⁴⁸⁹ B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 37; B. de Maekelt, *Teoría General del Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 302; Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 260.

⁴⁹⁰ La propuesta argentina se concibió en los siguientes términos: “Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se regirán independientemente por sus respectivos derechos aplicables según las normas de Derecho internacional privado del juez de

con el solo propósito de consagrar su autonomía de tratamiento, ante la ausencia de consenso a favor de alguna solución de fondo⁴⁹¹. Werner Goldschmidt al reiterar la propuesta de su delegación (Argentina), hizo el comentario siguiente: “...el precepto propuesto por Venezuela y que se discutió en el grupo de trabajo, no acepta francamente ninguna de las dos teorías, pero se inclina sin duda alguna a favor de la segunda de ella, o sea, la de la jerarquización”. Maekelt afirma que la fórmula adoptada no impone al juez ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo con la norma indirecta del foro (*lex fori*) o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal (*lex causae*) y, a pesar de su innovadora fórmula, parte de la doctrina estima que en el futuro debe estudiarse la necesidad de perfeccionar la fórmula empleada para dotarla de claridad y efectividad⁴⁹². La expresión “de acuerdo con la ley que regula” debe entenderse como referencia a la norma de conflicto pertinente, salvo que se trate de una cuestión incidental de carácter material⁴⁹³.

En atención a las situaciones en las cuales el Derecho extranjero competente ampara un derecho subjetivo a personas investidas de una determinada cualidad jurídica y, a la importancia práctica de la cuestión incidental, se determinó su inclusión en la reforma al Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963/65 en una norma que regulara tal institución⁴⁹⁴, reforma que se realizó en las reuniones nacionales de profesores de Derecho internacional privado que se llevaron a cabo entre 1995 y 1996⁴⁹⁵.

La Ley de Derecho Internacional Privado regula en su artículo 6, por primera vez en Venezuela, la institución de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado, institución de naturaleza distinta a la cuestión previa del procedimiento interno, en los términos siguientes:

Artículo 6: Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última.

la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable”. Ver: “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, en: Parra-Aranguren, Gonzalo, *Codificación del Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982, p. 474.

⁴⁹¹ Ver: “La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 421.

⁴⁹² B. de Maekelt, *Normas Generales de Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., pp. 172-173.

⁴⁹³ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 261.

⁴⁹⁴ B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 36.

⁴⁹⁵ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 261; Parra-Aranguren, Gonzalo, Los Trabajos Preparatorios de la Ley venezolana de Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren..., ob. cit., Vol. I, p. 175 ss.

La redacción de la norma permite afirmar que la fórmula adoptada se inclina hacia la aplicación de la *lex causae*, pero la aplicación de esta solución no es obligatoria⁴⁹⁶. La disposición no obliga al juez a tomar ninguna de las soluciones tradicionales en la materia, es decir resolver la cuestión incidental de acuerdo con la norma de conflicto del foro o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal; le confiere libertad y suficiente discrecionalidad para poder separarse de una u otra de las alternativas, cuando su aplicación conlleve a resultados injustos o contradictorios. La elección de cualquiera de las soluciones atenderá a la consecución de la justicia material y la equidad del caso concreto.

Pocas son las legislaciones nacionales que han consagrado esta institución, la Ley italiana contiene un precepto referente a la cuestión incidental, que ellos denominan cuestión previa, pero no prevé soluciones expresas al respecto, sólo se limita a señalar que “El juez italiano conoce, incidentalmente, de aquellas cuestiones que, aun no estando dentro de la jurisdicción italiana, su solución es necesaria para resolver la demanda principal” (art. 6)⁴⁹⁷. El Código Civil mexicano (1993) contiene una norma semejante a la de la Ley y la Convención⁴⁹⁸.

En el procesamiento de la cuestión incidental no hay lugar a la aplicación de soluciones monolíticas, no existe un criterio absoluto, porque acogiéndome a las ideas de Aguilar Navarro, Carrillo Salcedo, Verplaetse, Francescakis, por un lado, se trata de un problema de intensidad en la internacionalización de la relación privada internacional, de la intensidad de la relación que la cuestión previa presente con el ordenamiento del foro; de otro por la referencia a la continuidad de las situaciones jurídicas, al respeto de los derechos adquiridos⁴⁹⁹. La Ley venezolana se adapta a las más modernas tendencias, al no atar al juez con una solución rígida, sino que más bien le permite aplicar la que más favorezca a la solución equitativa del caso concreto, he aquí el carácter valorativo de la cuestión incidental en el Derecho internacional privado⁵⁰⁰.

IV. Adaptación

A. La adaptación

1. Nociones preliminares

El axioma *diversitas fori non debet meritum causae vitare*, como expresión de un *desiderátum* clásico, el de la armonía internacional de soluciones, durante mucho tiempo se apoyó

⁴⁹⁶ B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 37.

⁴⁹⁷ Ley Italiana de Derecho internacional privado. Ley No. 218 del 31 de mayo de 1995, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, p. 421.

⁴⁹⁸ Código Civil mexicano, art. 14(V): “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última”. Ver en Madrid Martínez, “Artículo 6. Cuestiones Incidentales”, en: T. B. de Maekelt / I. Esis Villarroel / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado Comentada...*, ob. cit., Tomo I, p. 262.

⁴⁹⁹ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 74.

⁵⁰⁰ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 124.

en la aplicación de una sola ley a cada supuesto de tráfico externo. Respecto de una relación privada de carácter internacional existen varios derechos que, eventualmente, manifiestan vocación reguladora y hay que seleccionar uno de ellos. El mito de la ley única se arraigó en la tradición básica del conflictualismo. Esta idea nace en la misma base del planteamiento de Savigny, la ley rectora ha de buscarse en función de la relación y no de las normas. Pero las instituciones en las que las relaciones encuentran su asiento sólo dan su auténtica medida de coherencia en el escenario del sistema jurídico en el que se coordinan, por ello, mezclar normas pertenecientes a distintos ordenamientos puede conducir a resultados indeseables. Esta razón sería suficiente para explicar por qué es mejor aplicar uno solo de ellos, pero difícilmente podemos afirmar que un mismo asunto reciba la misma solución en cualesquiera de los foros en los que pudiera suscitarse.

En el Derecho internacional privado los problemas de coordinación entre los diversos ordenamientos jurídicos estatales aparecen en buena medida en el momento de la aplicación de las normas de conflicto y, correlativamente del Derecho material por ellas reclamado. Dicha coordinación es necesaria para satisfacer uno de los objetivos esenciales de esta disciplina, cual es asegurar la armonía y la continuidad de las relaciones jurídicas en las transacciones privadas internacionales, a pesar de la diversidad de los Derechos en presencia.

El método conflictual tal como fuera enunciado por Savigny, que en términos más actuales puede definirse como un procedimiento basado en la localización de las relaciones jurídicas, ha demostrado a lo largo de la historia su imposibilidad para prever todos los supuestos en que las normas jurídicas extranjeras designadas por la norma de conflicto tengan necesidad de adaptarse a la legislación del foro. También ha exteriorizado la variedad de los correctivos funcionales materiales en el proceso de aplicación de dicha norma que han ido apareciendo con la puesta en práctica del denominado procedimiento de atribución y que no pueden ocultar una tendencia manifiesta a la aplicación de la *lex fori*, aunque pretendan cumplir con las exigencias de la justicia material frente a la previsibilidad.

La moderna codificación interna e internacional han ido llenando paulatinamente las imprevisiones del método conflictual clásico, una muestra es la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, que pese a contemplar distintos procedimientos de solución de los problemas relativos a la ley aplicable, se decanta por una posición predominantemente conflictual. Ello justifica el amplio tratamiento deparado a los denominados problemas de aplicación de la norma de conflicto, que se regulan esencialmente en los artículos 1 al 10. La Ley se adapta así a las nuevas corrientes del método neoclásico conflictual que el sistema venezolano acoge, y su filosofía responde al convencimiento de que en el método conflictual tiene que prevalecer el logro de la justicia material frente a la justicia formal, es decir, la justicia del caso y no del sistema. La ley ofrece una serie de elementos que facilitan la búsqueda del Derecho que

permitirá una solución equitativa, especialmente las instituciones generales incluidas en la ley. Neuhaus consideraba inevitable su aplicación en la solución de casos concretos. Afirmaba que la parte general del Derecho internacional privado, de acuerdo con los elementos que contiene, se puede sistematizar en tres grupos: en primer lugar, factores de conexión que tienen su origen en la obra de Savigny; el segundo grupo está integrado por las instituciones generales que se refieren a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del derecho extranjero y que son: calificación, cuestión previa, reenvío, orden público, fraude a la ley e institución desconocida. El tercer grupo contiene instituciones “valorativas”: derechos adquiridos o situaciones válidamente creadas, equilibrio de intereses y adaptación⁵⁰¹. Maekelt agrega a este grupo, la calificación y la cuestión incidental⁵⁰².

Dentro de esta amplitud resulta muy llamativo el tratamiento dispensado a una de las instituciones más complejas y controvertidas del Derecho internacional privado y, menos reguladas en el panorama comparado, como es la adaptación “un correctivo de los correctivos arbitrados para lograr el eficaz funcionamiento de las normas de conflicto”⁵⁰³. Estamos ante un problema de gran complejidad derivado de la aplicabilidad de dos o más ordenamientos jurídicos a lo que se suma la falta de concordancia entre ellos, y ésta es mucho más evidente cuando en una misma relación jurídica subyacen relaciones jurídicas estrechamente ligadas entre sí y, donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual⁵⁰⁴.

El ejemplo típico que ofrece la doctrina⁵⁰⁵, es el de los derechos del cónyuge supérstite condicionado por el régimen económico del matrimonio que regirá la liquidación del régimen de bienes. Carrillo Salcedo lo pone de relieve con toda nitidez: Don Amadeo contrajo nupcias en España siendo italiano, y falleció tras adquirir la nacionalidad española sin haber otorgado testamento. Según las normas de conflicto vigentes en el momento de su muerte, debería aplicarse la ley italiana a la determinación de su régimen económico matrimonial y la española a la sucesión. La primera consagraba el régimen de separación de bienes y llamaba a suceder a la viuda; la segunda entendía que el régimen normal era el de gananciales y que el cónyuge supérstite carecía de derechos legitimarios. Ambas construcciones eran coherentes. En aquel momento el Derecho italiano entendía que, en ausencia de capitulaciones, el marido y la mujer se casaban en un régimen de separación estricto; era lógico que pudieran heredarse el uno al otro. Por el contrario, el Derecho español, basado en el régimen de gananciales, entendía que lo normal era que la mitad de los bienes pasasen al marido o a la mujer al fallecimiento de uno

⁵⁰¹ Paul Heinrich Neuhaus citado por Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 53.

⁵⁰² *Ibid.*, pp. 53-54

⁵⁰³ Fernández Rozas, José Carlos, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación, en: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, 2009, No. 25, p. 10.

⁵⁰⁴ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 12.

⁵⁰⁵ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 196; Pérez Vera, Elisa, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2ª ed., 2000, Vol. I, p. 163; Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., p. 76.

de ellos; por consiguiente, no tenía sentido convertirlos recíprocamente en herederos forzosos. Ahora bien, de aplicarse a la cuestión previa (liquidación de la sociedad económica conyugal) una de estas dos leyes y a la principal (la sucesión) la otra, entonces el resultado podría llegar a ser totalmente injusto. O bien la viuda se quedaba con la mitad más la legítima o bien se quedaba sin nada⁵⁰⁶. Fuera de su propio sistema cada institución perdía la fuerza de su coherencia y el resultado regulador se situaba fuera del contexto de la lógica de ambos y, lo que era más grave, la solución no satisfacía los objetivos de justicia material que cada uno de ellos perseguía.

Estas situaciones son consecuencia de la dualidad de legislaciones aplicables, y requieren una labor de acoplamiento entre las soluciones contenidas en ella. Es así como ciertos autores plantean el problema de la adaptación⁵⁰⁷ para resolver las injusticias e incorrecciones que resultan de la metodología conflictual. La mayor parte de ellos se han limitado a señalar, a través de ejemplos, la necesidad de fundir en un sistema de normas de cierta coherencia las de diferentes Estados que resultan aplicables a una misma relación, o a dos o más relaciones con cierta conexión entre sí.

Es necesario introducir ciertas modificaciones en las normas de conflicto o bien, en las normas materiales aplicables para regular las situaciones derivadas del régimen matrimonial y sucesorio, siguiendo el ejemplo expuesto, pues solamente a través de una calificación adecuada de las pretensiones litigiosas no se obtendrán resultados satisfactorios como consecuencia de los efectos desmembradores que se derivan de la intervención de la norma de conflicto.

Sin embargo, a pesar de la lógica de estos argumentos y de las características del método descrito, poco a poco fue poniéndose de relieve cómo en otros ámbitos el fraccionamiento sí que resultaba coherente. Aplicar a un sector de la masa hereditaria la *lex rei sitae*, tratándose de bienes inmuebles, puede constituir una opción capaz de acercar la solución del problema a las exigencias de la práctica, si consideramos que el propio nacimiento del derecho real resultante de la sucesión así como las condiciones de su goce, van a depender de la *lex rei sitae*, parece lógico tomarla en consideración desde el principio. Desglosar un contrato en sus elementos aislables y aplicar una ley distinta a cada uno de ellos podría constituir una solución no

⁵⁰⁶ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*. ..., ob. cit., pp 19 ss.

⁵⁰⁷ Así lo plantearon Raape y Lewald, éste último tomó un ejemplo de una sentencia emitida en la ciudad de Venecia el 30 de enero de 1932: una viuda de nacionalidad Suiza domiciliada en Italia, adquiere por su segundo matrimonio la nacionalidad italiana, mientras los hijos de la primera unión conservan la nacionalidad suiza. Hasta el momento del segundo matrimonio, tanto según el Derecho conflictual italiano como conforme al suizo, la patria potestad de la viuda se regía por la ley helvética; casada nuevamente la madre, según el Derecho suizo subsiste la patria potestad, solución que también era admitida por el Código italiano de 1865, pero condicionada a que antes de las segundas nupcias la viuda convoque un Consejo de familia que ha de decidir si puede conservar la administración de los bienes de los hijos, que la viuda perderá de no haber convocado el Consejo. Es claro que antes del segundo matrimonio la madre no tenía por qué cumplir lo que prescribe el Código italiano, y si se le aplica éste, una vez que ha cambiado de nacionalidad, perdería automáticamente la administración de los bienes. Lewald, Hans, *Règles générales des conflits de lois*. Contribution a la technique du Droit International privé, en: *Recueil des Cours*, 1939, III, No. 69, p. 136. Ver a Míaja de la Muela, *Derecho internacional privado*. ..., ob. cit., (1976), p. 425.

solamente práctica, sino más funcional e incluso más justa y más engarzada con las propias previsiones jurídicas de las partes y con la vocación de los ordenamientos en presencia.

Si se analiza la época en que tuvieron lugar las primeras teorías sobre la adaptación, se percibe que éstas coinciden con una manifestación global de la preocupación por superar los excesos en que había caído la disciplina. Ni el optimismo internacionalista que dominó gran parte del siglo XIX, ni los excesos positivistas y dogmáticos que le siguieron, podían dar cabida a un problema cuya solución residía en el análisis de los resultados a que conduce la aplicación de normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos a una misma relación internacional. La doctrina se dirigía casi exclusivamente a la búsqueda de unos principios, más bien dogmas, de solución que con pretensiones de generalidad fueran capaces de resolver el conflicto de leyes, a través de la delimitación formal del respectivo ámbito de aplicación de las competencias legislativas de los Estados. Esta tendencia culminaría en una preocupación exclusiva por lograr un sistema conflictual técnicamente perfecto, cuya función se radicaba en la determinación formal de la ley aplicable a los supuestos jurídicos internacionales, independientemente de los resultados concretos a que pudiera conducir la aplicación de dicha ley⁵⁰⁸.

La reflexión sobre la cuestión de la adaptación no supuso el descubrimiento de un fenómeno nuevo, sino que su análisis y estudio respondían a un cambio global de actitud respecto a la función que estaba llamado a cumplir el Derecho internacional privado en la sociedad actual, regular la vida jurídica de los particulares cuando sus relaciones excedan del marco jurídico de un solo ordenamiento, de forma armoniosa y coordinada.

Este enfoque o preocupación por los resultados concretos a que conduce la aplicación de la técnica conflictual se ubica originalmente en los trabajos de autores alemanes de mediados del siglo XX, Lewald, Melchior, Nussbaum, Raape, Rabel, Wolff. Tuvo lugar principalmente como reacción al conceptualismo al que se había llegado en la formulación de la cuestión de las calificaciones, caracterizándose por una postura ecléctica frente al nacionalismo de Bartin o al internacionalismo de Pillet; y en los memorables enfrentamientos, aunque por motivos diferentes, entre la Escuela de Yale y la Escuela de Harvard, así como ocurrió con la teoría de los derechos adquiridos, cuando se evidenció la pugna entre los principios de seguridad jurídica y la justicia del caso, al tiempo que se despertó un creciente interés por el Derecho comparado. Sin embargo, es pacífica la aceptación de que el primero que apuntó las cuestiones que ahora nos ocupan fue el jurista alemán E. Zitelmann en el volumen I de su manual publicado en 1897, donde afirmaba que la aplicación concurrente de diferentes sistemas jurídicos declarados aplicables podía conducir, en ciertos casos, a la existencia de “normas discrepantes”, indicando que, en tal caso, el juez debería proceder a una labor de *Angleichung* (adecuación o adaptación)

⁵⁰⁸ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 19.

de tales normas⁵⁰⁹.

Dentro de los desarrollos posteriores de esta materia, la doctrina alemana fue la que más claramente abordó y planteó estos problemas, a los que dio los nombres de “adaptación” o “adecuación” (*Angleichung* o *Anpassung*). Cabe citar a M. Wolff, L. Raape y H. Lewald. Continuado en Italia por Cansacchi, Ziccardi y Emilio Betti, que utilizaron el término de “adaptación” (*adattamento*). En Francia, P. Mayer y V. Heuzé, En los Países Bajos Offerhaus y van Hecke⁵¹⁰.

Fue precisamente en relación a una situación encuadrada en el ejemplo característico para describir el problema de adaptación, que Bartin formuló su teoría de la calificación *lex fori*. En el famoso caso de los “esposos malteses” se preocupó exclusivamente por demostrar que a pesar que tanto el Código Civil francés (vigente en Argelia) como el Código de Rohán (vigente en Malta) adoptasen idénticas normas de conflicto para regular el régimen matrimonial y sucesorio, bastaba con que a la institución de la “cuarta del cónyuge pobre” o usufructo de una cuarta parte de la propiedad del marido, pretensión litigiosa en este caso, se le atribuyera naturaleza distinta en ambas legislaciones para que la ley aplicable dejara de coincidir. Así Bartin hacía derivar de la calificación conceptual de la *lex fori* (carácter sucesorio de la cuarta marital) la solución a un problema cuyo verdadero fundamento no se basaba tanto en un conflicto de calificaciones distintas sino en la necesidad de adaptar, de lograr la aplicación conjunta y armónica de pretensiones contradictorias legítimamente fundadas en ordenamientos jurídicos diversos. No se trataba de averiguar la calificación que la *lex fori* otorgaba a una determinada institución desconocida a fin de determinar cuál sería la ley aplicable, sino de investigar las relaciones existentes entre la “cuarta del cónyuge pobre” y el régimen matrimonial en el Derecho maltés, así como las relaciones entre la cuota usufructuaria (única que se concede a la viuda) y el régimen legal en el Derecho francés⁵¹¹.

Contrariamente a la problemática elaborada por Bartin, no hay que elegir entre las dos leyes, sino solamente determinar, respecto a cada una de ellas, su ámbito material y este problema no depende de la calificación abstracta dada a tal institución jurídica sino de la forma en que son susceptibles de ser armonizados los contenidos respectivos de las dos leyes⁵¹².

Autores como Raape, Wolff o Wengler emplearon la adaptación como posible solución al conflicto de calificación. Principalmente en aquellos supuestos en que la toma en

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 20; Ochoa Muñoz, Javier L., La adaptación en el Derecho internacional privado, en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Temas de Derecho internacional privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje, No. 12, p. 437; Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 11.

⁵¹⁰ Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 12; Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 439; Rigaux, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 355.

⁵¹¹ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*..., ob. cit., p. 67.

⁵¹² Rigaux, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 361-362.

consideración de la *lex causae* daba lugar a la aparición de lagunas, se referían a un proceso distinto al de la calificación teleológica y coordinada, pues admitían la posibilidad de tener que modificar la norma de conflicto del foro reguladora de la sucesión a fin de lograr el sometimiento de la situación litigiosa a una ley única⁵¹³. Pero en opinión de Bouza Vidal

la equivalencia en abstracto entre las normas concurrentes no es suficiente para afirmar que es indiferente aplicar una u otra ley (la del régimen matrimonial o la del sucesorio). La equivalencia sirve a lo máximo como punto de partida orientativo para el juez (en ambos ordenamientos se protege al cónyuge superviviente, ya sea bajo un concepto matrimonial o sucesorio), pero no puede por sí solo proporcionar una solución adecuada al caso concreto⁵¹⁴.

Leo Raape en su Curso de La Haya, sostenía que cada sistema jurídico es un conjunto indisoluble, y afortunadamente en la mayoría de los casos se aplica un solo sistema a la situación que se plantea. Pero en otros casos las situaciones no resultan reguladas por un solo ordenamiento jurídico, sino por varios, debido al principio del Derecho conflictual que Kahn denominó de especialización, que permite que una situación jurídica se regule por leyes diferentes. Esa aplicación de diversas legislaciones a la misma situación podía conducir a lagunas y acumulaciones legales, y consideraba que esta problemática conduce a *adaptar* los distintos sistemas jurídicos, procediendo a su engranaje, de manera que se coordinasen como si se tratase de uno solo⁵¹⁵.

A Lewald se le atribuyen los primeros esfuerzos por la sistematización de los problemas de adaptación, quien en su Curso de La Haya de 1939 intentó diferenciar estos problemas de otros muy relacionados, como los de transposición y sustitución. Lewald emplea el término *Angleichung* (adecuación) para todos aquellos problemas que resulten de la aplicación simultánea de varias legislaciones en virtud de la descomposición de los elementos de la relación jurídica litigiosa. Sin embargo, admite no haber logrado tal sistematización, por lo cual advierte que en su exposición se procede de una manera empírica, tomando ejemplos que en su mayoría provienen de la jurisprudencia internacional⁵¹⁶. A partir de este autor se plantea la dificultad de sistematizar las diferentes situaciones que dan lugar al problema de adaptación⁵¹⁷.

En Italia, Cansacchi en su Curso de La Haya de 1953, observa que las normas de conflicto pueden obligar al juez a aplicar en una misma situación litigiosa reglas materiales de diversos ordenamientos jurídicos, y explica que las decisiones sobre estos particulares se plantean fundamentalmente en el dominio judicial, y jamás podrán fundarse en directrices exactas establecidas en la ley, sino apoyadas en principios de interpretación muy generales y orientadas

⁵¹³ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 164-165.

⁵¹⁴ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 68.

⁵¹⁵ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 437-438.

⁵¹⁶ Lewald, *Règles générales des conflits de lois...*, ob. cit., p. 126 ss.

⁵¹⁷ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 438.

más bien por sentimientos de equidad y por el sentido de la lógica⁵¹⁸. Entiende que es perceptible una diferencia entre los supuestos de necesidad de una adaptación, según que se presenten en el momento de la calificación, en el de la conexión de diferentes leyes extranjeras, o en el de intervención de la excepción de orden público. Pero, didácticamente, resulta más conveniente otro criterio de distinción que tenga en cuenta los efectos que la adaptación hecha por el juez produzca en cada caso: unas veces el juez se limitará a modificar la ley extranjera aplicable en lo que afecta a alguna de sus modalidades, como su extensión espacial o el número de destinatarios, mientras que en otras ocasiones tendrá que hacer modificaciones más profundas⁵¹⁹.

Niederer enfoca de manera distinta el problema, habla del fraccionamiento (*Spaltung*) de la relación. Para él, algunas veces este fraccionamiento es consecuencia de someter un aspecto parcial de la relación enjuiciada a un Derecho diferente del que la rige, por ejemplo, cuando se someten los efectos de un contrato a la ley distinta que la que rige la conclusión de éste. Lo denomina fraccionamiento exógeno, o buscado, querido por el juez. En otras ocasiones, el fraccionamiento se da como consecuencia de que un mismo punto de conexión, por ejemplo la nacionalidad para el estado y capacidad, conduzca a la aplicación de una ley diferente para cada una de las partes. Lo denomina fraccionamiento endógeno o automático⁵²⁰.

Sostiene que la solución no puede ser la misma para el fraccionamiento endógeno que para el exógeno. Para el primero, se encuentra la exclusión de los puntos de conexión conducentes al fraccionamiento endógeno, tales como los del domicilio y el lugar de cumplimiento en materia contractual; la interpretación autónoma de estos conceptos, por ejemplo, no entender el lugar de cumplimiento de la misma forma que uno de los Derechos materiales en presencia, y conceder una prelación a las obligaciones de una u otra de las partes para extender la regulación que reciben de una determinada ley a toda la relación en presencia. Da preferencia a este último procedimiento sobre los otros. En cuanto al fraccionamiento exógeno, señala que no reviste mayor dificultad pues el juez debe conectar los aspectos accesorios de la relación a la misma ley que aplicó a la relación o conexión principal⁵²¹.

La adaptación se concibe en sus inicios como un mecanismo para la solución judicial de casos de incompatibilidad entre leyes simultáneamente aplicables a una misma situación, que se sitúa en el plano de la coordinación material de las leyes. Era un problema causado por la norma de conflicto pero cuya solución se situaba más en el campo de la correcta interpretación y adecuación de las normas materiales, que en la metodología propia del Derecho internacional privado. Posteriormente la doctrina daría con otra vía de solución a estos problemas, la

⁵¹⁸ Cansacchi citado por Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 439.

⁵¹⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 426.

⁵²⁰ Niederer citado en Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 424 ss.

⁵²¹ *Idem*.

aplicación de una sola de las normas de conflicto en juego a toda la situación jurídica, de manera que resulte gobernada por una sola ley. Es la solución propuesta por Neuner, Wengler y Kegel⁵²².

Suele hablarse de “método” o “mecanismo” de la adaptación, para indicar la técnica de solución empleada para resolver los “problemas” de la adaptación, que son las situaciones específicas de incompatibilidad entre las legislaciones simultáneamente aplicables a un mismo caso. Otra variante en el planteamiento del problema lo encontramos en Alfonsín, quien se refiere a “la inadaptación entre los Derechos privados aplicables a la relación”, considerando a esta figura en sentido negativo como “problemas de inadaptación”. En efecto, cuando nos referimos a los problemas de adaptación, en realidad se trata de problemas de inadaptación⁵²³.

2. Presupuestos o elementos de procedencia de la adaptación

Las causas que avalan el recurso a este mecanismo se centran en la aplicación de forma conjunta o sucesiva de ordenamientos jurídicos diferentes designados por las normas de conflicto del sistema del Derecho internacional privado del foro y una contradicción normativa entre los Derechos aplicables, que afecta a los derechos subjetivos o facultades de las partes. Hay un problema de adaptación cuando a distintas partes de un caso se aplican Derechos diferentes con soluciones contradictorias, como consecuencia de la superposición de normas.

Esta técnica aparece indefectiblemente en la última fase de aplicación de la norma de conflicto, al insertar en el foro las normas materiales contenidas en ordenamientos jurídicos diferentes. En este sentido, la adaptación se instituye como un recurso que actúa no en el proceso de selección o localización de la ley aplicable, sino en un momento posterior de armonización de los distintos Derechos materiales, que han resultado designados por el sistema conflictual, a partir de la aplicación de leyes materiales equivalentes. Sólo en la fase de aplicación del Derecho material interno, y una vez conocido su contenido, puede afirmarse si la intervención de la norma de conflicto ha sido satisfactoria o no. Esta valoración del resultado corresponde en primer lugar y de forma inmediata al juez, quien es el único que puede determinar hasta qué punto el perjuicio que causa a los particulares el fraccionamiento de sus relaciones entre varios ordenamientos jurídicos distintos es lo suficientemente grave para que pueda justificarse el abandono de la norma de conflicto⁵²⁴.

Teniendo presente las consideraciones anteriores podemos ofrecer una caracterización general de los problemas de adaptación englobando dentro de este término aquellos supuestos en

⁵²² Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 439-440.

⁵²³ *Ibid.*, p. 441; Alfonsín, Quintín, *Curso de Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Editorial Martín Bianchi Actuna, 1955, pp. 613 ss.

⁵²⁴ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 14

los cuales la aplicación concurrente de dos o más sistemas materiales conduce a una contradicción normativa, por carencia o acumulación de normas respecto de una misma cuestión. Así concebida, la adaptación registra dos elementos de procedencia esenciales, en el sentido restringido que debe otorgársele⁵²⁵: 1) el fraccionamiento de la situación jurídica que conduce a la aplicación de leyes materiales diversas y, 2) la incompatibilidad entre dichas leyes. Fernández Rozas agrega un tercer elemento, la necesidad del juez de restablecer la coherencia del sistema de Derecho internacional privado solucionando tal contradicción normativa⁵²⁶. Werner Goldschmidt señala, que la adaptación “se logra a través de un método sintético-judicial, que persigue resolver el caso concreto de manera directa e inmediata, conforme a su ‘entelequia particular’ y según la ‘idea de justicia’”⁵²⁷. Este tercer supuesto no debe considerarse como elemento esencial y característico de la adaptación, por cuanto es una función inherente al intérprete judicial restablecer la armonía y la coherencia del Derecho internacional privado. Esta institución junto con las demás instituciones generales, han sido elementos coadyuvantes para que el juez pueda encontrar la solución más justa y equitativa al caso planteado, por eso el calificativo de “instituciones valorativas”, todas ellas involucran de manera amplia al juez.

a. El fraccionamiento de la situación jurídica

La norma de conflicto acostumbra a contemplar una situación unitaria, reguladora de un concreto supuesto de hecho, que nos conduce a una única ley material aplicable; en otros términos, parte de un supuesto de hecho unitario, que queda sometido, en virtud de la remisión operada por la norma de conflicto del foro, a un solo ordenamiento jurídico. Así a manera de ejemplo, si tomamos como supuesto de hecho el regulado en el artículo 34 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, “las sucesiones” éste queda regulado “por el Derecho del domicilio del causante”, conforme a este supuesto, para determinar la validez de las disposiciones testamentarias o la determinación de la vocación sucesoral será la ley del domicilio del causante la que dé la respuesta.

Sin embargo, en muchas ocasiones la regulación del problema presenta una mayor complejidad. Cualquier relación privada internacional, aún cuando constituya una unidad jurídica, puede ser fraccionada por el legislador, a los fines de su regulación por el Derecho internacional privado. Esta técnica de regulación, que los autores franceses denominan *dépeçage*, consiste en la escisión o separación de los distintos aspectos o elementos constitutivos de una situación o relación jurídica, cada uno de los cuales queda regido por una norma de Derecho

⁵²⁵ Ochoa Muñoz, Javier, Artículo 7. Adaptación, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, pp. 272 ss.

⁵²⁶ Fernández Rozas, Coordinación reordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 38.

⁵²⁷ Werner Goldschmidt citado en “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 475.

internacional privado diferente⁵²⁸. Así, respecto de un contrato internacional, cabe que un sistema de Derecho internacional privado establezca una norma de conflicto distinta para determinar la capacidad de las partes (ley nacional), para la forma del acto (ley de lugar de celebración), para el contenido del negocio jurídico (autonomía de las partes), para sus efectos (ley del lugar del cumplimiento de la obligación), etc. Este método analítico de regulación, al fraccionar el supuesto y someter cada uno de sus aspectos a distintas normas de conflicto⁵²⁹, puede acarrear la consecuencia de que el juez deba aplicar dos o más ordenamientos extranjeros de forma simultánea, para obtener una solución global del supuesto de hecho considerado.

Asimismo, hay que tener presente que las distintas instituciones jurídicas pueden poseer una conexión sustancial, de manera que la solución de un problema conlleva el examen de otros con los cuales se encuentra relacionado. “La relación sustancial entre dos o más instituciones, en orden al resultado final de la respuesta que el Derecho ofrece”⁵³⁰. En un supuesto de tráfico interno, homogéneo, la conexión entre instituciones, en orden al resultado, aparece asegurada; pero cuando intervienen dos o más sistemas jurídicos, la justicia en el caso puede verse alterada. En el ejemplo que emplea la doctrina para explicar la adaptación, la “sucesión por causa de muerte” y las “relaciones patrimoniales entre cónyuges”, ambas relaciones aparecen regidas en muchos sistemas de Derecho internacional privado por normas distintas que toman en cuenta la misma conexión, nacionalidad, en distintos momentos: “en el fallecimiento” para las sucesiones, “al tiempo de la celebración del matrimonio” para el régimen económico del matrimonio. Por ello será preciso aplicar una ley material distinta, para cada problema; y los distintos ordenamientos aplicables pueden diferir en cuanto al resultado, en la regulación de las dos cuestiones: en el Estado A, el régimen legal es el de separación de bienes y la viuda adquiere, a título sucesorio, una cuota importante del acervo hereditario; en el Estado B existe comunidad de bienes y como la viuda adquiere a este título, es muy reducida la cuota que le corresponde a título sucesorio.

Para concluir, el fraccionamiento de las situaciones jurídicas es una realidad que se desprende de la estructuración del sistema conflictual, que asigna soluciones específicas para cada categoría jurídica, como si estas se presentaran en cada caso de modo individual y sin estar conectadas con otras categorías. Este método no es más que una consecuencia del avance del

⁵²⁸ Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 36. En términos generales de técnica jurídica puede ser verificado el fenómeno de la aplicación de normas distintas, ya por su origen o por su naturaleza, a una misma situación o relación jurídica. En Derecho internacional privado el concepto de *dépeçage* posee sin embargo un ámbito mucho más restringido; realmente viene referido exclusivamente a ciertos casos de “ruptura de la unidad de régimen jurídico” que se producen en el derecho de los contratos. Por ello, hay que descartar ciertas manifestaciones de “partición” del régimen jurídico que no constituyen, *stricto sensu*, casos de *dépeçage*. Ver a Carrascosa González, Javier, *El contrato internacional (Fraccionamiento vs Unidad)*, Madrid, Editorial Civitas, 1992, p. 34.

⁵²⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 424; Goldschmidt, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1977), p. 11.

⁵³⁰ Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 36.

Derecho internacional privado, podemos atribuírsela a la modernización del mismo, que ha dejado atrás su estructura estatutaria y genérica, para regular supuestos más específicos, procurando una mayor justicia formal a través del principio de proximidad de la relación jurídica con la legislación que habrá de regularla⁵³¹.

b. La incompatibilidad de las leyes aplicables

El segundo elemento necesario para la procedencia de la adaptación es la incoherencia o incompatibilidad entre las normas materiales de una y otra legislación, de modo que exista el peligro de que su aplicación simultánea pueda producir resultados contrarios a la justicia, y además separados del propósito que tales legislaciones persiguen en su contexto integral⁵³².

En atención al primer elemento esencial, existe una pluralidad de ordenamientos aplicables, ya sea para regir los diferentes aspectos de una misma institución, o dos instituciones entre las cuales el Derecho establece una conexión sustancial, en orden al resultado. Dentro de cada sistema jurídico las soluciones han sido dictadas para supuestos homogéneos con una conexión sustancial, derivada del carácter local de las leyes materiales que se complementan e integran entre sí formando sistemas armónicos. La toma en consideración de aspectos separados, de uno y otro sistema, o aplicar conjuntamente dos de ellos de forma sucesiva es susceptible de producir una contradicción normativa en cuanto a sus soluciones.

Esta contradicción en orden a las respuestas que los diferentes sistemas ofrecen puede presentar dos dimensiones distintas, en primer lugar, la carencia o vacío de regulación jurídica. Al ser esencial para la regulación de ciertas situaciones el factor tiempo, se puede dar la posibilidad que cada uno de los sistemas susceptibles de aplicación regule el supuesto en momentos distintos y contradictorios y que la persona al pasar de uno a otro sistema quede sin una respuesta jurídica; o porque uno y otro sistema exijan ciertos requisitos para el ejercicio de un Derecho entre sí contradictorios. La simultánea aplicación de leyes materiales distintas ocasiona la exclusión de algún Derecho o de alguna solución determinada que esas leyes materiales contemplan en su contexto integral⁵³³. En segundo lugar, la existencia de un cúmulo de regulaciones para el mismo problema en ambos sistemas entre sí contradictorios o que conducen a resultados finales que son sustancialmente injustos⁵³⁴.

⁵³¹ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 273.

⁵³² *Ibid.*, p. 274.

⁵³³ *Idem.*

⁵³⁴ Wolff fue el que se percató de estos problemas, "puede suceder que la concurrencia de dos sistemas jurídicos origine la aplicación de ambos, o por el contrario, que ninguno de ellos resulte aplicable. El resultado es, en el primer caso, una acumulación de reglas aplicables" a los que denominó *casos de acumulación*; "en el segundo, un vacío" casos de vacío. "estos parecen ocasionar mayores problemas". Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 157-159.

Wolff ilustra estas situaciones con ejemplos, de los cuales sólo mencionaré brevemente dos para la acumulación o carencia de normas: Si un matrimonio de nacionalidad sueca adquirió la nacionalidad suiza, la sucesión del marido se rige por el Derecho suizo que concede a la viuda a su elección o la propiedad de un cuarto o el usufructo de una mitad de la herencia; mientras que el régimen económico conyugal continúa regido por el Derecho sueco, que concede derecho a la mitad de la propiedad presente y futura de su marido, es consiguientemente copropietaria de todo lo que él deja. La aplicación simultánea de ambos atribuiría a la mujer la mitad del patrimonio conyugal, a título de su parte en la comunidad, y una cuota sucesoria del cuarto de la herencia. En el caso inverso de un matrimonio suizo naturalizado posteriormente en Suecia, la viuda no puede reclamar legítima alguna ya que no se aplica Derecho hereditario suizo, no es aplicable el Derecho que se la concede, sino el sueco; ni tiene derecho a su parte del sistema sueco de propiedad matrimonial, cuyo sistema no se aplica al matrimonio, puesto que el matrimonio se celebró en Suiza, bajo un régimen distinto; así, evidentemente, no recibiría nada⁵³⁵.

En ambos supuestos si consideramos que la función global del Derecho internacional privado es ofrecer una respuesta única y justa a una relación privada internacional, esta función queda seriamente comprometida. Por lo tanto, si hemos de dar aplicación a distintas leyes extranjeras en el foro, simultáneamente llamadas a regular un supuesto de la vida privada internacional, el juez debe buscar la coherencia normativa y eliminar la contradicción por carencia de regulación o por cúmulo de soluciones contradictorias. El Derecho comparado cumple un rol determinante en la adaptación, el juez debe examinar y cotejar las instituciones jurídicas materiales de las legislaciones en conflicto y determinar si existe compatibilidad entre las mismas, o si éstas se excluyen o yuxtaponen, para ello es necesario que comprenda la naturaleza, contenido y el alcance de las normas materiales en conflicto en el contexto original del cual forman parte⁵³⁶.

Un caso representativo lo ofrece una sentencia belga del 17 de junio de 1974. La madre natural de nacionalidad belga, y el padre adulterino de nacionalidad italiana, solicitaron la adopción plena de su hijo. De conformidad con el Derecho italiano aplicable al caso, la legitimación por adopción era imposible por existir un vínculo biológico entre las partes, aunque admitía la legitimación por matrimonio. De conformidad con la norma de conflicto belga esta última legitimación era imposible por el hecho de existir una relación adulterina, aunque este ordenamiento admite la adopción plena. El Tribunal de Menores de Lieja teniendo en cuenta los objetivos de los dos Derechos en presencia, esto es, la admisión de la legitimación en contextos institucionales distintos, admitió la solicitud de los padres; y lo hizo adaptando el Derecho

⁵³⁵ *Ibid.*, pp. 158-159.

⁵³⁶ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., pp. 274-275.

material italiano al Derecho belga conforme a la equidad y la sana justicia del caso⁵³⁷.

3. La adaptación y otras figuras del Derecho internacional privado

Si bien existe acuerdo entre los autores al momento de señalar las causas generales que ocasionan la necesidad de adaptación, el carácter sistemático de los ordenamientos jurídicos internos y desmembramiento y quiebra de la citada sistemática a consecuencia de la intervención de la norma de conflicto, las dificultades se plantean en el momento de intentar delimitar su campo de actuación en relación con otros problemas que surgen a lo largo del funcionamiento de la norma de conflicto⁵³⁸.

Esta teoría, en sus comienzos, dio lugar a confusiones que repercutirían inevitablemente en un trato autónomo. La doctrina encontró, a través de la adaptación, la explicación y justificación a las respuestas que los tribunales daban a los problemas que planteaba la norma de conflicto, en cuanto implicaba una modificación, tanto de sus condiciones y ámbito de aplicación como de sus efectos. Por ello se habla de necesidad de adaptación en las calificaciones, en el reenvío, en el orden público, en las cuestiones previas, etc.⁵³⁹. Esta confusión se debe a una noción amplia del problema de la adaptación que ha expuesto parte de la doctrina.

Por otro lado, se ha planteado una noción restringida que considera la adaptación como una figura autónoma que responde a problemas particulares y distintos de todos los que informan a las demás instituciones del Derecho internacional privado. En consecuencia, se hace necesario distinguirla de esas instituciones.

La adaptación es una figura que responde, estrictamente, a los problemas de incompatibilidad de las legislaciones simultáneamente aplicables a una misma situación jurídica, y cuyo funcionamiento traslada al juez poderes especiales para desatender y modificar las normas en juego, en atención a la justicia material. Desde esta óptica, se trata de una figura autónoma, es decir, distinta en mayor o menor medida de las demás instituciones de Derecho internacional privado⁵⁴⁰.

a. La adaptación y la calificación

Es curioso resaltar que fue a través de una decisión de la jurisprudencia, caso de los “esposos malteses”, que sirvió de fundamento a Bartin para formular su teoría de la calificación, como se evidenció la imposibilidad de dar solución a la misma en base a una correcta interpretación y aplicación de la norma de conflicto. Podría pensarse que una calificación preocupada

⁵³⁷ Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 37.

⁵³⁸ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 25.

⁵³⁹ *Ibid.*, pp. 23-24.

⁵⁴⁰ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 442.

por la armonía y coordinación entre sistemas distintos, es capaz de proporcionar una actuación, conjunta y armoniosa, de las normas destinadas a proteger los intereses de la viuda y de los herederos. Sin embargo, es la forma compleja con que los ordenamientos internos regulan esta materia y los efectos desmembradores a que da lugar la intervención de la norma de conflicto, al utilizar conexiones distintas para regular el régimen matrimonial y sucesorio, lo que dificulta alcanzar a través de una calificación adecuada de las pretensiones litigiosas un resultado correcto si no se incorporan ciertas modificaciones en las normas de conflicto o en las normas materiales aplicables, para poder lograr así el equilibrio y la armonía necesarias en esta materia⁵⁴¹.

Raape, Wolff y Wengler al enfrentarse con supuestos de este tipo utilizan una técnica de solución distinta a la examinada, hablan ya de adaptación como posible solución al conflicto de calificación, principalmente en aquellos supuestos en que la toma en consideración de la *lex causae* da lugar a la aparición de lagunas. Se refieren así a un proceso distinto de la calificación, porque ya admiten la posibilidad de tener que modificar la norma de conflicto del foro reguladora de la sucesión a fin de lograr el sometimiento del conjunto de la situación litigiosa a una ley única⁵⁴².

Fue precisamente en el análisis de la calificación, donde Wolff advirtió otro problema, al señalar que la calificación conforme a la *lex causae* conducía “a veces a un resultado inconsistente con los principios fundamentales del foro... la calificación encontrada por el juez en el derecho extranjero lleva a resultados absurdos si se adoptó mecánicamente”. La dificultad en que se encuentra el tribunal, a veces, no consiste en la búsqueda de una calificación apropiada en el Derecho extranjero, sino en el hecho de que hay lagunas en sus propias reglas de conflicto. Las opiniones desarrolladas muestran que una serie de hechos tienen que ser considerados a menudo desde el punto de vista de más de un sistema jurídico. “Nada hay sorprendente en esto”. Completamente al margen de cualquier razonamiento sobre la calificación, el Derecho internacional privado exige, con frecuencia, prontitud en consultar varios sistemas jurídicos. A este respecto la necesidad de la calificación lleva a dos clases de problemas. Puede suceder que la concurrencia de dos sistemas jurídicos origine la aplicación de ambos, o por el contrario, que ninguno de ellos resulte aplicable. El resultado es, en el primer caso, una acumulación de reglas

⁵⁴¹ Mientras la doctrina alemana y la italiana, así como la francesa y la española, estudiaron problemas como los de la incompatibilidad del régimen matrimonial y el estatuto sucesorio, concibiendo para su solución a la figura de la adaptación; por otro lado, la doctrina angloamericana en general, Robertson, Falconbridge y Harold Marsh, resolvía estos problemas por la vía de la calificación, con base en el análisis de la jurisprudencia inglesa y norteamericana. Un ejemplo de esta circunstancia la encontramos en el caso *De Nicols vs Curlier*, decidido en la Casa de los Lores en 1898, y que fue utilizado como el ejemplo emblemático utilizado por la doctrina angloamericana para explicar cómo los problemas en torno a los derechos del cónyuge supérstite pueden resolverse a través de las calificaciones. *Ibid.*, pp. 447-448; Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 153.

⁵⁴² Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 68.

aplicables; en el segundo, un vacío⁵⁴³.

Para Wolff los problemas a los que conducen las diferencias de calificación no son “tan insolubles como a veces se sugiere y no necesitan la interpretación caótica construida por la doctrina de la *lex fori*”. Las verdaderas dificultades consisten en el “ajuste” de varios sistemas jurídicos internos que actúan conjuntamente en la solución de una misma serie de hechos⁵⁴⁴. La teoría de la calificación *lex causae*, propuesta por él, parece tener subyacente la necesidad de alcanzar la justicia material, a través de lo que, en algunos casos, no es más que una modificación del resultado que arroja la norma de conflicto, apartándose a la postre de una verdadera determinación de significados⁵⁴⁵.

Rabel, precursor de la calificación autónoma, sugirió que la mejor solución práctica a los problemas derivados de la incompatibilidad entre el régimen matrimonial y el estatuto sucesorio, era dictar normas nuevas que contemplaran provisiones para “ajustar” la distribución hereditaria con el régimen matrimonial. Admitió que estos problemas fueron objeto de ingeniosos remedios que hasta entonces no habían tenido éxito⁵⁴⁶.

Kegel, al tratar la adaptación como figura autónoma, admite que el nombre de “adaptación” viene de una de las soluciones del problema de calificaciones, que consiste en adecuar los derechos materiales competentes a la “situación insólita”. Por su estructura se trata de interpretar conceptos sistemáticos empleados por normas de colisión, pero con la diferencia de que aquí no se está en presencia de normas de colisión de Derecho internacional privado sino de normas de colisión de contenidos normativos⁵⁴⁷, de normas y principios que dentro de cada ordenamiento jurídico determinan el ámbito material de competencia de las normas substantivas⁵⁴⁸. La cantidad de problemas de adaptación depende de la cantidad de normas de colisión, y esto concuerda con las circunstancias en que surge el problema de las calificaciones, pues en éste se trata de deslindar los campos de vigencia de las diferentes normas de colisión, mientras más normas existan tantos más linderos se requieren⁵⁴⁹.

La doctrina resuelve problemas similares bien hablando de la calificación, o bien hablando de adaptación⁵⁵⁰, incluso incluyendo el mecanismo de la adaptación dentro del problema de las calificaciones como mecanismo para resolver los inconvenientes derivados de la misma⁵⁵¹. Es insuficiente afirmar que la calificación consiste única o fundamentalmente en la

⁵⁴³ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 155 ss.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁵⁴⁵ Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 449.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, p. 450.

⁵⁴⁷ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁵⁴⁸ Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 449.

⁵⁴⁹ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁵⁵⁰ Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 449.

⁵⁵¹ Betti, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado..., ob. cit., pp. 681 ss.

determinación de la naturaleza jurídica de las instituciones, en cuanto operación previa a la aplicación de la ley aplicable. Se requiere de un análisis más profundo que permita separar y distinguir la cuestión de la calificación, en esta materia debe tomarse en cuenta la calificación en cuanto problema de interpretación y aplicación de la norma de conflicto y el conflicto entre las distintas calificaciones de que puede ser objeto la norma material aplicable. Cuando el conflicto entre calificaciones distintas no puede ser resuelto en base a una adecuada interpretación y análisis de las instituciones controvertidas y la actuación conjunta y coordinada no puede tener lugar por una dificultad inherente a la propia estructura y naturaleza del objeto de la calificación, será preciso acudir a la adaptación.

La adaptación no es tanto la solución a un conflicto especial de calificación como la solución a un conflicto que la calificación es incapaz de resolver. No resulta exclusivamente del carácter defectuoso de los métodos de calificación, sino que su origen inmediato se debe a las diferencias de contenido sustancial de las leyes simultáneamente aplicables a las relaciones internacionales, y este resultado puede aparecer tanto en la fase final de los procesos de calificación como en los utilizados para resolver cuestiones distintas como los conflictos móviles y las cuestiones previas⁵⁵².

b. La adaptación y la cuestión incidental

Hablamos de cuestión incidental en Derecho internacional privado, cuando, para regular una relación privada internacional, llamada cuestión principal, es preciso resolver antes otra cuestión jurídica diferente, que funciona como presupuesto de la anterior. La cuestión incidental da nacimiento a un conflicto de leyes que puede resolverse aplicando el mismo principio que vincula la cuestión principal, o bien referirla al sistema de Derecho internacional privado del sentenciador. Se deriva del hecho característico de la conexión de ambos asuntos a legislaciones diferentes, y que las mismas, cuestión incidental y cuestión principal, aparecen directa y necesariamente vinculadas, de manera que ésta última queda subordinada a la primera⁵⁵³.

Prejudicial es en sentido estricto, aquel asunto que debe resolverse antes que la cuestión principal, porque constituye una premisa o antecedente lógico de la sentencia y, entendida así, podríamos encuadrar en tal definición a la cuestión incidental en el Derecho internacional privado⁵⁵⁴.

Para Quintín Alfonsín,

La llamada “cuestión incidental” no es un problema auténtico del funcionamiento del derecho privado internacional. Tanto por su planteamiento correcto como por la solución

⁵⁵² Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 71.

⁵⁵³ Véase *Infra* punto III.

⁵⁵⁴ Madrid Martínez, Artículo 6. Cuestiones incidentales..., ob. cit., p. 248.

que merece, este problema se identifica con la calificación cuando la cuestión se presenta antes de la determinación del derecho privado aplicable a la relación llamada incidental, y se identifica con la adaptación cuando se presenta después que el derecho privado internacional mencionado fue de algún modo determinado⁵⁵⁵.

Carrillo Salcedo y Aguilar Navarro, al fijar posición en las soluciones a esta figura, señalan la necesaria adaptación entre ambos ordenamientos. El ordenamiento jurídico del foro debería sacrificarse en beneficio del Derecho extranjero en aquellas hipótesis en las cuales la cuestión incidental es lo fundamental, pero no puede aplicarse esta afirmación en aquellas situaciones en las cuales la cuestión incidental incide en una situación jurídica que vive predominantemente en el sistema del foro, la primacía de éste resulta indiscutible pues la adaptación con el Derecho extranjero no puede darse⁵⁵⁶.

Para Ochoa Muñoz, el dispositivo de solución de la cuestión incidental a través de la solución *lex formalis causae* puede asimilarse a la adaptación conflictual, o solución de naturaleza conflictual al problema de adaptación. Sin embargo, agrega, se trataría de un tipo de adaptación conflictual limitada a la posible inobservancia de la norma de conflicto que regula la cuestión incidental, y que no permite desatender la norma de conflicto de la cuestión principal. Bajo esta concepción, la posibilidad de regular la cuestión incidental conforme a la *lex formalis causae* responde a un problema relacionado con la adaptación, pero cuya procedencia obedece a la particular relación de incidental y principal que tenga una cuestión con otra, y además, la solución de este problema se reduce a un mecanismo estrictamente conflictual que a su vez está condicionado a la preponderancia de la cuestión principal sobre la incidental. En la adaptación los presupuestos de procedencia no toman en cuenta la relación de principal o accesoria que puedan presentar entre sí los diversos aspectos del caso, y sus vías de solución no están reducidas a un particular mecanismo conflictual⁵⁵⁷.

Se trata de dos instituciones autónomas, la adaptación responde a problemas de incompatibilidad, a diferencias de contenido sustancial de las legislaciones simultáneamente aplicables a una misma relación jurídica internacional, y este resultado puede aparecer en los procesos utilizados para resolver las cuestiones incidentales.

c. La adaptación y el reenvío

De entre los fenómenos ajenos a lo que se entiende por adaptación, Cansacchi examina los supuestos de orden público y reenvío, debido a una amplia consideración del problema. Según el autor, la razón por la que se considera el reenvío como un supuesto más de adaptación

⁵⁵⁵ Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional...*, ob. cit., p. 636.

⁵⁵⁶ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 244; Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 62 ss.

⁵⁵⁷ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 446.

reside, en que en los supuestos de no admisión del reenvío, la ley extranjera recibe un ámbito de aplicación distinto del que tenía asignado originariamente, según que la norma de conflicto del foro utilice una conexión basada en la nacionalidad o en el domicilio. La falta de rigor en estos planteamientos se debe a que, la modificación de la ley extranjera no depende de un análisis del contenido de las normas materiales en conflicto, sino únicamente de un principio de no admisión del reenvío formulado *a priori*, esta no admisión se ha realizado por el legislador y no por el juez⁵⁵⁸.

El reenvío surge cuando la norma de conflicto del Estado cuyos tribunales conocen del asunto remite, para la regulación del caso, a un Derecho extranjero; este ordenamiento contiene, a su vez, una norma de conflicto que remite la regulación de la relación privada internacional al Derecho de otro país, que puede ser el Derecho del Estado que está conociendo o el de un tercer Estado⁵⁵⁹.

El reenvío no es consecuencia de la incompatibilidad de las leyes materiales aplicables, sino de las diferencias de las normas conflictuales y es un problema que surge en la fase de determinación de la ley aplicable, mientras para que la necesidad de adaptación se plantee debe conocerse previamente el contenido de las normas simultáneamente o sucesivamente aplicables a un mismo supuesto internacional, lo cual lleva a afirmar que sólo en la fase de aplicación de las normas surge la citada dificultad⁵⁶⁰. La preocupación por alcanzar la coordinación o actuación armoniosa entre sistemas jurídicos distintos, que tiene lugar en la fase de determinación de la ley aplicable, nada tiene que ver con la adaptación.

Es el contenido material contradictorio de las normas materiales en presencia lo que hace necesaria la intervención de la adaptación y por consiguiente toda modificación formal realizada en una fase anterior puede caer dentro de los correctivos “normales” del funcionamiento de las normas de conflicto, pero nunca dentro de la adaptación.

d. La adaptación y el orden público internacional

Cansacchi incluye al orden público dentro de la teoría general sobre la adaptación, porque toma en cuenta únicamente los efectos que su intervención produce sobre las normas en presencia: modificación de la disposición extranjera a fin de hacerla compatible con el ordenamiento jurídico del foro o ampliación del ámbito de aplicación de la *lex fori*. No toma en consideración la distinción entre las causas que originan la intervención del orden público y aquellas que justifican el recurso a la adaptación: salvaguarda de la coherencia interna en el primer

⁵⁵⁸ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 25-26.

⁵⁵⁹ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 4. Reenvío, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, pp. 213-214.

⁵⁶⁰ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 28-29.

caso, y protección de la sistemática de las relaciones jurídicas privadas en el segundo⁵⁶¹.

Carrillo Salcedo también incluye al orden público dentro de los problemas de adaptación: La función que el orden público debe llevar a cabo en el método de atribución y en el proceso de aplicación de la regla de conflicto es la de servir de instrumento de defensa de la homogeneidad del ordenamiento del foro, contribuir al ajuste y adaptación entre la “*lex fori*” y el Derecho extranjero⁵⁶².

Como ejemplo a este planteamiento cita el caso *Chemouni*, decidido por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 19 de febrero de 1963. El señor *Chemouni*, tunecino de confesión hebrea, que en Túnez había contraído sucesivamente dos matrimonios de conformidad con su ley personal, se instala tiempo después en Francia, donde se le reclama pensión alimenticia por parte de su segunda esposa. El Tribunal de apelación rechazó la demanda en nombre del orden público francés que se opone a la poligamia, pero su decisión fue casada por la *Cour de Cassation* bajo el argumento de que si bien el orden público se opone a la celebración de un matrimonio poligámico en Francia, no se opone a que una unión poligámica regularmente contraída en el extranjero, de conformidad con la ley competente, produzca efectos en Francia y en especial la obligación de alimentos.

Se planteó de nuevo el asunto en el Tribunal de Versalles, ante el cual el Señor *Chemouni* alegó un hecho nuevo que, entretanto, él había adquirido la nacionalidad francesa. Sin embargo el Tribunal de Versalles decidió que aún cuando fuese ciudadano francés debía prestar alimentos a dos mujeres legítimas, y la *Cour de Cassation* mantuvo la misma decisión. El orden público francés no ha intervenido pues puede equipararse la situación a la del divorciado que paga pensión alimenticia a la primera esposa, y en esta controversia la demandante no era divorciada sino se trata de una mujer unida en legítimo matrimonio al obligado a pagar alimentos, conforme con el Derecho extranjero competente⁵⁶³.

Concluye el autor, que se ha hecho una adaptación del Derecho del foro para acoplarlo a las exigencias de una situación con elementos extranjeros jurídicamente relevantes, sin afectar la homogeneidad del mismo. Debido a esta adaptación y a la interpretación flexible del Derecho del foro, ha sido posible tomar en consideración el Derecho extranjero y llegar a una reglamentación específica de un supuesto de tráfico externo, mediante la cooperación y coordinación de dos o más ordenamientos jurídicos⁵⁶⁴.

El orden público se diferencia de la adaptación desde sus propias causas de procedencia. El orden público pretende garantizar y proteger los principios fundamentales del ordenamiento

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁶² Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 327.

⁵⁶³ Batiffol, Henri, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, en: *Recueil des Cours*, 1967, Tomo 120, pp. 183 ss.

⁵⁶⁴ Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 328.

jurídico del foro en casos en que la aplicación del Derecho extranjero produzca resultados manifiestamente incompatibles con esos principios, busca garantizar la coherencia interna de la legislación en protección de un interés general; mientras que la adaptación persigue garantizar la justicia de los casos en protección de intereses privados, sólo pretende armonizar normas que no necesariamente son contradictorias sino discordantes, sin tomar en cuenta si alguna de ellas pertenece a la *lex fori*⁵⁶⁵.

Por otra parte, el efecto principal de la actuación del orden público es el desplazamiento del Derecho extranjero competente, es la desaplicación de la norma extranjera manifiestamente incompatible con los principios de la *lex fori*⁵⁶⁶; mientras que las soluciones tradicionales de los problemas de adaptación implican la adecuación de los ordenamientos incompatibles o la desaplicación de cualesquiera de ellos, sin que la *lex fori* tenga necesaria preferencia.

En aquellos casos que se rechace sólo el fragmento del Derecho extranjero que violenta los principios esenciales del orden público y se permita la aplicación del resto de la normativa extranjera que no contradice esos principios, es posible la aplicación de la técnica de la adaptación pues en estas situaciones resultarían aplicables a un mismo supuesto leyes distintas que no necesariamente resulten coherentes entre sí⁵⁶⁷.

e. La adaptación, la sustitución y la transposición

Bajo la rúbrica de la “adaptación” se engloban habitualmente recursos diversos que obedecen, a su vez, a problemas diversos. Se admite generalmente que la sustitución y transposición son casos particulares de adaptación de normas materiales procedentes de sistemas jurídicos diversos, una vez resuelto el problema de la ley aplicable a la cuestión previa en el caso de la sustitución, y del conflicto móvil en el caso de la transposición. Sin embargo, la distinción no difumina su elemento común: las tres figuras conciernen a la aplicación distributiva o acumulativa de varias leyes nacionales a la misma situación, y los tres supuestos se suscitan a la hora de aplicar las normas materiales, una vez localizadas a través de la norma o normas de conflicto del foro.

Conviene partir de la distinción entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de la “sustitución” o “transposición” de instituciones, asentados estos últimos en la “teoría de la equivalencia”. La sustitución y la transposición se refieren a la búsqueda de una equivalencia entre la institución comprendida en la ley extranjera y la institución comprendida en la ley del foro. La adaptación en sentido estricto se plantea

⁵⁶⁵ Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 443.

⁵⁶⁶ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 8. Orden público, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, p. 302.

⁵⁶⁷ Ochoa Muñoz, La adaptación en el Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 444.

en aquellas situaciones que por resultar aplicables varias legislaciones diferentes a un mismo supuesto, se produce una incongruencia o un desajuste en la solución final⁵⁶⁸, incide directamente en la regulación material y sobre los efectos previstos por los ordenamientos que resulten aplicables. No se trata del empleo de la noción de equivalencia, sino en la reinterpretación de las normas (conflictuales y materiales) en previsión de desajustes y discordancias.

Fue Lewald quien primero propuso la diferenciación de los problemas de transposición, sustitución y adaptación, en un esfuerzo por sistematizar la teoría de la adaptación⁵⁶⁹. El autor introdujo en su Curso de La Haya de 1939 una clasificación entre adaptación en sentido estricto, transposición y sustitución⁵⁷⁰, atribuyendo a cada uno de estos supuestos características propias y un ámbito de aplicación distintos según la causas origen del conflicto⁵⁷¹:

- Adaptación, en sentido estricto: Tiene lugar cuando normas materiales pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos son aplicables simultáneamente a aspectos diversos de una misma relación internacional o a relaciones íntimamente vinculadas entre sí por existir entre ellas una “coherencia sistemática”. El autor recurre al ejemplo del cónyuge superviviente, difundido ampliamente por la doctrina. Le atribuye a la calificación parcial que se realiza a las instituciones relacionadas con el régimen matrimonial y la sucesión, la causa de resultados anómalos a que están expuestas en el ámbito internacional, por no tomar en cuenta la interdependencia que existe entre ambas dentro del sistema del que forman parte.

- La sustitución: Surge una vez resuelta la determinación de ley aplicable a la cuestión previa y principal; es necesario averiguar si entre la norma material aplicable a la cuestión previa y la aplicable a la cuestión principal existe una equivalencia suficiente que permita sustituir la relación que es considerada como prejudicial para que tenga lugar un determinado efecto jurídico en el Derecho interno por una relación análoga de Derecho extranjero.

El ejemplo que esboza para explicarlo, es el de una decisión de la jurisprudencia francesa de 1872, sobre la sucesión de bienes inmuebles de un causante español, regulada por la ley francesa como ley de la situación de los inmuebles. El punto discutido era si uno de los presuntos herederos tenía la condición de hijo natural legalmente reconocido del causante, habiendo tenido lugar el reconocimiento según la legislación española. La solución dada por el Tribunal de Pau fue considerar suficiente este reconocimiento, con lo que se verificó una sustitución del requisito exigido por el Derecho francés por la institución correspondiente del ordenamiento español⁵⁷².

⁵⁶⁸ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 376 ss.

⁵⁶⁹ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 451.

⁵⁷⁰ Lewald, *Règles générales des conflits de lois...*, ob. cit., pp. 126 ss.

⁵⁷¹ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 84.

⁵⁷² Lewald, *Règles générales des conflits de lois...*, ob. cit., pp. 130 ss.

- La transposición: Tiene su origen en las consecuencias desmembradoras del conflicto móvil cuando las condiciones de nacimiento y validez de las relaciones jurídicas continuadas se ven sometidas a una legislación distinta de la que regula todo o parte de sus efectos. El ejemplo que nos proporciona es el del juez francés que debe valorar las disposiciones testamentarias formuladas por *el de cuius* según el Derecho inglés, respecto de un inmueble situado en Francia, teniendo que aplicar la ley francesa por ser el lugar de situación de los inmuebles. Se plantea el problema de que se contemplen instituciones testamentarias que no existen como tales en el Derecho francés, por lo que el juez debe traducir las disposiciones del testador conforme a las concepciones de la ley que rige la sucesión. En este supuesto si se procede a interpretarlas de forma rígida de acuerdo con el significado que las normas poseen en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pueden mostrarse poco aptas o mostrar dificultades para ser aplicadas conjuntamente. El juez debe acudir al Derecho comparado, y no aplicar la ley competente sin transponer el acto jurídico en el marco del Derecho francés⁵⁷³.

El citado ejemplo, sin embargo, no se corresponde con lo que se entiende como conflicto móvil. Es preciso mencionar muy someramente el término de conflicto móvil⁵⁷⁴, denominación introducida por Bardin, “fenómeno mediante el cual dos normas resultan aplicables ‘sucesivamente’ a una misma relación jurídica de carácter continuado, debido a un cambio voluntario del punto de conexión, de tal modo que las condiciones de su nacimiento y alguno de sus efectos pueden verse sometidas a ordenamientos distintos”⁵⁷⁵. Este tipo de conflicto ocurre cuando las normas utilizan conexiones variables, como el domicilio, situación de bienes muebles, nacionalidad, etc.

Miaja explica que la labor de acoplamiento entre dos leyes distintas requiere en ocasiones lo que Lewald denomina transposición, en los supuestos de que ambas legislaciones tengan una aplicación sucesiva, por ejemplo, en el caso de los derechos reales sobre bienes muebles cuando éstos son trasladados de país y se regulan conforme a la norma de conflicto por el lugar de ubicación, en estos casos los derechos reales sobre los bienes muebles subsisten pero adaptados a la legislación que ahora los rige. La transposición de Lewald tiene cierta equivalencia con alguno de los conflictos que la doctrina francesa califica de “móviles”, es decir, los que se producen por el cambio de punto de conexión, cuando éste es decisivo para la fijación de la ley aplicable. Y existen casos de sustitución de la norma material por la equivalente del Derecho del foro de otro país. Estos problemas de acoplamiento se hacen más evidentes cuando se trata

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 127.

⁵⁷⁴ Savigny planteó el problema como conflicto transitorio y señaló como preciso para que se de el conflicto transitorio, que el cambio afecte a las propias normas jurídicas y no a los elementos fácticos de la relación jurídica, pero fue Bardin quien aportó la terminología ingeniosa de conflicto móvil en el primer volumen de sus *Principes*, publicado en 1930. Ver Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 412 ss.

⁵⁷⁵ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 74.

de aplicar instituciones que son producto de una mentalidad jurídica muy diferente y lograr que ésta funcione en un país determinado⁵⁷⁶.

Van Hecke opina que el problema de la transposición puede asimilarse al de la sustitución, ya que en ambos se trata de una cuestión relativa al significado de los elementos que constituyen el concepto prejudicial o la condición de aplicación de la norma aplicable, ambos se refieren a la equivalencia en la significación de elementos entre las instituciones de un ordenamiento a otro. La sustitución-transposición es un problema de interpretación de la norma aplicable en cuanto a las condiciones de aplicación mientras que la adaptación es un problema de coordinación de dos o más normas aplicables en cuanto a los resultados⁵⁷⁷. Separa la adaptación de los problemas de transposición y sustitución.

Para Rigaux⁵⁷⁸, quien también asimila la transposición a la sustitución, el problema de sustitución contiene un elemento concreto que lo diferencia de la adaptación, que viene a ser el carácter previo o prejudicial de la aplicación de una ley en relación con otra. A diferencia del problema de Derecho internacional privado llamado cuestión previa, que afecta a la elección de la norma de conflicto de leyes, la determinación del concepto prejudicial o problema de sustitución conduce a la equivalencia de los conceptos de Derecho material. Es la naturaleza del lazo establecido por el sistema conflictual entre las dos normas de Derecho material lo que suscita un problema específico: la verificación de la equivalencia de dos conceptos jurídicos de los que uno pertenece a la hipótesis de la disposición legislativa aplicable a la cuestión principal, mientras que el concepto prejudicial se configura por un sistema jurídico diferente⁵⁷⁹. Emplea los términos de cuestión previa y prejudicial para indicar situaciones diferentes dentro de lo que conocemos como cuestión incidental en Derecho internacional privado. Para Rigaux la cuestión previa sólo tiene que ver con la determinación del Derecho material aplicable a la cuestión incidental, afecta a la elección de la norma de conflicto aplicable (problema de conexión), y equipara “la determinación del concepto prejudicial” con la sustitución teniendo lugar después de que la aplicación de las normas de leyes han permitido identificar en uno de los dos ordenamientos jurídicos las normas de Derecho material pertinentes.

El ejemplo empleado con mayor frecuencia por la doctrina para explicar la figura de la sustitución, es el de la determinación de la vocación sucesoral del adoptado cuando la adopción se ha llevado a cabo conforme a una legislación distinta de la que rige la sucesión. Es necesario averiguar si a pesar de que según la ley de la adopción el hijo no tiene ningún derecho en la sucesión del padre adoptante, dicha pretensión puede serle reconocida al reunir la adopción

⁵⁷⁶ Mijaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 430 ss.

⁵⁷⁷ Van Hecke citado por Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 87.

⁵⁷⁸ Ver Rigaux en *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 365 ss.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 367 ss.

extranjera los requisitos necesarios exigidos por la ley sucesoria para que tengan lugar los citados efectos. Por ejemplo, si de acuerdo a la ley que regula la cuestión previa la adopción simple atribuye derechos sucesorios al adoptado en concurrencia con hijos legítimos, mientras que según la ley del foro reguladora de la cuestión principal sólo la adopción plena sin hijos legítimos es susceptible de otorgar derechos sucesorios al adoptado, la solución consiste en rechazar efectos sucesorios a la adopción simple de la legislación extranjera, pues no reúne los requisitos mínimos de equivalencia exigidos por la *lex fori*⁵⁸⁰.

Rigaux expone como ejemplo la solución utilizada por el tribunal civil de Neuchateau, del 17 de enero de 1979, relativo a un hijo de nacionalidad polaca llamado a heredar un inmueble situado en Bélgica. Mientras la ley belga, como ley sucesoria, le atribuye una cuota menor al hijo natural, la ley personal del demandante suprimió toda discriminación entre las categorías de hijos, calificarlo como “natural” respecto de la ley sucesoria, por el motivo de que nació fuera del matrimonio, conduciría a invadir el ámbito propio de la ley personal⁵⁸¹. En estos casos, el problema radica en la identificación de las equivalencias entre la forma de adopción que consagra la ley que rige la adopción (cuestión previa) y la forma de adopción que contempla la ley que rige la sucesión (cuestión principal), a fin de determinar si la primera puede sustituirse en la segunda y desplegar los mismos efectos respecto de la sucesión.

A su vez, Fernández Rozas al hablar de transposición la define como “la adaptación de una situación jurídica por parte de un ordenamiento, cuando tal situación ha surgido o ha sido creada en el ámbito de otro distinto en el marco de las categorías jurídicas de éste; en otras palabras, la introducción en el foro de un derecho adquirido en el extranjero, que muchas veces puede constituir de una “institución desconocida”, esto es, sin equivalencia alguna, en el Derecho del foro”⁵⁸². Tales supuestos se exteriorizan esencialmente en los casos de conflicto móvil. La sustitución es una “conversión sustitutiva” que, una vez confrontadas dos o más instituciones pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes, asiente en encontrar un equivalente funcional de la situación jurídica, que constituye el presupuesto de su eficacia, para valorar una situación o un concepto prejudicial⁵⁸³. Y esta última es utilizada para obviar los problemas de adaptación entre las normas pertenecientes a ordenamientos distintos que rigen la cuestión preliminar y la principal⁵⁸⁴.

Aun cuando resulta difícil precisar estas instituciones, la diferencia entre la sustitución y la transposición reside en que en la primera la necesidad de buscar la equivalencia de

⁵⁸⁰ Lewald, Règles générales des conflits de lois..., ob. cit., p. 133; Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 85-86; Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 366.

⁵⁸¹ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 368.

⁵⁸² Fernández Rozas, *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...*, ob. cit., p. 17.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁸⁴ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 344-345.

contenido tiene lugar entre dos instituciones designadas a través de dos normas de conflicto distintas, mientras que en la transposición se trata de buscar la equivalencia entre aspectos de una misma relación jurídica designados a través de una conexión única, pero que se concreta en dos momentos temporalmente distintos⁵⁸⁵.

Para van Hecke, al igual que para Rigaux⁵⁸⁶ en los problemas de sustitución y transposición lo que se trata es de buscar la posibilidad de aplicar a la condición y efectos de una relación jurídica, o bien de varias vinculadas entre sí, normas pertenecientes a distintos ordenamientos, mientras que en la adaptación se trata de ver cómo se coordinan, articulan los efectos de su mutuo funcionamiento. Para Nuria Bouza, de lo que se trata es de distintas etapas en el proceso de la actividad judicial por la búsqueda de soluciones armoniosas de las relaciones internacionales que de diferenciación entre distintos tipos de adaptación en sentido amplio⁵⁸⁷.

La diferencia sustancial estriba en los distintos instrumentos que utilizan cada una de estas técnicas y en su distinto alcance. La sustitución y la transposición son soluciones propuestas para resolver las dificultades que plantea la concurrencia de normas materiales de sistemas jurídicos diferentes, una vez que se determina la ley aplicable al conflicto móvil y a la cuestión previa. Ambas consisten en averiguar el grado de equivalencia entre las instituciones jurídicas con prescindencia de las diferencias que puedan existir en la forma como cada ordenamiento interno las configura y regula. Se trata de proceder a una interpretación “generosa” de las normas que concurren, a fin de alcanzar la coordinación entre los sistemas jurídicos, pero sin necesidad de abandonar la norma de conflicto ni de modificar sus elementos estructurales, ni de alterar el Derecho material designado⁵⁸⁸. Exteriorizan una evidente identidad funcional en el sentido de que ambas utilizan el parámetro de la equivalencia de instituciones para coordinar los sistemas en presencia. No suponen necesariamente la incompatibilidad o contradicción entre los distintos ordenamientos aplicables. La adaptación en sentido estricto denota la necesidad de proceder a una modificación de la norma de conflicto o de las normas materiales sucesiva o simultáneamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional. Cuando no hay un mínimo de equivalencias, y las divergencias entre las normas aplicables hacen imposible su actuación u ocasionan soluciones injustas o separadas de los objetivos de las normas materiales en juego, se impone la necesidad de corregir las diferencias mediante la técnica de la adaptación⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 86 ss.

⁵⁸⁶ Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 416 ss.

⁵⁸⁷ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 89.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, pp. 29-30.

⁵⁸⁹ Ochoa Muñoz, *La adaptación en el Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 455.

4. Soluciones al problema

Se ha intentado superar el problema mediante distintas técnicas: a) frente a dos normas inconciliables entre sí, el juez puede prescindir de la aplicación de ambas y aplicar la solución contenida en la *lex fori* (técnica de la *lex fori*); b) aplicar una de las leyes materiales extranjeras reclamadas, excluyendo la otra u otras; se aplicaría la norma de conflicto que presente vínculos más estrechos con el caso (técnica de la eliminación); c) aplicar parcialmente cada una de las leyes sólo a determinados aspectos de la relación, modificando el alcance de las normas de conflicto (técnica de la aplicación parcial de las leyes en presencia); d) en los casos en los que el legislador no ha previsto una regulación especial, ya que las normas de conflicto en presencia deben aplicarse, la solución consiste en ajustar el contenido material de los Derechos en presencia⁵⁹⁰.

La aplicación de la solución *lex fori*, encuentra justificación en los sistemas conflictuales en un principio vinculado con la aplicación del Derecho extranjero en el foro que no es otro que, en caso de “imposible aplicación” de un sistema extranjero, el juez debe dar aplicación a la *lex fori* a título de la denominada “competencia residual”; cuando la norma extranjera quebranta principios de orden público, el juez del foro no dispone de una norma expresa que le indique cuál es la sustitutiva que debe aplicar⁵⁹¹.

Esta solución también encuentra justificación en sistemas *legeforistas*, y los argumentos que apoyan la posición negativa parten de una interpretación estricta de la función judicial en el Derecho internacional privado, sosteniendo así que el juez no posee facultades para proceder a una eventual adaptación entre los sistemas materiales extranjeros declarados aplicables por las normas de conflicto del foro, ni desde otra perspectiva, para dejar de aplicar una norma de conflicto del foro, en beneficio de otra, sometiendo al Derecho designado por esta última la totalidad de los problemas objeto de la decisión. La función judicial consiste en la aplicación del Derecho y no en su creación, el problema desborda el mandato del legislador contenido en las normas de su propio sistema de Derecho internacional privado, a menos que una norma expresa de dicho sistema atribuya al juez expresa facultad o mandato para realizar la operación de adaptación⁵⁹². El empleo de esta técnica de solución puede conducir a resultados poco satisfactorios, el juez antes de recurrir a la *lex fori* podría buscar una norma del ordenamiento extranjero que se adapte al caso y sustituya aquella incompatible con el propio derecho, esta sustitución de normas puede operar como procedimiento inverso, cuando la aplicación de la *lex fori* resulta más favorable a la validez del negocio jurídico⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Calvo Caravaca y Carrascosa González, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 288.

⁵⁹¹ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 295-296.

⁵⁹² Fernández Rozas, *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales*..., ob. cit., pp. 41-42.

⁵⁹³ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 296.

Kegel a su vez expone otra solución, cuando se presentan situaciones en que no conviene modificar ni las normas de colisión ni las materiales, entonces no hay más remedio que integrar normas materiales propias dentro del Derecho internacional privado del foro⁵⁹⁴.

El examen de la doctrina nos muestra que existen dos fórmulas aptas para restablecer el equilibrio y la sistemática de las relaciones jurídicas cuando ésta ha sido rota por la intervención de la norma de conflicto. Una consiste en someter el conjunto de aspectos de las relaciones jurídicas desmembradas a una ley única, de naturaleza conflictual, puede denominarse indirecta⁵⁹⁵, o de Derecho internacional privado⁵⁹⁶. La otra fórmula es de naturaleza sustantiva o de Derecho material, puede denominarse indirecta o de Derecho material privado.

Ninguna de estas soluciones comprende directrices precisas para el juez, sino que más bien suponen un grado mayor de libertad en la valoración judicial, trasladando al juez potestades cuasi legislativas y en las que, el Derecho comparado juega un papel importante, como una de las vías que ha de proyectar luz sobre el trabajo del juez. Cuál sea el camino acertado, lo enseña la ponderación de intereses en cada caso. En principio hay que obrar por la “ley de la menor resistencia”, es decir sacrificar los intereses menos sólidos para proteger los más fuertes. Los intereses en juego son, en primer lugar, aquellos a que sirven las normas de colisión ordinarias y que han conducido a la contradicción de norma materiales; el interés de orden en la armonía internacional de las decisiones; y finalmente, el interés de orden en que se produzca una decisión “real”⁵⁹⁷.

En este sentido Cansacchi sostuvo, que las decisiones sobre adaptación nunca podrán fundarse en pautas exactas establecidas en la ley, sino en directrices apoyadas en principios de interpretación muy generales y orientadas más bien por sentimientos de equidad y por el sentido de la lógica⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ A través de un ejemplo ilustrativo explica esta solución: un padre francés y su hija inglesa se accidentan de muerte en un avión. El padre instituyó a su hija heredera directa y a un amigo heredero sustituto. La hija ha instituido a su padre heredero directo y a una amiga heredera sustituta. Ambos, amiga y amigo, reclaman las dos herencias. La sucesión del padre se rige por el Derecho francés y la de la madre por el inglés, y según ambos regímenes sólo puede heredar el que sobreviva al causante. Sobre las presunciones de muerte decide el Derecho nacional de cada quien, según el francés se presume que sobrevive la hija y conforme al segundo el padre. “En tal situación de equilibrio no hay interés alguno que pida desplazar las normas de colisión sobre sucesión y sobre presunciones de vida y muerte. Por otra parte, sería del todo irreal buscar normas de *remedio* en los derechos materiales. Pero tampoco se puede dejar en pie la contradicción normativa. No queda más que cortar el nudo y completar el Derecho internacional privado del foro con una norma de derecho material que supere la presunción de concurriente contradictorias: la de que se presume el fallecimiento simultáneo”. Kegel, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 204.

⁵⁹⁵ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*..., ob. cit., p. 34.

⁵⁹⁶ Kegel, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 197.

⁵⁹⁷ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 275; Kegel, *Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 197-198.

⁵⁹⁸ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 282.

a. Solución de naturaleza conflictual

La solución de naturaleza conflictual supone modificar la aplicación de las normas de conflicto del foro, prescindiendo de uno de los sistemas extranjeros de manera que el juez someta el asunto en su conjunto a uno de ellos con exclusión del otro. El juez retiene una norma de conflicto y descarta la otra, optando por someter ambas cuestiones a un mismo ordenamiento, dando prevalencia a una de las normas de conflicto y asegurando de esta forma, la coherencia de la regulación final. Supone la inobservancia de alguna de las normas de conflicto aplicables, para subsumir la situación en su conjunto en el supuesto de una sola norma de conflicto, lo que en definitiva implica construir una nueva norma de conflicto extraordinaria que envuelva toda la situación⁵⁹⁹.

Bouza Vidal señala que consiste en someter el conjunto de aspectos de las relaciones jurídicas desmembradas a una ley única, creando para ello una nueva norma de conflicto o bien sustituyendo la conexión de una de las normas de conflicto por la conexión utilizada por la otra norma de conflicto concurrente. Se trata de una adaptación respetuosa con la técnica conflictual y que puede denominarse “indirecta”⁶⁰⁰. Kegel llama a esta solución de “Derecho internacional privado” y a través de ella, es posible desplazar los límites entre dos normas de colisión o construir una nueva extraordinaria, con lo cual se impide la aplicación de dos ordenamientos materiales diferentes cuyas normas son incompatibles. Se trata, por llamarlo de alguna forma, de una calificación especial para un fin especial, el de evitar la contradicción de normas. Es una solución preventiva⁶⁰¹.

El empleo de esta solución evita el fraccionamiento de la situación jurídica, pues ésta quedará regulada en su globalidad por una única legislación, y no habiendo fraccionamiento no podrá haber inadaptación o desarmonía. Es la concurrencia de una norma de conflicto con otra de su misma naturaleza y el resultado inadecuado que arroja su funcionamiento simultáneo, lo que conduce a la necesidad de desaplicar una de ellas o elaborar una norma nueva⁶⁰².

Pero en este punto la doctrina no es pacífica en orden a justificar la elección. Cierta sector da preferencia a la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo o elegir exclusivamente a la norma de conflicto que remita al Derecho últimamente aplicable, pues es el problema actual que está ventilando el juez, siguiendo construcciones inherentes al conflicto móvil. Así en los problemas como los del cruce entre el estatuto sucesorio y el régimen patrimonial del matrimonio, la primera de las normas de conflicto que ha operado en el tiempo es la relativa al régimen económico del matrimonio. La doctrina española emplea el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de junio de 1960, recaída en el asunto

⁵⁹⁹ *Ibid.*, pp. 278-279.

⁶⁰⁰ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 34.

⁶⁰¹ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 197.

⁶⁰² Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 279.

Tarabusi vs Tarabusi, en todo el razonamiento del Tribunal estaba la pretensión de incluir el conjunto de los problemas (régimen económico matrimonial y sucesiones) dentro de la norma de conflicto sobre sucesiones a título de último ordenamiento aplicable⁶⁰³.

Esta solución puede resultar demasiado rígida y no descende a los pormenores del caso concreto, además deben tomarse en cuenta los intereses en juego debiéndose proteger los de mayor importancia y el respeto a las situaciones válidamente creadas, de esta forma el juez no podrá desatender una norma de conflicto cuando ello conduzca a conculcarlas. El principio o grado de mayor proximidad o vinculación de la situación planteada con alguna de las legislaciones en conflicto puede ser otro elemento importante para guiar la solución⁶⁰⁴.

Este tipo de solución es el preferido por la doctrina internacional y el que con frecuencia ha utilizado la jurisprudencia extranjera. Se han inclinado en someter el conjunto de derechos patrimoniales y sucesorios del cónyuge viudo a una ley única, la matrimonial o la sucesoria, según las características propias del derecho interno e internacional de cada ordenamiento⁶⁰⁵.

b. Solución de naturaleza sustantiva o de Derecho material

La adaptación sustantiva consiste en respetar el ámbito de aplicación de las normas de conflicto concurrentes y proceder a continuación a los reajustes necesarios entre las normas materiales sucesiva y simultáneamente aplicables⁶⁰⁶. Este mecanismo supone una modificación del alcance de tales leyes para darles un contenido armónico, y para ello es necesario alterar el dispositivo de las normas en juego, acoplándolas hasta que resulten intrínsecamente coherentes entre sí⁶⁰⁷.

Kegel la denomina solución curativa, “en la cual se dejan intactas las normas de colisión de Derecho internacional privado que han conducido a la contradicción y, en cambio, se busca remedio en los derechos materiales privados, encorvando sus normas hasta superar la contradicción”⁶⁰⁸.

⁶⁰³ El Sr. Tarabusi de nacionalidad italiana, contrajo matrimonio en España en 1940 con una española sin establecer capitulaciones matrimoniales falleciendo catorce años después. Conforme a la norma de conflicto española vigente en aquellos momentos, el régimen de bienes en el matrimonio se regía por la ley nacional del marido por lo que era de aplicación la ley italiana que estipulaba como régimen matrimonial el de separación de bienes, pero concediendo a la viuda derechos en la sucesión del cónyuge fallecido. La sucesión se regía en España por la ley nacional del *de cuius* al tiempo del fallecimiento partiendo del postulado del régimen legal de gananciales en el matrimonio, concediendo derechos limitados a la sucesión del cónyuge superviviente. El Tribunal solucionó el problema recurriendo a la estrategia de que no se había probado el Derecho extranjero reclamado en materia sucesoria para aplicar las normas españolas sobre régimen económico matrimonial. Fernández Rozas, Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales..., ob. cit., p. 40.

⁶⁰⁴ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 279.

⁶⁰⁵ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 34-35.

⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 35.

⁶⁰⁷ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., pp. 275-276.

⁶⁰⁸ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 197.

Para Aguilar Navarro la adaptación plantea el significado que la justicia tiene para el Derecho internacional privado, por ello no puede excluirse la solución material en la cual el juez cumple un rol fundamental. Afirma que es un “correctivo de carácter material” que lleva de nuevo al funcionalismo, y con él a la defensa del carácter judicial, de la acción constitutiva que el juez tiene en el Derecho internacional privado⁶⁰⁹.

El mecanismo consiste en la creación de una norma *ad hoc* derivada de la modificación de las normas materiales concurrentes o de la aplicación parcial por el juez de cada uno de los sistemas en contradicción hasta hacerlos compatibles, concediendo determinados efectos atribuidos por cada uno de ellos. Por ejemplo, ante la contradicción en los casos de régimen patrimonial del matrimonio/sucesión, atribuyendo los derechos propios del régimen económico del matrimonio por un sistema extranjero y los derechos sucesorios de acuerdo al otro sistema, de manera que el resultado final sea el adecuado, compensando las deficiencias de cada uno. En consecuencia, conforme a este método el juez puede, para evitar los desajustes, buscar una solución *ad hoc*, compaginando los respectivos Derechos materiales en juego, a través por ejemplo, de la compensación de los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos⁶¹⁰.

Wolff llegó a afirmar que la adaptación, o “ajuste” como la denominó, de varios sistemas jurídicos internos que actúan juntos con respecto a la misma serie de hechos constituyen “las verdaderas dificultades... Las cuestiones que surgen en este dominio, no están sin embargo relacionadas con el Derecho internacional privado, sino con la interpretación correcta de las reglas legales internas”⁶¹¹. Percepción que coincide con la de Raape, de situar los problemas de adaptación al margen de esta disciplina, cuya función se agotaba con la designación de la ley aplicable. Sin embargo, Lewald había abordado el problema en el marco de la aplicación de la ley competente⁶¹², mientras Cansacchi lo situaba en la última fase del funcionamiento de las reglas de conflicto, denominada fase de aplicación de la ley extranjera, y por tanto, en el ámbito del Derecho internacional privado⁶¹³. Y se redujo a un problema de interpretación de las correspondientes normas materiales aplicables, en este sentido se manifiestan Betti⁶¹⁴, Raape, Lewald y Batiffol. La adaptación no es un mecanismo meramente interpretativo, si entendemos por interpretación la determinación del sentido y del alcance de una norma que debe ser aplicada. La adaptación es un procedimiento que implica siempre una modificación de preceptos normativos, pero supone un proceso interpretativo profundo, para determinar su propia procedencia y precisar los contornos de su solución⁶¹⁵.

⁶⁰⁹ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 253 ss.

⁶¹⁰ Fernández Rozas, *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales...*, ob. cit., pp. 42-43.

⁶¹¹ Wolff, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 160.

⁶¹² Lewald, *Règles générales des conflits de lois...*, ob. cit., pp. 126 ss.

⁶¹³ Ochoa Muñoz, *Artículo 7. Adaptación...*, ob. cit., p. 276.

⁶¹⁴ Betti, *Interpretación de los conceptos calificadores...*, ob. cit., p. 685.

⁶¹⁵ Ochoa Muñoz, *Artículo 7. Adaptación...*, ob. cit., pp. 277-278.

Es manifiesta la importancia de la labor judicial en esta solución, supone una gran tarea para el juez pues le traslada parte de la potestad legislativa, en tanto que le faculta para modificar y crear normas materiales, de allí que en ocasiones se prefiera la aplicación de la técnica de la *lex fori*, porque se le confiere facultades que desbordan la función judicial limitada a la aplicación del Derecho. La adaptación le otorga al juez un manejo más amplio de libertad en la valoración al juez, que no debe extenderse más allá del alcance y contenido de cada una de las legislaciones en conflicto, manteniendo la coherencia y el equilibrio entre una y otra legislación, con el fin de cumplir con los objetivos planteados en los contextos legislativos y conforme a la justicia material del caso. Cansacchi sugería que ante la imposibilidad del legislador de coordinar sus normas materiales con las normas materiales extranjeras, correspondía entonces al juez culminar la armonización de esas normas en el momento de su aplicación práctica⁶¹⁶.

B. Nueva delimitación del concepto de adaptación

La reflexión sobre la adaptación no supuso el descubrimiento de un fenómeno nuevo sino que su estudio respondía a un interés generalizado de regular las relaciones jurídicas de los particulares cuando sus relaciones exceden del marco jurídico de un solo ordenamiento, de manera armoniosa y coordinada. En sus inicios el surgimiento de esta teoría dio lugar a confusiones que repercutieron en darle validez y oportunidad de un trato autónomo. La adaptación vino a ser la explicación para todos aquellos supuestos en que el juez se apartaba de lo establecido en su sistema de Derecho internacional privado en busca de solución por otras vías y bajo argumentos de justicia, como menciona Bouza Vidal, el “cajón de sastre” a través del cual la doctrina encontró justificación a las respuestas que los tribunales daban a los problemas que planteaba la norma de conflicto, en cuanto implicaba una modificación, tanto de sus condiciones y ámbito de aplicación como de sus efectos. Es así como “se oye hablar continuamente” de necesidad de adaptación en las calificaciones, en el reenvío, en el orden público, en las cuestiones previas⁶¹⁷.

Esta concepción amplia y a su vez imprecisa, ha llevado a considerar a la adaptación y la necesidad de alcanzar una regulación conjunta, armoniosa y coordinada entre los ordenamientos jurídicos como una misma cosa. Se confunde así la adaptación con el objetivo mismo al que debe tender el Derecho internacional privado, que no es otro que lograr la armonía conjunta y coordinada entre los sistemas jurídicos y, a su vez a convertir esta figura en un instrumento de arbitrariedad en manos del juez, favoreciendo la tendencia a la aplicación de la ley del foro ante cualquier dificultad que plantee la actuación de la norma de conflicto.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 276.

⁶¹⁷ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., pp. 19 ss.

Los medios para alcanzar la coordinación son múltiples y se encuentran al alcance del legislador y del juez, desde la búsqueda de una adecuada localización, pasando por una adecuada interpretación de las normas, la modificación de alguno de los elementos de la norma de conflicto o del contenido preceptivo de las normas materiales, hasta la necesidad de buscar la equivalencia entre las instituciones jurídicas con el fin de convertir el derecho interno en instrumento válido para regular la vida jurídica internacional, cualquiera de ellos es válido para resolver los problemas conflictuales, siendo necesario precisar qué es lo que distingue a la adaptación de todos los demás.

El nombre “adaptación” consiste en adecuar los derechos materiales competentes a la situación insólita⁶¹⁸. Deberá acudirse a ella sólo en aquellos supuestos en que la coordinación entre las normas aplicables a una misma relación internacional no pueda tener lugar sin graves peligros para su unidad y lógica sistemática⁶¹⁹. Se trata de una de las instituciones valorativas del Derecho internacional privado, que permite combatir el excesivo formalismo y procurar un resultado funcional acorde con la justicia material, en este sentido, por tratarse de situaciones muy especiales, la adaptación debe considerarse una vía de excepción en aras de la seguridad jurídica⁶²⁰.

La adaptación no es más que un supuesto donde de forma clara se muestra la insuficiencia de la técnica conflictual a la vez que sirve para demostrar hasta qué punto la coexistencia de técnicas de solución distintas y la flexibilidad que de las mismas se deriva es útil para mejorar la regulación de las relaciones privadas internacionales. Implica una modificación de la norma de conflicto o de las normas materiales simultánea o sucesivamente aplicables, para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional⁶²¹.

La aplicación conjunta de las normas materiales no debe tener lugar, cuando el resultado contradictorio es manifiestamente injusto en relación con las partes interesadas, terceros o el propio sistema del foro, ni tampoco puede tener lugar cuando la solución a la que nos conducen las normas materiales declaradas aplicables se excluyen mutuamente o se yuxtaponen, de manera que el juez se ve obligado a buscar una nueva solución y a modificar las normas concurrentes de tal modo que mediante una serie de “reajustes” haga posible su actuación conjunta y coordinada⁶²².

La necesidad de adaptación surge ante “la quiebra de la lógica, coherencia y sistemática con que cada derecho interno regula las relaciones jurídico-privadas”⁶²³. La protección de estas

⁶¹⁸ Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁶¹⁹ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 32.

⁶²⁰ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 297.

⁶²¹ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 133.

⁶²² Kegel, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 197 ss.

⁶²³ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 30.

relaciones jurídico-privadas internacionales frente a regulaciones injustas e incoherentes requiere de libertad de valoración judicial, que no debe conducir a desafueros o arbitrariedades. El juez debe realizar una valoración del supuesto que le ha sido sometido, teniendo en cuenta los intereses en presencia, lo cual puede conducir a la modificación de la norma de conflicto o de la norma material aplicable. El juez debe obrar en atención a los intereses de la situación particular que debe resolver, buscando la justicia material, el resultado justo y equitativo, pero circunscribiéndose al contenido de cada una de las legislaciones en conflicto, quedando limitada esa libertad de valoración por el alcance de estas legislaciones, y buscando realizar los objetivos planteados en los sistemas a los cuales pertenecen esas normas⁶²⁴.

Frente a sus elementos esenciales, el desarrollo del Derecho internacional privado ha impuesto nuevas características a las normas atributivas, una de las cuales tiene que ver directamente con el supuesto de hecho, y no es otro que el de la llamada *especialización* de la norma. Hoy día la doctrina apuesta por la elaboración de normas indirectas con supuestos más concretos, porque los supuestos demasiado abstractos en su enunciado ofrecen, una respuesta abstracta, por lo que se plantea la necesidad de diseñar normas más específicas que se adapten a las nuevas realidades del tráfico internacional y resuelvan adecuadamente las situaciones que reclamen una situación particular, procurando una mayor justicia formal a través del principio de proximidad de la relación jurídica con la legislación que habrá de regularla. Esta especialización de la norma de conflicto trae consigo nuevos problemas de adaptación⁶²⁵.

En cuanto a la incompatibilidad o incoherencia de las normas materiales a ser aplicadas, es imprescindible la interpretación y examen teleológico y concordado de las mismas; el juez debe examinar y cotejar las instituciones jurídicas materiales de las legislaciones en conflicto y determinar si existe compatibilidad entre las mismas, o si se excluyen o yuxtaponen⁶²⁶. Para Benito Sansó, es necesario “un trabajo de interpretación entre los diversos preceptos, tratando de compararlos en base a la función desarrollada por ellos en sus respectivos sistemas (comparación funcional)”⁶²⁷, en el entendido de que la adaptación no es sólo un procedimiento interpretativo, aun cuando supone una interpretación profunda tanto para determinar su propia procedencia como para precisar los contornos de su solución. La adaptación es más bien un procedimiento de creación jurídica por cuanto implica una modificación de preceptos normativos⁶²⁸. A esta conclusión puede llegarse si se entiende en esencia la naturaleza, el contenido y el alcance de las normas materiales en conflicto en el contexto interno del que forman parte,

⁶²⁴ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 277.

⁶²⁵ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 69-70; Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 273.

⁶²⁶ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 274.

⁶²⁷ Sansó, *La función de la interpretación...*, ob. cit., p. 744.

⁶²⁸ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., pp. 277-278.

por ello la importancia del Derecho comparado en la adaptación donde juega un papel determinante, “es la única vía que, cuando menos, ha de proyectar luz sobre los trabajos de jueces y juristas teóricos...”⁶²⁹.

Para concluir, la adaptación en sentido amplio es “todo esfuerzo jurisprudencial que tiende a regular las relaciones privadas internacionales en aquellos supuestos en que no pueden o no deben respetarse los resultados a que conduce la actuación ‘normal’ de la norma de conflicto”⁶³⁰. Es una institución imprescindible para el idóneo funcionamiento de la norma de conflicto y una de las figuras centrales en el Derecho internacional privado actual⁶³¹.

C. Sistema venezolano

La doctrina venezolana inicialmente no estaba a favor del fraccionamiento, prefiriendo la aplicación del mismo Derecho a una determinada relación jurídica. Sin embargo, la jurisprudencia venezolana aceptaba la posibilidad de fraccionamiento de los contratos⁶³². En la decisión dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda con fecha 12 de marzo de 1970, cuyo Juez titular era el profesor Dr. Gonzalo Parra-Aranguren, con ocasión del juicio de quiebra de la Compañía Anónima Canal Once de Televisión, se aceptaba la posibilidad de que un contrato se sometiera a leyes distintas. La Compañía Anónima Canal Once de Televisión, adquirió en Nueva York unos equipos para su empresa el 25 de agosto de 1965, y parte del precio de esos equipos no iban a ser pagados por la Compradora a la Vendedora al contado sino en los plazos establecidos en el contrato. De acuerdo con la cláusula primera del contrato de compraventa celebrado al efecto, el contrato se regiría en todo por las leyes del Estado de Nueva York, sin embargo la garantía por el saldo del precio de venta pendiente de pago para que sea válida en Venezuela, constituida en “la reserva de dominio a favor de la Vendedora”, se sometería a la ley venezolana sobre ventas con reservas de dominio. El Tribunal resolvió deslindar la cuestión desde el punto de vista del Derecho internacional privado venezolano por cuanto dicha cuestión se encontraba conectada con dos ordenamientos jurídicos, a saber, el norteamericano y el venezolano, expresando: “Es posible por autonomía de la voluntad de las partes, escoger un derecho aplicable a las obligaciones convencionales de carácter civil y/o mercantil, y otro distinto para la garantía de dichas obligaciones...”⁶³³.

⁶²⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 432; Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., pp. 274-275.

⁶³⁰ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 189.

⁶³¹ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 294.

⁶³² *Ibid.*, p. 297

⁶³³ Ver: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, sentencia No. 56-1, 12 de marzo de 1970, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, Tomo XVIII, p. 96, confirmada en casación:

Sin embargo la doctrina, representada por los profesores Benito Sansó⁶³⁴, Gonzalo Parra-Aranguren⁶³⁵ y Tatiana B. de Maekelt⁶³⁶, introduce algunas reflexiones sobre los problemas de adaptación.

La primera consagración legislativa y la regulación más notoria de la adaptación se recoge en el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979), que dispone⁶³⁷:

Artículo 9: Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

El precepto reprodujo la fórmula del entonces Proyecto de Ley de Normas venezolano. La norma pretende la necesaria adaptación de los distintos sistemas jurídicos aplicables a las varias facetas de un mismo asunto, como consecuencia de la utilización del método analítico en Derecho internacional privado. Según explicara su proponente, el Dr. Gonzalo Parra-Aranguren,

de esta manera se trata de obtener el imprescindible equilibrio entre la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto, y la justicia material que debe realizarse en la específica solución del caso concreto. El artículo representa una clara apertura hacia nuevos conceptos de la doctrina contemporánea de los Estados Unidos de América, y constituye adecuada respuesta a ciertas críticas contra la predominante utilización de las reglas indirectas en el Derecho internacional privado⁶³⁸.

El representante brasileño, profesor Haroldo Valladão, sostuvo que “se trata de una regla general de interpretación, similar a la presentada en el proyecto brasileño, que hablaba de “equidad y justicia social”. Así mismo, el profesor Werner Goldschmidt destaca “como la adaptación se resuelve según el método sintético-judicial, una norma general no puede proceder de otro modo que del elegido por el artículo 9, o sea, dando pautas muy amplias”⁶³⁹.

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 252-71, 27 de abril de 1971, en: *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, Tomo XXX, p. 395.

⁶³⁴ Se refiere a los problemas de adaptación en dos trabajos: “La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable”, ya citado y, “Las sucesiones en el Derecho internacional privado” citado por Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación. . . , ob. cit., p. 280.

⁶³⁵ Comentarios sobre adaptación contenidos en “La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., pp. 421-422 y 476.

⁶³⁶ B. de Maekelt, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*. . . , ob. cit., pp. 140-141.

⁶³⁷ “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América*. . . , ob. cit., p. 475.

⁶³⁸ “La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP II)”, *Ibid.*, pp. 421-422.

⁶³⁹ “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, *Ibid.*, p. 476.

De la proposición original de la delegación venezolana, la expresión “diferentes aspectos de un mismo supuesto de hecho” fue sustituida por la de “diferentes aspectos de una misma relación jurídica”. No hay registros de las razones de este cambio, por lo que se presume que se trata de una modificación de estilo⁶⁴⁰. En el acta de la Sesión Décima de la CIDIP II, se dejó asentado, a nuestro modo de ver, directrices que coadyuvan a la aplicación de esta institución y, la intención de abarcar los supuestos complejos integrados por diversas relaciones jurídicas vinculadas:

Se llegó a un concepto novedoso respecto de diversas leyes que puedan ser competentes simultáneamente y aplicarse al mismo tiempo a varios aspectos **de un mismo caso, debiendo entonces establecerse un criterio armónico, no formalista, tratando de buscar la finalidad perseguida por cada una de ellas... si surgieran dificultades formales, ellas deben ser resueltas con un criterio de equidad para el caso concreto**⁶⁴¹ (Resaltado nuestro).

Se perciben en la norma, al señalar la necesidad “de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones”, las influencias de Currie, quien hace hincapié en el hecho de que cada Estado tiene interés en que las políticas que subyacen a sus normas se hagan efectivas; e igualmente, la influencia de Cavers, al indicarle al juez que deberá tratar “de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”, quien criticaba la aplicación mecánica y ciega del sistema de conflicto, propugnando la necesidad de evaluar los resultados a que conduciría esa aplicación⁶⁴².

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (1994)⁶⁴³, admitió legislativamente el fraccionamiento o *dépeçage* en los contratos. El artículo 7⁶⁴⁴ contempla la posibilidad de que un contrato esté regulado por varios ordenamientos jurídicos:

Artículo 7: El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. **Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.**

La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable (Resaltado nuestro).

⁶⁴⁰ Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., p. 287.

⁶⁴¹ *Idem*.

⁶⁴² Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Sistemas de Derecho aplicable de los Estados mercosureños”, en: D. Fernández Arroyo (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay...*, ob. cit., p. 324.

⁶⁴³ Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 4.974 Extraordinario, 22 de septiembre de 1995. Depósito del instrumento de ratificación, 26 de octubre de 1995.

⁶⁴⁴ Ver “Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales. México D.F., 1994”, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo II, p. 48.

Durante el periodo de revisión y conclusión de la Ley de Derecho Internacional Privado fue ampliada la extensión del Capítulo I del Proyecto original, en tal sentido se incorporó, entre otras, la norma en materia de adaptación. De esta manera se descargó la función del artículo 2 de la ley, pues el mismo en su concepción original servía para regular de manera abstracta y general todos los casos de aplicación de Derecho extranjero, sirviendo así para hacerle frente a los casos de adaptación y de instituciones desconocidas⁶⁴⁵. El artículo 7 de la Ley consagra la adaptación y al efecto establece:

Artículo 7: Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos.

Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

Esta norma, similar a la contenida en el artículo 9 de la Convención, contempla los presupuestos para la procedencia de la adaptación. En primer lugar, el supuesto general del fraccionamiento de la situación jurídica planteada, los diversos aspectos de una misma relación jurídica pueden ser regulados por diversos Derechos y; en segundo lugar, la incompatibilidad de las leyes aplicables, la aplicación simultánea de distintos ordenamientos materiales a un mismo supuesto, los cuales son incoherentes o incompatibles entre sí.

Ochoa Muñoz hace un análisis minucioso de este artículo⁶⁴⁶, afirmando que la redacción de la norma resulta algo ambigua, pues pareciera contemplar dos supuestos diferentes. En primer lugar, la primera parte de la norma prevé el supuesto general de fraccionamiento de la relación jurídica y la aplicación simultánea de distintos ordenamientos materiales, pero en esta parte del articulado, parece referirse a aquellos casos en los cuales los diversos Derechos que resulten competentes no sean incoherentes y puedan aplicarse de manera armónica, supuesto que pudiera contemplar también los casos de sustitución y transposición⁶⁴⁷. Para este supuesto, sólo se establece como pauta orientadora al juez que procurará realizar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

En segundo lugar, la segunda parte de la norma prevé también el supuesto del fraccionamiento y la aplicación simultánea de diversos Derechos a una misma situación, pero éstos resultan incompatibles entre sí cuando indica: “las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea”. Elementos esenciales ambos, para la procedencia de la adaptación. De allí la

⁶⁴⁵ Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto..., ob. cit., p. 175.

⁶⁴⁶ Ver en Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación..., ob. cit., pp. 282 ss.

⁶⁴⁷ Javier Ochoa señala que la redacción de esta parte de la norma genera dudas sobre su ámbito de regulación, pudiera contemplar también los casos de sustitución y transposición, recogidos indirectamente en los artículos 9 y 28 de la Ley. Fundamenta esta afirmación en el hecho de que el artículo 7 fue tomado de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIP, y aun cuando en forma expresa no se indique nada al respecto, debe tenerse en cuenta que por la época en que se celebró la Convención la tendencia doctrinal apuntaba a incluir los casos de sustitución y transposición entre los problemas de adaptación. *Ibid.*, pp. 283-284.

posición de Ochoa Muñoz de considerar que es en esta segunda parte de la norma donde se contempla el supuesto de adaptación propiamente dicha. Para este supuesto la solución es amplia, “la equidad en el caso concreto”.

De la exposición de motivos de la Ley en relación al artículo 7, no se infieren grandes cosas. Expresa que

la Ley ha preferido formular simples normas generales de orientación, a través de la adaptación (art. 7), que alertan al intérprete sobre el sentido general de los problemas. A esto se debe la ausencia de la regulación expresa de la calificación, probablemente, la más difícil y problemática cuestión de todo el Derecho internacional privado⁶⁴⁸.

Esta afirmación puede llevar a interpretar que a través de la formulación de simples normas de orientación que alertan al juez sobre el sentido general de los problemas y el contenido de la segunda parte de la declaración referente a la calificación, se quiso englobar también los supuestos de sustitución, transposición y calificación, en el entendido para las dos primeras, de que cuando no exista un grado de equivalencias entre instituciones de legislaciones distintas se impone la necesidad de adaptar y, cuando el conflicto entre calificaciones distintas no puede ser resuelto en base a una adecuada interpretación y análisis de las instituciones controvertidas y la actuación conjunta y coordinada no puede tener lugar por una dificultad inherente a la propia estructura y naturaleza del objeto de la calificación, será preciso acudir a la adaptación.

El origen inmediato de la adaptación se debe a las diferencias de contenido sustancial de las leyes simultáneamente aplicables a las relaciones internacionales, y este resultado puede aparecer tanto en la fase final de los procesos de calificación como en los utilizados para resolver cuestiones distintas como los conflictos móviles y las cuestiones previas⁶⁴⁹.

Debe limitarse el problema de la adaptación a los casos de fraccionamiento de la situación jurídica para ser regulada por diferentes legislaciones aplicables simultáneamente y la incompatibilidad entre estas legislaciones y en este sentido, diferenciar entre los supuestos que dan lugar a la adaptación en sentido estricto y aquellos otros que precisan de sustitución o transposición de las instituciones asentados en la teoría de la equivalencia⁶⁵⁰, y de los supuestos de calificación.

Esta observación fija la pauta de que la norma no pretende resolver los problemas de adaptación mediante una fórmula rígida sino que la pretensión del legislador fue la de consagrar una norma orientadora que sirva para alertar al intérprete del sentido general de los problemas que al respecto puedan plantearse. No formula una regla de solución para un problema tan

⁶⁴⁸ Ley de Derecho internacional privado. Exposición de Motivos y Proyecto (1996), en: F. Parra-Aranguren (ed.), *Ley de Derecho internacional privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*..., ob. cit., Vol. I, p. 211.

⁶⁴⁹ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación*..., ob. cit., p. 71.

⁶⁵⁰ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*..., ob. cit., pp. 376-377; Madrid Martínez, *Instituciones generales*..., ob. cit., pp. 134-135.

complejo que en definitiva será resuelto atendiendo las circunstancias particulares de cada caso, en función de la justicia formal, perseguida por las normas de conflicto y la justicia material, que debe alcanzarse en la específica solución del caso concreto. Al decir de Goldschmidt “a través de pautas muy amplias, que otorguen mayor libertad al juez para lograr los fines perseguidos por los ordenamientos jurídicos involucrados”⁶⁵¹.

Como consecuencia de la libertad de valoración concedida al juez en este artículo, creemos que para decidir conforme a las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto, podrá emplear la solución conflictual o material propuestas por la doctrina, con las limitaciones que cada una comporta. La solución de naturaleza conflictual debe realizarse respetando las situaciones válidamente creadas y ponderando la generalidad de los intereses en juego. La solución de naturaleza material debe buscar el equilibrio y ponderando las legislaciones en conflicto⁶⁵². En todo caso, los diversos Derechos llamados a regular la situación jurídica deberán aplicarse de manera armónica, procurando realizar las finalidades y objetivos perseguidos por cada uno de dichos Derechos.

V. Excepciones a la normal aplicación de la norma de conflicto

A. Situaciones jurídicas válidamente creadas

Partamos del ejemplo de un extranjero que contrajo nupcias en el exterior, traslada su domicilio a Venezuela y quiere hacer valer algún derecho derivado de esa relación matrimonial en el país, antes tendríamos que determinar si ese matrimonio puede ser reconocido en Venezuela. No estamos frente a un problema de conflicto de leyes propiamente dicho, porque no se trata de averiguar bajo qué ley se creará o extinguirá ese derecho determinado. Lo que estamos buscando es cuál es el efecto que este derecho producirá en un país diferente de aquél donde fue creado, en qué condiciones puede ser reconocido cuando ha sido originado en el exterior. Es a este problema lo que Niboyet ha denominado reconocimiento de los derechos adquiridos⁶⁵³.

El problema de los derechos adquiridos se plantea después de nacido el derecho. Para Niboyet el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos es absolutamente necesario para que las leyes produzcan en el espacio todo su efecto útil; ningún comercio internacional sería posible, ni ninguna relación de Derecho privado podría existir si los derechos adquiridos en un país no son reconocidos y respetados en otro⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 475.

⁶⁵² Ochoa Muñoz, Artículo 7. Adaptación, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, pp. 284-285.

⁶⁵³ Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 256.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 259.

La importancia de este principio lo esboza el autor francés con gran claridad, cuando expone la situación de un extranjero que hubiese intentado en Francia una acción de investigación de paternidad, antes de 1912, habría fracasado en su propósito por estar prohibida por las leyes francesas, pero le hubiese sido posible si lo intentara en Alemania. En consecuencia, los derechos resultantes de su nuevo estatuto ¿hubiese podido hacerlos valer en Francia? Para resolver la cuestión no habría bastado con preguntarse cuál era la ley que regía la investigación de la paternidad, pues hubiésemos tenido que aplicar la ley francesa y, la filiación no habría sido reconocida en Francia por haber sido obtenida contra el orden público francés. Niboyet afirma que este resultado no puede aceptarse. Para el autor francés, la calidad o cualidad de hijo reconocido obtenida en un país, debe ser mantenida y respetada en los demás países, y en estos casos los principios de solución de los conflictos de leyes no nos dan soluciones adecuadas, es preciso recurrir a una nueva noción: la de los derechos adquiridos⁶⁵⁵. El principio lo plantea así: “El derecho, tal como exista en el país de origen, producirá sus efectos fuera del mismo”⁶⁵⁶.

A juicio del autor, el reconocimiento de la soberanía de los Estados, al cual considera como la base del Derecho internacional privado, es el que conduce directamente al reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el imperio de su soberanía⁶⁵⁷.

Considerada en un principio, como fundamento de nuestra disciplina, la figura de los derechos adquiridos hoy es entendida como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto⁶⁵⁸.

1. Nociones preliminares

La doctrina de los derechos adquiridos ha producido gran confusión a lo largo de la historia porque se ha utilizado con diferentes finalidades, en particular para explicar el fundamento del Derecho internacional privado, como lo hizo la Escuela Holandesa del siglo XVII⁶⁵⁹.

Entre los representantes más destacados de la Escuela estatutaria holandesa se cita a Ulrich Huber, quien resume la doctrina de esta Escuela en tres axiomas o principios generales:

- (1) Las leyes de cada Estado tienen vigencia y obligan a todos los habitantes dentro de su territorio, pero no más allá de sus fronteras.
- (2) Todas las personas dentro de los límites de un Estado, habiten en forma permanente o transitoria, se consideran súbditos del mismo.
- (3) Los Soberanos, por razones de cortesía (*comitas*), actuarán para que los derechos adquiridos dentro de los límites de un Estado sean reconocidos en todas partes, mientras no causen perjuicio a su soberanía o a los derechos de ese Estado o a sus súbditos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 260.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 284.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 259.

⁶⁵⁸ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 128.

⁶⁵⁹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 193.

⁶⁶⁰ Ulrich Huber citado en: Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 86.

La construcción de Huber se considera la más lógica de la Escuela Holandesa y, como nota relevante se observa la utilización de la noción de derechos adquiridos para fundamentar la aplicación del Derecho extranjero⁶⁶¹. Las principales características de esta Escuela, como se evidencia de estos postulados, son el territorialismo estricto en materia de aplicación del derecho, el concepto preciso de soberanía, y la elaboración de la teoría de la *Comitas Gentium*, es decir, de la cortesía internacional, que conlleva la aplicación de la ley extranjera por vía excepcional.

De igual manera, la doctrina de los derechos adquiridos como fundamento de aplicación del Derecho extranjero se vincula con la teoría de los *vested rights* en los sistemas del *common law*⁶⁶². Algunos escritores americanos e ingleses han reiterado las enseñanzas de la Escuela Holandesa.

En Norteamérica se destaca en este sentido a Joseph Story, su pensamiento parte de la idea inicial asumida por Huber, según la cual cada Estado tiene la competencia y soberanía absoluta y exclusiva sobre todas las personas, actos y cosas que se encuentran dentro de las fronteras de su territorio, pero acepta el principio de la cortesía internacional para permitir en determinados casos la aplicación de un derecho distinto al del foro, pero con ciertas modificaciones sustanciales. Story sostenía que para proteger derechos legítimamente adquiridos y para poder cumplir con los fines fundamentales del Derecho, entre los cuales tenía por principal la Justicia, era necesario acudir a fórmulas de solución indicadas por el propio ordenamiento jurídico, pero referidas a sistemas jurídicos extranjeros.

Store, a diferencia de Huber, no fundamentó la *Comitas Gentium* en la simple cortesía del juez para con un sistema extranjero, sino que afirmó que de haber cortesía ésta debe entenderse cortesía de los Estados y no de los jueces y, la auténtica fundamentación de la *Comity* (denominación angloamericana de la *Comitas Gentium*) la hace residir en la necesidad moral que tiene cada Estado de hacer justicia, para que también en los otros se haga; es decir, estriba en la función de reciprocidad de la necesidad de hacer justicia⁶⁶³.

La revisión y crítica a la *Comity* determinó la aparición de una teoría formulada en 1896 por el jurista inglés Albert van Dicey, expuesta en la obra “*A Digest of the law of England with referente to the Conflicts of Laws*” y, conocida con el nombre de *Vested Rights Theory* o Teoría de los Derechos Adquiridos, en la cual sostenía que los derechos extranjeros no se reconocerían en virtud de una supuesta cortesía internacional, sino que serían aceptados por cuanto esos derechos son precisamente eso, derechos adquiridos “bajo la luz de las disposiciones jurídicas de

⁶⁶¹ Romero, El método analítico autárquico. ..., ob. cit., p. 408.

⁶⁶² B. de Maekelt, *Teoría general de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 303.

⁶⁶³ De Santis, Gabriel, Sistema angloamericano de Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Material para el estudio de la carrera de Derecho*..., ob. cit., Tomo I, pp. 439-440.

un país civilizado, el cual, si bien extraño, se presumía tan soberano y digno como el inglés”. Sostuvo, en primer lugar, la validez ante los tribunales ingleses de un derecho adquirido válidamente de acuerdo con leyes de cualquier país civilizado; y viceversa, no reconocerían los tribunales ingleses ningún derecho que no fuera adquirido válidamente. A este principio le opuso un límite consistente en el rechazo de cualquier derecho adquirido válidamente que sin embargo sea contrario al orden público inglés⁶⁶⁴.

Joseph Beale, jurista estadounidense, rechaza el concepto de los derechos adquiridos válidamente como fundamento para aplicar Derecho extranjero. Afirmó que el origen de los derechos reside en los hechos, cuando una ley crea un derecho, está tomando en cuenta hechos. Cuando el derecho es creado por una ley extranjera se convierte en un hecho que debe ser reconocido y aceptado por todos los Estados del mundo, pues los derechos no son fenómenos naturales sino que son producto de un ente artificioso llamado ley, el cual considera y valora ciertas circunstancias y hechos de la realidad para establecer facultades, conceder atribuciones o imponer obligaciones. En este sentido, el juez tomará en cuenta no una ley extranjera, ni siquiera reconocerá un derecho extranjero, simplemente aceptará un hecho real creado por una ley extranjera ignorada por el juez⁶⁶⁵.

Si observamos la distinta concepción que sostienen los autores pertenecientes al sistema de *Common Law* en relación con el concepto empleado por los ordenamientos de origen civilistas, la diferencia es sutil pero importante. Los primeros, de alcance mucho más amplio, tradicionalmente han tratado de justificar con la noción de los derechos adquiridos la esencia misma de nuestra disciplina. La doctrina civilista, por el contrario, le confiere menor alcance al significado, utilizan el concepto para elegir aquel ordenamiento jurídico que garantiza el reconocimiento de los derechos subjetivos adquiridos bajo su vigencia. Se argumenta en este sentido, en primer lugar, que el calificativo que se les da nada puede agregar al concepto de derecho. Y, además, preocupa la determinación del concepto mismo, es difícil establecer una clara diferenciación entre el derecho subjetivo adquirido y la simple pretensión al derecho, así como lograr un equilibrio entre varios derechos que se dicen adquiridos, como “los del individuo frente a la colectividad o del deudor frente al acreedor”⁶⁶⁶.

Para los juristas angloamericanos, cada Estado sólo puede aplicar su propio Derecho y, afirmaron como principio fundamental que la aplicación de leyes extranjeras es aparente y constituye un “espejismo jurídico”, porque en verdad no se produce tal aplicación sino el reconocimiento de derechos subjetivos debidamente adquiridos en el extranjero. Esta sugerencia constituye un simple sofisma, porque el reconocimiento de un derecho subjetivo

⁶⁶⁴ *Ibid.*, p. 446.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, pp. 448 ss.

⁶⁶⁶ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 303.

necesariamente implica el reconocimiento y aplicación de la ley extranjera bajo cuyo imperio fue creado⁶⁶⁷.

Goldschmidt escribe en este sentido que

esta doctrina posee una dimensión triple: 1) Expresa el principio del Derecho natural de que los derechos bien adquiridos deben ser protegidos...; 2) Contiene la doctrina de los derechos adquiridos la exigencia metodológica de separar dentro del Derecho internacional privado los problemas de la adquisición del problema de la protección de los derechos subjetivos...; 3) la tercera dimensión de la doctrina de los derechos adquiridos (es) su explicación del objeto de referencia de la norma de importación⁶⁶⁸.

En este último aspecto, Miaja de La Muela señala lo poco satisfactoria que resulta la explicación de la teoría de los *vested rights*, sin embargo es indudable que la protección a las situaciones legítimamente constituidas en otro país posee un claro valor en cuanto principio de Derecho natural y como orientación metodológica⁶⁶⁹.

2. Doctrinas dogmáticas

La doctrina de los derechos adquiridos también fue empleada como solución a los problemas de irretroactividad de la ley, incorporado al derecho transitorio, como criterio de solución a los conflictos móviles y de las cuestiones previas o incidentales, por ello la afirmación de Verplaetse de que

...el concepto de Derechos adquiridos es amplio, abigarrado, incierto. En el Derecho internacional privado existe el problema: a) en su aspecto bicípite con referencia a la norma formal y a la norma material; b) en la figura de los conflictos móviles; y c) en el caso de anexión, mezclado con consideraciones del Derecho internacional público⁶⁷⁰.

Para solventar los problemas del derecho transitorio, Antoine Pillet ha propuesto una teoría general, partiendo de la teoría de los derechos adquiridos en Derecho interno y construyendo sobre la irretroactividad de las leyes, ha tanteado una prolongación de estos conceptos y su sistematización en el Derecho internacional privado⁶⁷¹. Expuso sus ideas desde 1894 a 1896 en una serie de estudios publicados en *Clunet*, con el título de *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*⁶⁷².

En opinión de Pillet, el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos es necesario para que las leyes produzcan en el espacio todo el efecto útil: Cada vez que nos encontramos en presencia de un problema nacido de la diversidad legislativa debemos

⁶⁶⁷ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 193-194.

⁶⁶⁸ Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 369-370.

⁶⁶⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 384.

⁶⁷⁰ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 341.

⁶⁷¹ *Idem*.

⁶⁷² Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho internacional privado*, Bogotá, Temis, 5ª ed., 1999, p. 202.

plantearnos, según los momentos y las hipótesis, estas dos cuestiones: Primera, si se trata del nacimiento o de la extinción de un derecho que aún no existe, buscar la ley competente según el sistema de las normas conflictuales de la *lex fori*. Segunda, si se trata de un derecho que ya ha nacido, que se quiere ejercer o que se quiere dar por extinguido, aplicación del principio de los derechos adquiridos. Frente al Derecho de colisión, Pillet coloca una segunda parte del Derecho internacional privado: la eficacia internacional y la protección de los derechos adquiridos⁶⁷³.

Afirma el autor francés que, desde el punto de vista internacional, la continuidad de la ley envuelve necesariamente su extraterritorialidad y, la generalidad subjetiva, su territorialidad. Para que una ley sea verdaderamente continua es necesario que se aplique siempre a la persona a que se refieran sus disposiciones, que la siga al extranjero cuando salga de su país y que regule sus intereses en la patria y fuera de ella. De ahí que la cualidad, denominada en Derecho interno continuidad de la ley, se denomine por Pillet en Derecho internacional su extraterritorialidad⁶⁷⁴. Después de incluir acertadamente los conflictos móviles dentro de la problemática general del Derecho internacional privado y prescindiendo de sus posibles analogías con los conflictos de leyes en el tiempo, proclama el sometimiento de los efectos de las relaciones jurídicas en curso, con independencia de su carácter legal o contractual, a la legislación bajo la cual fueron creadas⁶⁷⁵.

Niboyet, al igual que Pillet, parte de la distinción entre creación de un derecho y su eficacia. Afirma que “entre nuestra cuestión de los derechos adquiridos y la de los conflictos en el tiempo, existe indudablemente una cierta analogía, puesto que la cuestión se ha planteado en dos momentos diferentes: primero, al nacer el derecho y después, al hacer valer el mismo”⁶⁷⁶. Sin embargo, respecto de las situaciones jurídicas en curso, llega a soluciones distintas a las de su antecesor, al defender sólo la eficacia internacional de los derechos definitivamente constituidos, diferencia que hace que pueda admitirse el efecto inmediato de la nueva ley sobre los efectos no actualizados bajo la ley anterior al cambio de conexión, en los conflictos móviles⁶⁷⁷.

Niboyet, explica que el principio del respeto de los derechos adquiridos plantea dos cuestiones: 1) cuándo se está en presencia de un derecho adquirido; y 2) cuáles son los efectos producidos por un derecho adquirido⁶⁷⁸.

En relación a la primera de las cuestiones planteadas, el autor francés indica dos condiciones fundamentales para que a un derecho se le pueda considerar como adquirido, a saber: 1) para hablar de un derecho adquirido en un país determinado es preciso que haya sido adquirido

⁶⁷³ Pillet citado por Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 341.

⁶⁷⁴ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 341ss.

⁶⁷⁵ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 76.

⁶⁷⁶ Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 256.

⁶⁷⁷ Bouza Vidal, *Problemas de adaptación...*, ob. cit., p. 76.

⁶⁷⁸ Niboyet, *Principios de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 269.

en virtud de la ley declarada competente en dicho país (cuestión de orden internacional); 2) el derecho debe efectivamente existir según esta ley competente; es preciso, haber cumplido todas las condiciones prescritas por la ley que fue competente para adquirir un derecho (cuestión de orden interno)⁶⁷⁹.

En cuanto a los efectos de los derechos adquiridos, Niboyet, señala tres condiciones para que procedan esos efectos: 1) el derecho ya adquirido, debe producir en los demás países los mismos efectos que en el país de origen; 2) si es preciso reconocer el derecho adquirido, no se le hará producir más efectos de los que en sí mismo tenga y; 3) no se puede reconocer, bajo la forma de derecho adquirido, un derecho diferente de aquel que ha sido adquirido⁶⁸⁰.

Tanto para Pillet como para su discípulo Niboyet, la distinción entre la creación de derechos subjetivos y su eficacia en el orden internacional es muy clara, quizás lo que se le critique a Pillet es el empleo del término derechos adquiridos, pues no ha tenido dentro de los ordenamientos internos la suficiente precisión para resolver los problemas de retroactividad e irretroactividad de la ley, y todo derecho subjetivo, desde el mismo momento que existe, tiene que ser adquirido, incorporado a la persona o al patrimonio de su titular⁶⁸¹. Niboyet emplea la expresión reconocimiento de los derechos adquiridos o problema de la importación de los derechos⁶⁸², en la última fase de su pensamiento hablaba de eficacia internacional de los derechos definitivamente constituidos⁶⁸³.

Sin embargo, para cada uno, este principio tiene distinta significación. Pillet lo concibe como un principio de Derecho de Gentes, consecuente con su doctrina de que el Derecho internacional privado era una parte de aquél. Para Niboyet, por su parte, se trata de una cuestión técnica que cada Estado ha de resolver soberanamente por medio de sus órganos legislativos o jurisdiccionales. Pero sin embargo esta diferencia en el significado, tiene la virtud suficiente para diferenciar el problema de la creación de los derechos subjetivos y el de su eficacia en el orden internacional⁶⁸⁴.

La doctrina de Antoine Pillet atribuyó al Derecho internacional privado un doble objetivo, dependiendo de si la cuestión a resolver era la creación de un derecho subjetivo en el *forum* o la determinación de los efectos que deben reconocerse a un derecho legítimamente adquirido en el extranjero. El primero es un problema de escogencia de la ley aplicable; el segundo se relaciona con el reconocimiento internacional de los derechos adquiridos⁶⁸⁵.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, pp. 269 ss.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, pp. 284 ss.

⁶⁸¹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), pp. 383 ss.

⁶⁸² Niboyet, *Principios del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 256.

⁶⁸³ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 384.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, p. 385.

⁶⁸⁵ Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

El juez tendrá en algunos casos, la necesidad de apreciar la validez ante su ordenamiento jurídico de las situaciones creadas al amparo de una ley extranjera y debe constatar que determinada situación jurídica ha sido creada válidamente tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico diverso del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho⁶⁸⁶.

Savigny había ya señalado que “se debe siempre aplicar el derecho local que mantiene los derechos justamente adquiridos. Esta no es más que una petición de principio; pues para reconocer si tales derechos están bien adquiridos, es preciso ántes saber según qué derecho local debemos juzgar de su adquisición”⁶⁸⁷, es decir, de acuerdo con cuál legislación esta adquisición debe ser decidida. Para superar esta objeción, varios autores propusieron diversas teorías.

Así lo hizo Pillet, para quien un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del foro⁶⁸⁸. Esta solución fue contemplada por el Código Civil peruano (1984), que considera un derecho como regularmente adquirido si ha sido constituido al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado⁶⁸⁹. E igualmente fue consagrada por el Código Bustamante, de acuerdo con la formulación de este último, un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando ha sido creado en conformidad con las normas de conflicto consagradas por el Código y, en consecuencia, los derechos legítimamente adquiridos carecen de eficacia *ex proprio vigore*⁶⁹⁰.

La doctrina del respeto de los derechos adquiridos entendida de esa manera, nada agrega al método clásico para resolver problemas de Derecho internacional privado, porque el derecho que será protegido es aquél creado como consecuencia del normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro. Por tanto es superfluo hablar de reconocimiento de derechos legítimamente adquiridos en el extranjero⁶⁹¹.

Para Edouard Meijers, quien estableció en 1938 una teoría distinta para dar solución al problema de la cuestión incidental: las normas de conflicto del foro no deben aplicarse cuando todas las leyes conectadas con la relación jurídica, al tiempo de su creación o de su extinción, coinciden en reconocer a una sola de ellas como competente, porque este acuerdo debería ser

⁶⁸⁶ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho...*, ob. cit., Tomo I, p. 295.

⁶⁸⁷ Savigny, *Sistema del Derecho romano actual...*, ob. cit., p. 201.

⁶⁸⁸ Pillet citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁶⁸⁹ Art. 2050 del Código Civil peruano (1984): “Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres”. B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, p. 203.

⁶⁹⁰ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 196.

reconocido en todas partes⁶⁹². Esta solución fomenta la armonía internacional de soluciones y fue recogida en la Convención de Benelux⁶⁹³ en 1951 (art. 25, par. 2) y en 1969 (art. 20, par. 2) y por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado.

En 1944, Alexander N. Makarov, entendiendo la dificultad de esta última postura, propuso que debía tomarse en cuenta la legislación designada no por la “totalidad” sino por la “mayoría preponderante” de las leyes conectadas con el supuesto de hecho. Algunos años más tarde, en 1955, el autor completó sus ideas con la recomendación de investigar si las partes, al momento de realizar el acto en cuestión, pudieron haber previsto el tribunal que podría decidir cualquier eventual controversia entre ellas⁶⁹⁴. Este “criterio democrático”, como ha sido denominado, presenta la ventaja de garantizar mayor armonía sustancial de decisiones; y fue propuesto, sin éxito, por la Delegación argentina durante la discusión del artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, en Montevideo (1979)⁶⁹⁵.

Todo el planteamiento doctrinal del que ha sido objeto el concepto de derechos adquiridos, cuando se está ante una situación jurídica internacional, no es sino el reflejo de colocar en un primer plano los intereses en presencia, entre los que ocupa un lugar preponderante el de los particulares por la validez universal de la situaciones inicialmente bien constituidas. Escribió Rabel en este sentido, que

...el descrédito en que cayó la teoría de los derechos adquiridos ha dejado un vacío que la doctrina actual trata de llenar a través de la búsqueda de soluciones más inspiradas en su resultado que en los medios para llegar a él. La técnica de los conflictos móviles permite también en este sentido reconocer la validez de las situaciones jurídicas nacidas sin complicación internacional, y aun de algunas con conexiones extranjeras en su origen, mediante las soluciones ideadas por Meijers, Makarov y Niederer, ya estudiadas⁶⁹⁶.

Para Aguilar Navarro

...el principio de los derechos adquiridos se conserva no ya como adecuada respuesta técnica al problema temporal y de justificación al criterio de la no retroactividad, sino

⁶⁹² Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 319; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 199.

⁶⁹³ Art. 25, segundo párrafo del Convenio de Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de los Estados del Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo): “Cuando una relación jurídica ha nacido o se ha extinguido fuera de los Países Bajos, de Bélgica y de Luxemburgo conforme a la ley aplicable según el Derecho internacional privado de los países a los que dicha relación jurídica concernía esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción, este nacimiento o esta extinción son igualmente reconocidos en los Países Bajos, en Bélgica y en Luxemburgo, aún cuando constituya una derogación de la disposición aplicable en virtud de la presente Ley”, en: Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 319

⁶⁹⁴ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., (2005) p. 296; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 203.

⁶⁹⁵ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 203.

⁶⁹⁶ Rabel citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 465.

más bien como consideración política, ética que aporta nuevos elementos para justificar la aplicación de la ley extranjera y las obligadas restricciones a la acción del ordenamiento del foro”⁶⁹⁷

3. Los derechos adquiridos y las normas de conflicto unilaterales

El principio de igualdad entre el Derecho propio y el extranjero propuesto por Savigny, conduce a la necesaria utilización de las normas de conflicto bilaterales. A esta posibilidad se refiere Vallindas cuando expuso el principio de la bilateralidad de las normas de conflicto, al sostener que el legislador formula sus disposiciones conflictuales según los datos que en su opinión son ciertos, generalmente justos y se decide por el Derecho, propio o extranjero, que entienda más apropiado para regular cada relación jurídica⁶⁹⁸.

De conformidad con el método tradicional para resolver los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos, la norma de Derecho internacional privado debe ser bilateral porque tiene que determinar la ley aplicable, bien sea la *lex fori* o un sistema jurídico extranjero; y, por tanto, en estricto rigor, una vez que se efectúa la escogencia no hay posibilidad de tomar en cuenta ningún otro sistema jurídico⁶⁹⁹. Pero existen casos en los cuales la aplicación de la norma de conflicto puede producir resultados contrarios a requerimientos elementales de la justicia, y para evitar estos inconvenientes la doctrina moderna ha sugerido una excepción a su funcionamiento, que puede ser explicada a través de la teoría de los “derechos adquiridos”.

Sin embargo, esta doctrina no puede desempeñar un papel importante cuando los problemas son resueltos exclusivamente a través de normas bilaterales de Derecho internacional privado, porque si este método es seguido en forma estricta, un derecho subjetivo sólo puede considerarse debidamente adquirido cuando ha sido creado por la legislación competente por mandato de la norma de conflicto. Carece de sentido hablar de derechos adquiridos en estos casos, pues el derecho no tiene existencia por sí y sólo nace como consecuencia del funcionamiento de la regla de conflicto del *forum*.

Este señalamiento es válido en relación a la doctrina de Pillet, quien advirtió que un derecho sólo puede considerarse válidamente adquirido cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del *forum*. De acuerdo a este planteamiento el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro. La doctrina entendida de esta manera nada

⁶⁹⁷ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 156.

⁶⁹⁸ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 90; Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 345.

⁶⁹⁹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 193.

agrega al método clásico para resolver problemas de Derecho internacional privado, por tanto, es superfluo hablar de reconocimiento de derechos legítimamente adquiridos en el extranjero⁷⁰⁰.

La doctrina de los derechos adquiridos tiene relevancia para nuestra disciplina, cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable; o bien, cuando la *lex fori* ha consagrado una norma de conflicto especial con el único propósito de facilitar el reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero. Así entendida, podría ser utilizada esta teoría como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro⁷⁰¹.

Esta posibilidad resulta adecuada para los supuestos de hecho que fueron nacionales para el momento de su nacimiento, por encontrarse vinculados con una sola legislación, pero que con posterioridad se internacionalizan y deben ser resueltos en otro Estado; y, para aquellas situaciones completamente ajenas al foro al tiempo de su nacimiento, pero conectadas con varias legislaciones extranjeras⁷⁰².

Para los supuestos de hecho nacionales al momento de su nacimiento y que luego se internacionalizan, a pesar de que la norma de conflicto del foro atribuya competencia a otra legislación, la justicia exige que el problema sea resuelto de acuerdo con la única ley vinculada al momento de su nacimiento. Por ejemplo, dos ingleses contraen matrimonio en Inglaterra, cumpliendo con las leyes de ese país, este matrimonio válido conforme a la única legislación con la cual se encontraba conectado al tiempo de su celebración, sería inaceptable que pueda considerarse inválido años más tarde porque así lo disponga el ordenamiento jurídico declarado aplicable por la norma de conflicto del Estado donde la pareja se ha trasladado y se plantea la controversia.

En cuanto a las situaciones sin conexión con el foro cuando se crearon, debe admitirse una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro, porque no existe una justificación razonable para que intervengan con la finalidad de determinar la ley aplicable, habida cuenta de que los contactos con el foro sólo ocurrieron después que la situación ya se encontraba constituida en el extranjero.

Estas situaciones han conducido a una parte de la doctrina a considerar la admisión de esta excepción como una consecuencia de utilizar el método unilateral para resolver los

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 195 ss.

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 195.

⁷⁰² En este sentido, Francescakis señala que la situación que origina el problema se ha constituido en el extranjero con apoyo en una ley reputada como competente y sin ningún contacto con el orden jurídico foral, éste es el elemento sobre el cual descansa la inaplicabilidad de las reglas de conflicto del sentenciador. Francescakis citado por Bonnemaïson, *La cuestión incidental...*, ob. cit., (1975), p. 38. De la misma opinión participan Aguilar Navarro y Carrillo Salcedo. Ver: Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 64-65; Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 244.

problemas de Derecho internacional privado. Por tanto, dentro de esta perspectiva la doctrina de los derechos adquiridos puede responder la pregunta acerca de si un derecho ha sido o no legítimamente adquirido. En este sentido, se menciona a Pierre Gothot partidario de esta posición, quien advierte que cualquier pretensión sólo puede ser calificada como jurídica si una determinada legislación le atribuye ese carácter y, por tanto, un derecho adquirido sólo existe cuando ha sido creado por una legislación concreta. En consecuencia, si la norma de conflicto no debe intervenir porque el supuesto de hecho presenta vínculos muy débiles con el foro, parece adecuado en ciertos casos, acudir al método unilateral para determinar la ley competente y seleccionar el ordenamiento jurídico extranjero que quiere ser aplicado y que ha creado el “derecho adquirido”⁷⁰³.

Para Alfonsín, las normas bilaterales o también denominadas multilaterales, prescinden de las realidades internacionales, al pretender que todo el mundo se ajuste a lo que ellas disponen. Entiende que ni las normas bilaterales ni las unilaterales son enteramente satisfactorias. Las unilaterales no abarcan todas las relaciones jurídicas que requieran regulación dentro de fronteras, si bien reconocen como válidas las relaciones que se constituyen en el exterior con arreglo a cualquier ley; y las bilaterales prevén la regulación de todas las relaciones jurídicas que necesitan ser reguladas dentro de las fronteras, pero no reconocen como válidas las relaciones que se constituyeron en el exterior con arreglo a otras normas de Derecho privado internacional⁷⁰⁴.

Aguilar Navarro denomina a esta corriente como el unilateralismo actual, representado por Quadri, Francescakis, Gothot, la cual adopta unas actitudes características en cuanto a la coordinación de los sistemas jurídicos. El unilateralismo introverso de Quadri, reposa en los principios de la expectativa, adaptación y respeto de los derechos adquiridos. El unilateralismo parcial de Francescakis, en parte de Meijers, y de Gothot, intenta fundamentalmente conseguir esa coexistencia de los sistemas comenzando por actuar en la revisión de la teoría clásica, de las conexiones y del exclusivismo del sistema de normas de colisión del foro; régimen de las leyes de policía, tanto las del foro como las extranjeras, y respeto a los derechos adquiridos⁷⁰⁵.

En el primer aspecto, y en la línea que trazara Meijers en 1938, se llega a la conclusión de que el foro tiene que estar interesado en el tratamiento de un supuesto de tráfico jurídico externo por la existencia de una conexión adecuada. El desinterés del foro implica la no aplicación de sus normas de colisión y el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas al amparo de un sistema que reclama su competencia. El problema de los “derechos adquiridos” se desplaza del concepto de la misma constitución del derecho, para centrarse en el terreno del

⁷⁰³ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 198.

⁷⁰⁴ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 352.

⁷⁰⁵ Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 113.

reconocimiento internacional, que es el modo de dar entrada a esa transformación del sistema jurídico del foro y de concebir la comunicación con los sistemas jurídicos extranjeros⁷⁰⁶.

El empleo del método unilateral para conocer la legislación extranjera que desea ser aplicada, no presenta dificultades en las situaciones nacionales al tiempo de su nacimiento que con posterioridad se convierten en internacionales. En estos casos el sistema jurídico originario generalmente desea ser aplicado, a menos que la *lex fori* pretenda regular la controversia en forma incondicional. Pero la solución no es tan simple para los supuestos de hecho conectados al tiempo de su nacimiento con varios ordenamientos jurídicos extranjeros, aun cuando no tengan vínculos con el foro⁷⁰⁷.

Aun cuando el ideal sea la estructura bilateral de las normas de conflicto estatales, cuando una de ellas aparece redactada de manera unilateral plantea el problema de cómo determinar la ley aplicable a los casos en que no lo es el derecho material del foro.

Ante estas situaciones, Alfonsín cree posible dos criterios: 1) la teoría del silencio del legislador, el autor entiende que el legislador al limitarse a determinar la competencia de sus propias leyes materiales, encomienda la determinación de la competencia de las leyes extranjeras a las restantes fuentes jurídicas nacionales. En estos casos, el medio de convertir la norma unilateral en bilateral es el propio para llenar las lagunas de la ley, el procedimiento analógico; y, 2) la teoría de la abstención del legislador, cuando éste abandona a los Estados extranjeros la tarea de fijar la competencia respectiva de sus propias leyes cuando las del foro no son aplicables. Para Niboyet con arreglo a esta teoría las llamadas normas de conflicto unilaterales lo son realmente⁷⁰⁸.

Esta última tesis resolvería fácilmente los conflictos de leyes si en cada caso en que la ley del foro no es competente según la correspondiente norma de conflicto, existiese un Derecho extranjero, y sólo uno, al que declarase aplicable su respectivo sistema conflictual. Pero en la práctica pueden declararse competentes dos o más (conflicto positivo), o ninguno (conflicto negativo) y el problema debe recibir una solución.

El conflicto negativo deja sin respuesta la pregunta acerca de cómo debe ser resuelto el asunto; y no es posible obtener una contestación satisfactoria a través del método unilateral. La solución propuesta por Niboyet de aplicar la ley del foro en caso de conflicto negativo resulta forzada y en el fondo supone una renovación de la vieja tesis de la cortesía internacional y se abstuvo de proponer la aplicación de la ley del foro a casos sin ningún vínculo con éste. La solución sugerida por Quadri tampoco resulta clara, aun cuando sus ideas pueden conducir a la

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 114.

⁷⁰⁷ Parra-Aranguren, *Curso General de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 198.

⁷⁰⁸ Estos criterios son esbozados por Alfonsín citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., (1976), p. 350.

creación de una norma de conflicto especial que ordene aplicar el ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el supuesto de hecho⁷⁰⁹.

En consecuencia, la mejor vía para resolver los conflictos negativos parece ser la aplicación de las normas de conflicto bilaterales del foro, y así permitir al Juez el cumplimiento de su obligación de administrar justicia, pues no existen derechos adquiridos que deban reconocerse⁷¹⁰.

Para los conflictos positivos las soluciones planteadas tampoco resultan satisfactorias, y han sido propuestas varias de ellas. Si se aplica el criterio más análogo al contenido en el Derecho conflictual del foro, se extiende la solución unilateral de éste a hipótesis diferentes, en las que no existen los intereses que aquella solución trataba de salvaguardar. Si por el contrario, se deja en libertad al juez para elegir en cada caso una solución *ad hoc* en relación con las circunstancias particulares, se hace incierta la solución, que quedará en función de cada criterio individual⁷¹¹.

Podría resolverse mediante el examen del contenido de las diversas leyes a fin de seleccionar la mejor de todas, pero este método sustantivista produce gran incertidumbre jurídica porque faculta al tribunal para hacer la correspondiente determinación. Otra posibilidad de solución, propuesta por Quadri, consiste en dar preferencia a la ley más estrechamente conectada con el supuesto de hecho, tomando en cuenta si su aplicación había sido o no esperada por las partes⁷¹².

Todas estas soluciones ofrecen como característica común el reconocimiento de un punto de partida diferente del empleado por el método tradicional, que pretende resolver, a través de normas de conflicto, bilaterales o unilaterales, los casos conectados con varias legislaciones simultáneamente vigentes⁷¹³.

Las soluciones más destacadas, en los supuestos de conflicto positivo, y que se han incorporado a los marcos legislativos han sido, por un lado, la de aplicar la ley declarada competente por todos los ordenamientos jurídicos conectados con el supuesto de hecho, propuesta por Meijers y recogida por el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, entre otras normativas. Según el autor holandés, las normas de conflicto del foro no deben aplicarse cuando todas las leyes conectadas con la relación jurídica, al tiempo de su creación o de su extinción, coinciden en reconocer a una sola de ellas como competente, en esta hipótesis no existe ningún conflicto de leyes sino concurrencia de las

⁷⁰⁹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 198.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 199.

⁷¹¹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 351.

⁷¹² Quadri citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 200.

⁷¹³ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 201.

varias legislaciones conectadas con el supuesto de hecho⁷¹⁴.

De otro lado, la solución establecida por Makarov, de aplicar las normas de conflicto del foro si tenían jurisdicción al tiempo de que ocurrieron los hechos objeto de la controversia, o cuando las partes pudieron haber previsto que podría asumirla. De no ser así, sería contrario a los más elementales principios de equidad permitir el funcionamiento de las normas de conflicto del foro para determinar la ley aplicable, y en semejante situación el supuesto de hecho debe ser regido por el ordenamiento jurídico extranjero designado por la mayoría de las legislaciones que estuvieron conectadas con la conducta de las partes al tiempo del nacimiento de la situación jurídica⁷¹⁵.

Francescakis sugirió que la solución del conflicto positivo impone diferenciar dos clases distintas de situaciones contentivas de elementos extranjeros, según que tengan o no vínculos con el foro al tiempo de su perfeccionamiento en el extranjero. En el primer caso, corresponde a la norma de conflicto bilateral del foro determinar la legislación aplicable. En el segundo caso no hay motivo que justifique la intervención de la regla de conflicto bilateral del foro, como lo reconoce el propio legislador cuando limita el ámbito de vigencia territorial de sus propias reglas de Derecho internacional privado; en consecuencia, para estas situaciones lo más aconsejable es emplear el método unilateral para aplicar el ordenamiento jurídico extranjero que quiera regir la controversia y, si dos o más pretenden regularla debe preferirse aquél que haya sido efectivamente aplicado⁷¹⁶.

Todas estas propuestas planteadas por la doctrina para determinar el derecho según el cual se considera adquirido un derecho subjetivo, permiten establecer la aceptación de la teoría de los derechos adquiridos, aun cuando no suelen insistir en la adquisición del derecho sino en la falta de vínculos entre el supuesto de hecho y el foro en el momento de tiempo relevante. Así entendida, esta doctrina representa una excepción al funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención.

Las soluciones en base a las cuales el supuesto de hecho debe ser regulado por el sistema jurídico designado por “todas las leyes” o “la mayoría preponderante de las leyes que estuvieran conectadas”, podrían conducir a un resultado opuesto al perseguido, es decir, lograr la validez de las situaciones jurídicas analizadas. Pareciera más correcto señalar, la alternabilidad de las leyes aplicables, tal y como se hace, por ejemplo, en los casos de la ley a favor del negocio. Es decir, que baste con que uno cualquiera de los Derechos vinculados con la situación realizada en el extranjero la considere válida o eficaz para que a su vez en nuestro foro tal situación se

⁷¹⁴ *Ibid.*, p. 199.

⁷¹⁵ La Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de Benelux, de 1951, en el artículo 25 párrafo 2 resuelve el conflicto positivo conforme a la ley aplicable de acuerdo con la norma de Derecho internacional privado del país al cual esa relación jurídica concernía esencialmente en el momento de su nacimiento o de su extinción. *Ibid.*, p. 203.

⁷¹⁶ Francescakis citado en: Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 201.

considere como una “situación jurídica válidamente creada”⁷¹⁷.

La solución adoptada por la Ley Uniforme sobre Derecho internacional privado de Benelux, de reconocer una relación jurídica conforme a la ley aplicable de acuerdo con las normas de conflicto del país con el cual se encuentra vinculada esencialmente, ha sido considerada satisfactoria, cuando no es posible obtener la uniformidad; pero puede conducir a la aplicación de un ordenamiento jurídico que no pretenda regular la controversia. Así por ejemplo, si las normas de conflicto de la ley de la nacionalidad y de la ley del domicilio someten la capacidad de las personas a un tercer sistema jurídico, la *lex loci actus*, esta última legislación debe ser aplicada a pesar de que no quiera regir el supuesto de hecho⁷¹⁸. La “conexión razonable” es defendida por Werner Goldschmidt cuando establece “la necesidad de exigir un vínculo razonable entre el Estado que creó el derecho y el respectivo supuesto de hecho”⁷¹⁹. Esta solución es asimismo defendida por Ferrer-Correia⁷²⁰.

En todos los supuestos la escogencia de la ley debe efectuarse después de un cuidadoso examen de todos los hechos de la controversia y de las finalidades perseguidas por las varias legislaciones conectadas con el supuesto de hecho. La conveniencia de reconocer los derechos adquiridos de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con “criterios internacionalmente admisibles”, solución adoptada por nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, parece la más acertada, pues no acepta cualquier clase de criterios utilizados por la legislación extranjera para conferir el derecho en cuestión, por cuanto impone la tarea de establecer si son o no arbitrarios, a fin de aceptar únicamente aquellos internacionalmente admisibles.

4. Moderna interpretación de la doctrina de los derechos adquiridos

El concepto de los derechos adquiridos ha desempeñado en el Derecho internacional privado una triple función: como fundamento para la aplicación del Derecho extranjero; como elemento para encontrar el Derecho competente en el caso concreto; y, finalmente, en el marco de aplicación de la cláusula de orden público de carácter general. En este último supuesto la protección de los derechos adquiridos está asegurada y no requiere regulación especial⁷²¹.

⁷¹⁷ Guerra Hernández, Víctor Hugo, Artículo 5. Derechos Adquiridos, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo I, p. 238.

⁷¹⁸ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 204.

⁷¹⁹ Werner Goldschmidt citado en: “La Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado (CIDIP-II)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 421.

⁷²⁰ Al formular las críticas al artículo 78 del Proyecto brasileiro preparado por Haroldo Valladão, por admitir los derechos adquiridos en el extranjero sin examinar los vínculos entre el supuesto de hecho con la respectiva legislación extranjera; y, por no exigir que debe tener una “conexión suficientemente intensa” con el ordenamiento jurídico extranjero, de acuerdo con los criterios imperantes en la *lex fori*. Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 205.

⁷²¹ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 303.

Rigaux al tratar el tema de la justificación de la aplicación del Derecho internacional privado extranjero mediante la teoría de los derechos adquiridos, formuló un ejemplo en el cual no se empleaba el mecanismo tradicional del reenvío ni el de la cuestión previa, sino la excepción de orden público, para explicar esta doctrina. Un austríaco de confesión evangélica se casó en Odesa, ante un pastor luterano, con una judía de nacionalidad rusa, adquieren la nacionalidad italiana al mudarse a Trieste y posteriormente se establecen en Karlsruhe, donde el marido demanda a su mujer en acción de nulidad del matrimonio. Invoca el Código Civil austríaco que prohíbe los matrimonios entre cristianos y no cristianos. El asunto se sometió al *Reichsgericht*, según éste, aunque las condiciones de validez del matrimonio dependen de la ley nacional de cada cónyuge al momento de la celebración, la acción de nulidad del matrimonio se rige por la ley italiana, por ser la ley nacional de los esposos al momento de presentarse la acción. En Derecho internacional privado italiano, la disparidad de cultos contemplada como una causa de nulidad en el derecho austríaco en cuanto ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio, es contraria al orden público y un tribunal italiano se negaría a admitirla.

En Alemania la excepción de orden público no constituye un obstáculo para invocar como impedimento de naturaleza confesional, el *Reichsgericht* se apoyó en la concepción italiana del orden público, porque “en las causas matrimoniales es preciso aplicar la ley nacional y el juez alemán no está dispuesto a considerar como nulo un matrimonio que es válido en el Estado del que los esposos tienen la nacionalidad”⁷²².

La solución anterior parece responder a preservar la estabilidad del estado de las personas, y además, el carácter accidental de la intervención del tribunal que entiende del asunto, cuando la situación de las partes se ha consolidado gracias a la actuación de un sistema de Derecho internacional privado extranjero competente en una época anterior de la vida de los interesados.

Para Rigaux es necesario entender la noción de “derechos adquiridos”, en el ejemplo, la aplicación de los sistemas de Derecho internacional privado ruso y austríaco, competentes en el momento de la celebración del matrimonio, no hubiesen permitido declarar válida la unión. Es la adquisición posterior de la nacionalidad italiana lo que permitió consolidar un derecho frágil en el momento de su nacimiento.

Como las partes han entrado en el Estado del tribunal que entiende del caso con la cualidad de cónyuges que les reconoce la ley nacional adquirida después de la celebración del matrimonio, el *Reichsgericht* estimó que debía confirmar la solución deducida del Derecho internacional privado del país de la nacionalidad, más que destruir el estado de las partes por una aplicación mecánica de las normas de conflicto de leyes de la *lex fori*⁷²³.

⁷²² Rigaux, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 326.

⁷²³ *Idem*.

Concluye Rigaux que el juez al consagrar el derecho que considera como adquirido pone en funcionamiento el sistema de Derecho internacional privado extranjero, bajo cuya aplicación se formó o consolidó una situación jurídica privada. Los derechos que han sido adquiridos en un sistema determinado y posiblemente reconocidos o consolidados en un segundo, lo son en virtud no del derecho material designado por la norma de conflicto del tribunal que está conociendo del caso, sino por la norma de conflicto del sistema nacional del que dependía la situación antes de penetrar en el ordenamiento jurídico de este tribunal. El movimiento impreso a la situación actúa sobre la elección de la misma norma de conflicto⁷²⁴.

En efecto, para que pueda hablarse del derecho adquirido es necesario que su existencia o adquisición dependa de una norma preexistente; un derecho no adquirido equivale a la nada jurídica⁷²⁵. La doctrina se ha manifestado proclive por reemplazar tan controvertido sistema por otro, referido al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas, estableciendo cuatro condiciones para tal reconocimiento: 1) que la situación haya sido constituida de conformidad con una ley internacionalmente competente; 2) que se hayan observado todas las condiciones impuestas por esa ley; 3) que el ejercicio no viole los principios de orden público del país donde surten los efectos de ella derivados, y 4) que la situación no se haya establecido en fraude a la ley del sistema que se invoca para ampararla⁷²⁶.

Esta doctrina sólo puede representar una nueva contribución al desarrollo del Derecho internacional privado cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta de la normalmente aplicable, o cuando el ordenamiento del foro establece una norma de conflicto especial con el único fin de facilitar el reconocimiento de ese derecho⁷²⁷. En este sentido, podría utilizarse como fundamento para admitir una excepción al funcionamiento de las normas de conflicto del foro. El juez debe constatar que determinada situación jurídica ha sido creada válidamente tanto en la forma como en el fondo conforme a un sistema jurídico distinto del suyo, para luego reconocerla conforme a su propio derecho⁷²⁸.

La terminología de los “derechos adquiridos” ha sido superada por el empleo del término “situaciones jurídicas válidamente creadas”, originada por la necesidad de incluir no sólo los actos jurídicos sino también cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo del derecho⁷²⁹. El cambio del término empleado para identificarla y las condiciones que se imponen, se deben al justificado temor de que en las futuras interpretaciones pueda convertirse en otra institución negativa para el normal funcionamiento de la norma de conflicto y,

⁷²⁴ *Ibid.*..., p. 327.

⁷²⁵ Niederer citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 303.

⁷²⁶ B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 304.

⁷²⁷ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 196.

⁷²⁸ Madrid Martínez, *Instituciones generales*..., ob. cit., (2005), p. 295.

⁷²⁹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*..., ob. cit., p. 208.

con ello en una inaceptable justificación del rechazo de la aplicación del derecho extranjero⁷³⁰.

Esta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos o el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, se ha introducido en algunas codificaciones nacionales. En el artículo 31 del Código Civil portugués (1967)⁷³¹ se encuentra una aplicación limitada, según la cual se reconoce en Portugal los negocios jurídicos realizados por una persona conforme a las normas de Derecho internacional privado del país de su residencia habitual. El artículo 2050 del Código Civil peruano (1984) se limita a ordenar el reconocimiento de “todo derecho regularmente adquirido” al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho internacional privado; solución que constituye un truismo innecesario porque sólo prescribe el respeto de las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma de conflicto del foro⁷³². El Código Civil mexicano en su artículo 13 (I) reconoce las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero conforme a dicho derecho extranjero⁷³³. Los artículos 18 y 19 del Código Civil paraguayo (1985)⁷³⁴ hacen referencia a los derechos adquiridos sobre bienes muebles, éstos no se ven afectados por el cambio de situación de los bienes muebles, pero los somete a los requisitos de fondo y forma de la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación⁷³⁵.

Ya mencionamos en el punto anterior, que si bien se acepta la doctrina de los derechos adquiridos, no se insiste en la adquisición del derecho sino en la falta de vínculos entre el supuesto de hecho y el *forum* en el momento de tiempo relevante. Esta doctrina representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención. Así lo destacó Francescakis cuando advierte: “Es necesario restringir el sentido de la expresión “derechos adquiridos” para no ver en ella, en el futuro, sino la afirmación negativa de la incompetencia del sistema del

⁷³⁰ Francescakis citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 304.

⁷³¹ Art. 31 del Código Civil portugués: (2) “Son, sin embargo, reconocidos en Portugal los negocios jurídicos celebrados en el país de la residencia habitual del declarante, en conformidad con la ley de ese país, desde que ésta se considere competente”, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, p. 191.

⁷³² Parra-Aranguren, Gonzalo, La reciente evolución del Derecho internacional privado en el hemisferio americano (1960-1992), en: A. Mangas (ed.), *La Escuela de Salamanca y el Derecho Internacional en América. Del pasado al futuro*, Salamanca, Jornadas Iberoamericanas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1993, p. 240.

⁷³³ Art. 13(I) del Código Civil mexicano: “Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional”. Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., (2005), p. 296.

⁷³⁴ Art. 18 del Código Civil paraguayo: “El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos”. Artículo 19: “Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente”. En: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, pp. 212-213.

⁷³⁵ B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, pp. 191, 203, 212.

tribunal”⁷³⁶. En palabras de la profesora Maekelt, “con ello se restringe el concepto de los derechos adquiridos a fines de no convertirlos en otra excepción indeseable en materia de la aplicación del derecho extranjero”.

5. Sistema venezolano

En el Derecho internacional privado venezolano, los derechos adquiridos han cobrado especial importancia. Las fuentes internacionales e internas contienen normas que consagran los derechos adquiridos y, de cierta manera, todas nuestras fuentes tienen algo de cada una de las diferentes doctrinas que dieron origen a esta institución⁷³⁷ y que fueron analizadas *supra*.

Dentro de los escritores venezolanos de la primera mitad del siglo XIX, las enseñanzas de Ulrico Huber sobre el respeto de los derechos adquiridos influyeron en las ideas de Don Andrés Bello para explicar el fundamento del Derecho internacional privado⁷³⁸, al afirmar:

... Aunque un Estado sólo atiende a propias leyes para calificar de legales o ilegales los actos que se ejecuten bajo su imperio, los actos ejecutados en otro territorio o bajo el imperio de otras leyes deben calificarse de legales o ilegales con arreglo a éstas. La comunicación entre los pueblos estaría sujeta a gravísimos inconvenientes si así no fuese: una donación, un testamento otorgado en un país no nos daría título alguno a la propiedad situada en otro; dos esposos no serían reconocidos por tales desde que saliesen del país cuyas leyes y ritos han consagrado esa unión; en suma, nuestros más preciosos derechos desaparecerían, o sólo tendrían una existencia precaria, luego que dejasen de hallarse bajo la tutela de las instituciones civiles a cuya sombra han sido creadas...⁷³⁹.

a. Fuentes internacionales

Dos instrumentos internacionales regulan la institución de las situaciones válidamente creadas y la aplicación de las soluciones contenidas en ellos tendrá preferencia frente a la solución interna por mandato del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁷⁴⁰. El primer instrumento o fuente internacional es el Código Bustamante que en el artículo 8 dispone:

Artículo 8: Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.

⁷³⁶ Francescakis citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 210; B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 304.

⁷³⁷ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., (2005), p. 296.

⁷³⁸ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 194.

⁷³⁹ Andrés Bello citado por B. de Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 304-305.

⁷⁴⁰ Art. 1 de la LDIP: “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho internacional privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados”.

Esta norma consagra la solución propuesta por Pillet de que sólo puede considerarse válidamente adquirido un derecho cuando su adquisición tuvo lugar conforme a la ley declarada aplicable por la norma de conflicto del foro. De acuerdo con la redacción de la norma, los derechos legítimamente adquiridos carecen de eficacia *ex proprio vigore*, porque un derecho solamente puede considerarse válidamente adquirido cuando ha sido creado de acuerdo con las normas de conflicto consagradas en este Código⁷⁴¹.

Esta solución no agrega nada nuevo al método clásico para resolver tales problemas, pues el derecho que será protegido es aquel creado como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto del foro, y no el reconocimiento de derechos adquiridos al amparo de soluciones extranjeras, que deberían estar conformadas tanto por normas de conflicto como por normas materiales⁷⁴².

Lo resaltante y positivo de la redacción de la norma es que reafirma la existencia de la figura de las situaciones válidamente creadas como institución general del sistema venezolano de Derecho internacional privado, aun cuando el Código utilice la terminología ya superada de los “derechos adquiridos”. Y, a pesar de las diferencias en la regulación prevista en el Código y en la Ley, la consagración en ambos instrumentos de la excepción del orden público internacional a esta institución.

El segundo instrumento es la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, que adopta la solución sugerida por Meijers para los casos de conflicto positivo, al referirse a las situaciones jurídicas que se hayan constituido de acuerdo con “todas las leyes” con las cuales la relación haya tenido contacto al momento de su creación. La Convención prevé:

Artículo 7: Las situaciones jurídicas creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

La fórmula inicial sugerida se refería a de “las relaciones jurídicas” y el representante de Colombia, Monroy Cabra, señaló que “sería preferible, tal como lo había propuesto la delegación de Venezuela, hablar de la “situación jurídica”. La norma emplea el término “situaciones jurídicas”, la cual constituye una noción más amplia, como hemos dicho, que la de “derechos adquiridos” y que la de “relaciones jurídicas”, “porque comprende no sólo los actos, sino también los hechos jurídicos que produzcan efecto en un derecho”⁷⁴³.

⁷⁴¹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁷⁴² Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos... ob. cit., p. 236; Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 196.

⁷⁴³ “La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo, 1979)”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 471.

Desde la perspectiva de la solución adoptada para evaluar la validez de las situaciones jurídicas, el presidente de la Comisión Segunda, Gonzalo Parra-Aranguren, hizo la siguiente advertencia: “puede pasar que una determinada situación tenga conexión con una ley que la declara válida y con otra que la declara inválida; hipótesis ésta que explica la frase “de acuerdo con todas las leyes” porque de lo contrario queda una interrogante que no se resuelve”⁷⁴⁴. Parra-Aranguren afirma que esta fórmula de compromiso permitiría resolver estos supuestos.

Creemos oportuno destacar la opinión de Víctor Hugo Guerra, opinión que compartimos, cuando hace referencia a que, aun cuando la Convención constituya fuente preferente y vinculante para nuestras autoridades, debemos señalar que la solución “todas las leyes” podría conducir a un resultado opuesto al perseguido, es decir, lograr la validez de las situaciones jurídicas analizadas. Pareciera mucho más correcto señalar la alternabilidad de las leyes aplicables, es decir, baste con que uno cualquiera de los Derechos vinculados con la situación realizada en el extranjero la considere válida o eficaz para que a su vez en nuestro foro tal situación se considere como una “situación jurídica válidamente creada”⁷⁴⁵.

La Convención se refiere, igualmente, al problema de la retroactividad e irretroactividad de la ley para estos casos. El análisis de la validez de las situaciones jurídicas debe realizarse “de acuerdo con todas las leyes ‘vigentes’ con las cuales tengan una conexión al momento de su creación”, ello en la práctica podría implicar el estudio de una legislación extranjera ya derogada, pero evitaría la aplicación retroactiva e inconstitucional, desde la perspectiva venezolana, de una nueva legislación o normativa extranjera posterior⁷⁴⁶.

Por último, la Convención consagra como excepción a la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas, la institución general del orden público internacional, al igual que el Código Bustamante y la Ley venezolana.

En consecuencia, la doctrina del respeto a los derechos legítimamente adquiridos, según aparece consagrada por la Convención interamericana, constituye tan sólo una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto. La legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación; solución particularmente satisfactoria en las hipótesis de situaciones jurídicas relativamente internacionales, es decir, nacidas de una única legislación, pero que con posterioridad desbordan las fronteras nacionales⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 472.

⁷⁴⁵ Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos..., ob. cit., p. 238.

⁷⁴⁶ *Idem.*

⁷⁴⁷ “La Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado”, en: Parra-Aranguren, *Codificación del Derecho internacional privado en América...*, ob. cit., p. 473.

b. La Ley de Derecho Internacional Privado

Antes de abordar el estudio de esta institución consagrada en nuestra Ley es preciso señalar los antecedentes de la norma. Aun cuando no se menciona como antecedente expreso de la norma de la Ley, en el primer proyecto de ley que se redacta en Venezuela, Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho internacional privado (1912), conocido como el Proyecto Arca, se consagró la institución en el artículo 6:

Artículo 6: Salvo disposiciones especiales, no podrá desconocerse en la República los derechos adquiridos en el extranjero por efecto de las leyes del respectivo país, en materias sobre las cuales tengan competencia no discutible según la ley venezolana y siempre que su ejercicio no acarree medidas contrarias a lo dispuesto en el artículo 4 (éste contiene una solución especial sobre lo que hoy conocemos como orden público internacional)

El Proyecto hace referencia a “los derechos adquiridos en el extranjero por efecto de las leyes del respectivo país”, de esta redacción puede desprenderse que la validez de “los derechos adquiridos” en el extranjero podría tener que realizarse por un solo derecho; en este sentido consideramos que, en la práctica, pueden surgir casos en los que sean varios los ordenamientos jurídicos aplicables para determinar la validez de una situación jurídica creada en el extranjero y, en la redacción de la norma no parece estar del todo claro⁷⁴⁸. Asimismo, prevé la necesidad de evaluar la aplicación de esta institución a la luz de ciertas excepciones: 1) la competencia del derecho extranjero no discutible según la ley venezolana y, 2) la ausencia de contradicción entre el Derecho extranjero, las buenas costumbres y el derecho público venezolano.

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho internacional privado de 1963 modificado en 1965, regula la institución de la siguiente manera:

Artículo 5: Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto o que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva.

Al comentar este precepto, Ferrer Correia manifestó dudas acerca de si exige un “criterio internacionalmente admisible” en términos generales o sólo en relación con la materia concreta respecto de la cual se discute la existencia del derecho adquirido. En este segundo sentido, el texto del Proyecto es bastante claro y no parece justificada la crítica de que acepta cualquier clase de criterios utilizados por la legislación extranjera para conferir el derecho en cuestión, por cuanto impone la tarea de establecer si son o no arbitrarios, a fin de aceptar únicamente aquellos internacionalmente admisibles⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos..., ob. cit., p. 234.

⁷⁴⁹ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 204-205.

Werner Goldschmidt destacó que la norma somete el reconocimiento del derecho adquirido en el extranjero a su creación por un ordenamiento jurídico aplicable de acuerdo con criterios aceptados internacionalmente (condición positiva), pero sólo cuando la legislación venezolana no pretenda regular exclusivamente la materia (condición negativa)⁷⁵⁰. Asimismo, Fritz von Schwind señaló que la norma consagra una solución muy generosa que favorece el Derecho extranjero, resguardando al mismo tiempo los intereses nacionales del país y, la redacción es muy flexible, ya que no se puede dar una definición estricta de los criterios internacionalmente admisibles respecto de la aplicabilidad del Derecho extranjero⁷⁵¹.

Nuestra Ley de Derecho Internacional Privado establece en el artículo 5:

Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

En primer lugar, la disposición hace referencia al término “situaciones jurídicas” y no se limita a los “derechos adquiridos”, acoplándose a la tendencia que se corresponde con la doctrina moderna de abarcar un conjunto de situaciones distintas a los derechos propiamente dichos⁷⁵².

En segundo lugar, mejora las disposiciones de las fuentes internacionales, al no ordenar el respeto de los derechos adquiridos conforme a sus propias normas como ocurre con el Código Bustamante. La institución concebida en la norma de la Ley representa una verdadera excepción al normal funcionamiento de sus normas de conflicto y, prescribe el reconocimiento de esas situaciones jurídicas válidamente creadas por una ley distinta de la seleccionada por sus normas de Derecho internacional privado, con las reservas en ella indicadas. Esto se traduce en una importante contribución para resolver los supuestos de hecho con elementos de extranjería⁷⁵³.

La solución adoptada para evaluar la validez de las situaciones jurídicas de acuerdo a un Derecho que se atribuya competencia con “criterios internacionalmente admisibles”, convierte la norma en una disposición más flexible que la establecida en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado, al no exigir la conformidad con “todas las leyes” con las cuales la situación tenga conexión al momento de su creación. Este requisito “de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles” va a ayudar al juez a

⁷⁵⁰ Goldschmidt, El Proyecto venezolano de Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 120.

⁷⁵¹ Von Schwind, Disposiciones Generales del Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 131.

⁷⁵² B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 35.

⁷⁵³ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., (2005), p. 298.

determinar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el cual, debe apreciarse la debida constitución de la situación jurídica.

La doctrina señala en relación a estos “criterios internacionalmente admisibles”, que la Ley se refiere a reglas tales como la *lex rei sitae* o la *locus regit actum* o a la aplicación de la ley nacional o domiciliar al estado y capacidad de las personas físicas⁷⁵⁴. Sería incorrecto afirmar que esos criterios son los contenidos en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando la Ley adopta algunos de ellos, pues así se estaría aplicando nuestras propias normas de conflicto y desnaturalizando la esencia de esta institución⁷⁵⁵. En todo caso, el juez deberá orientar siempre su decisión al reconocimiento de las situaciones jurídicas, considerando las limitaciones contenidas en la propia norma.

A pesar de la flexibilidad que caracteriza a esta norma, ello no implica el menoscabo de los intereses del foro, los cuales quedan resguardados con la inclusión expresa de tres excepciones: 1) que no se contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, esta mención es similar a la fórmula del artículo 2 de la Ley, referente a la aplicación del derecho extranjero⁷⁵⁶; toda norma en particular persigue objetivos específicos, un resultado determinado desde el punto de vista del derecho material, pero en general, la Ley busca el logro de la justicia y la equidad en cada caso⁷⁵⁷; 2) que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, por ejemplo, el caso de los inmuebles situados en Venezuela los cuales siempre se van a regir por el Derecho venezolano; 3) la inclusión expresa de la excepción del orden público; en este sentido, la redacción de la norma exige la condición de que las situaciones jurídicas no sean “manifestamente incompatibles” con los principios esenciales del orden público venezolano, con lo cual se restringe la aplicación de esta excepción, consagrándose así el orden público como verdadera excepción, tal y como se establece, en forma general, en el artículo 8 de la Ley⁷⁵⁸.

En cuanto a esta última excepción, si bien la Ley consagra de manera general la excepción de orden público internacional en el artículo 8, la referencia particular al orden público internacional evidencia en nuestra normativa la necesaria relación que debe existir entre ambas instituciones, como caras diferentes de una misma moneda. Mientras el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero, la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas constituye una excepción a la aplicación del Derecho venezolano o Derecho del foro y, específicamente, al normal funcionamiento de las normas de conflicto del foro⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ *Idem*.

⁷⁵⁵ *Idem*.

⁷⁵⁶ B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 80.

⁷⁵⁷ Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto..., ob. cit., pp. 173-177.

⁷⁵⁸ B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 80.

⁷⁵⁹ Guerra Hernández, Artículo 5. Derechos adquiridos..., ob. cit., p. 233.

La Ley regula de manera general la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas y consagra además dos supuestos típicos en el Derecho Comparado en materia de conflictos móviles, relacionados con la capacidad de las personas físicas y con los derechos reales sobre bienes muebles, en los artículos 17 y 28 respectivamente. En ambos supuestos la ley procura la validez de la situación jurídica que podría verse menoscabada por el cambio en el factor de conexión, es decir, la capacidad adquirida aun cuando opere un cambio en el domicilio de la persona física, y la eficacia de los derechos reales sobre bienes muebles válidamente constituidos, los cuales para que surtan efectos frente a terceros deberán cumplir con los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.⁷⁶⁰

De igual modo en el artículo 18 prevé que la persona que es incapaz de acuerdo con el derecho de su domicilio, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto. Se trata de la excepción especial en materia de leyes personales, de la excepción a la ley del domicilio, conocida como la *lex in favore negotii*. Esta figura guarda cierta relación con la institución de las situaciones válidamente creadas pues, procura la validez de dichas situaciones a partir del análisis de la capacidad de la persona física.

En la *lex in favore negotii* se prevé la aplicación alternativa del derecho del domicilio de la persona física, o del derecho que se corresponda con la *lex causae*, cualquiera de las dos que consagre la validez de la capacidad de la persona física deberá brindar una respuesta al caso planteado. En estos supuestos no se trata de una excepción a la aplicación de las normas de conflicto del foro, ni de la determinación de un Derecho extranjero competente de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles⁷⁶¹.

Con la inclusión de esta norma y, de lo dispuesto en el artículo 17 y, en el artículo 28 referente al conflicto móvil en materia de bienes muebles, en el cual se respetan los derechos válidamente constituidos bajo el imperio del derecho anterior, se consagra expresamente la protección de las situaciones jurídicas creadas de acuerdo al derecho extranjero, sin la exclusión expresa de las situaciones creadas según la norma de conflicto foránea⁷⁶².

Para concluir con el análisis de esta institución general, voy a referirme a la decisión emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, número 1633 del 14 de diciembre del 2004⁷⁶³, caso Enrique Emilio Álvarez Centeno contra las sociedades mercantiles Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A., por cobro de derechos laborales derivados de la relación de trabajo de un empleado extranjero con las mencionadas compañías.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 241.

⁷⁶¹ *Ibid.*, p. 242.

⁷⁶² B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 80.

⁷⁶³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia No. 1633, 14 de diciembre de 2004 (*Enrique Emilio Álvarez Centeno v. Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A.*), en: <https://bit.ly/3VVrOYQ>; Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, aclaratoria No. AA60-S-2004-001213, 9 de agosto de 2005, en: <https://bit.ly/3BITSdC>

Se trata de un trabajador de nacionalidad argentina, contratado por Abbott Laboratories en Argentina, en julio de 1967, como Agente de Propaganda Médica; en septiembre de 1978 fue trasladado como Director Comercial para Centroamérica y el Caribe, cumpliendo sus labores en la sociedad Abbott Laboratories S.A. en Guatemala; y el 1º de julio de 1980 fue trasladado a Venezuela para desempeñar el cargo de Gerente General de Abbott Laboratories S.A, subsidiaria de Abbott Laboratories, hasta que fue despedido el 23 de noviembre de 1998 en Venezuela, por lo que acude a los tribunales venezolanos para reclamar.

Observa la Sala que Abbott Laboratories y Abbott Laboratories S.A. son parte de un grupo internacional conformado por múltiples empresas en el cual Abbott Laboratories es la casa matriz; además, estima que existió una sola relación laboral que comenzó en Argentina, continuó en Guatemala y luego finaliza en Venezuela.

Asimismo, señala que la relación laboral presenta elementos de extranjería que imponen su consideración bajo las reglas del Derecho internacional privado, y conforme al artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado aplica el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, suscrita y ratificada por Venezuela, Argentina y Guatemala, que consagra la institución de “las situaciones jurídicas válidamente creadas”. En conformidad con este artículo, Venezuela puede reconocer los derechos adquiridos del trabajador por los servicios prestados en el exterior, por aplicación de otros ordenamientos jurídicos, siempre que no sean contrarios a los principios de orden público. Aplica la legislación laboral de Argentina y de Guatemala sobre la terminación de la relación laboral, por el tiempo de servicio prestado en esos países.

De esta forma, la Sala aprecia que como las disposiciones legislativas extranjeras no son contrarias al orden público, “los derechos adquiridos por el trabajador por el tiempo de servicio prestado en Argentina y en Guatemala son reconocidos”.

Creemos pertinente realizar las siguientes observaciones: en primer lugar, emplea el término de “los derechos adquiridos” ya superado en la doctrina moderna y no el de “situaciones jurídicas válidamente creadas” utilizado por la Convención; en segundo lugar, no analiza la institución en su esencia, es decir, que la situación haya sido constituida de conformidad con una ley internacionalmente competente, cumpliendo con todas las condiciones impuestas por esa ley, que su ejercicio no viole los principios de orden público del país donde surten los efectos de ella derivados, y que esta institución constituye una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto.

Reconoce las situaciones jurídicas válidamente adquiridas porque las legislaciones extranjeras no son contrarias al orden público pero no de acuerdo a la solución adoptada por la Convención para evaluar la validez de esas situaciones jurídicas, de acuerdo a “todas las leyes con las cuales tengan conexión al momento de su creación”. La redacción de la norma exige la condición de que “las situaciones jurídicas” no sean manifiestamente incompatibles con los

principios esenciales del orden público venezolano.

El Tribunal reconoce “los derechos adquiridos” solo porque las disposiciones extranjeras no son contrarias al orden público y no si los derechos derivados de la relación laboral fueron válidamente creados conforme a las legislaciones argentina y guatemalteca vigentes para el momento de su creación.

La Corte no contempla esta institución como una excepción, parece superflua la discusión planteada alrededor de las situaciones jurídicas válidamente creadas, porque no se trata en este caso de la aplicación de la institución general analizada. En consecuencia, esta institución, según aparece consagrada por la Convención interamericana, constituye tan sólo una excepción al funcionamiento normal de la regla de conflicto: La legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación jurídica válidamente creada de acuerdo con todos los sistemas con los cuales tenía vínculos en el momento de su creación.

B. La cláusula de escape

En las normas de cualquier sistema de Derecho internacional privado la elección de un criterio de conexión no es una mera cuestión técnica, sino una verdadera decisión de política legislativa que reposa sobre los valores que informan ese sector de derecho y a través de él se transmite un objetivo de política legislativa. Los objetivos de política legislativa explican la técnica de fraccionamiento que el legislador adopta al determinar el derecho aplicable a una relación jurídica internacional, al someterla a ordenamientos eventualmente distintos y de este modo permite una mejor adaptación a las exigencias del supuesto internacional que su sumisión global a un solo ordenamiento.

Una regulación adecuada del derecho resulta de la interacción de la idea de justicia, certeza y estabilidad, como garantías esenciales que todo sujeto reclama y, de la promoción y realización de valores y propósitos aceptados por la comunidad. El Derecho internacional privado en consecuencia, debe lograr un resultado adecuado, bien en términos de localización o de justicia material, logrando al mismo tiempo un alto grado de seguridad jurídica.

La rigidez de las conexiones en determinadas circunstancias pueden designar un ordenamiento jurídico con escasa vinculación con el supuesto internacional, estos inconvenientes pueden resolverse dentro del propio método de localización, a través de la formulación de normas de conflicto con supuestos de hecho más específicos. Junto a la flexibilización permitida en la interpretación de la norma de conflicto, debe establecerse la posibilidad de que dicha flexibilidad se introduzca en la propia formulación de la norma, a través del principio de proximidad, determinando genéricamente la aplicación a una determinada institución o relación jurídica de la ley más estrechamente vinculada.

La construcción de Lagarde se inscribe dentro de estas corrientes, su principio de proximidad no rechaza el análisis de la naturaleza de la relación de derecho pero, no lo considera suficiente. Su propuesta puede expresarse mediante una regla de conflicto muy concreta: “cada relación de derecho se rige por la ley del país con el que presenta los vínculos más estrechos”. Al juez se le pueden dar pautas para que determine cuál es ese sistema, pero no se le puede dar una conexión preconfigurada de modo rígido y absoluto si se busca una solución justa y adecuada⁷⁶⁴. Para evitar la excesiva discrecionalidad otorgada en estos casos al juez, al identificar cuáles son los índices de localización concretos, el legislador habrá de establecer directrices claras y específicas.

La localización debe establecerse mediante el examen directo de las propias conductas y hechos reales que hayan de regularse. Las conexiones deben seleccionarse y formularse pensando en el resultado sustancial que pretende lograrse. Para ello, el empleo de una metodología flexible, mediante la disposición de las conexiones en agrupaciones rigurosamente acumulativas, sucesivas, alternativas o mediante el uso de factores de conexión meramente orientadores.

Así los objetivos del Derecho internacional privado deben quedar garantizados, al punto de que si no se logra su satisfacción a través del empleo de las nuevas técnicas, éstas deben ceder en aras de un resultado adecuado. Si al analizar el contenido material de las leyes que resulten aplicables por estas normas, no se encuentra en ninguna de ellas el efecto que *ab initio* intentaba lograr el legislador, el juez deberá considerar una u otras leyes distintas, para así cumplir con el objetivo sustancial de la norma de conflicto. Para que esto resulte posible, las disposiciones de esta naturaleza deben prever una cláusula de escape que permita adaptar, sustituir o enervar el juego de sus conexiones hasta que pueda obtenerse el resultado deseado⁷⁶⁵.

La corrección de la norma general no puede fundamentarse en obtener un resultado material más ajustado o convincente, sino en la mayor proximidad o vinculación del supuesto con una de las leyes en presencia, independientemente de su resultado material. Estas cláusulas no son un instrumento de corrección de la neutralidad de la norma de conflicto o de orientación material de la misma. Si bien el principio de proximidad justifica las cláusulas de escape o de excepción, no significa que ésta no tenga un significado sustancial o no se trate de un medio para alcanzar una solución más justa. Cuando se habla de conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una apreciación sólo cuantitativa de los elementos de conexión, debe conducirnos a la que mejor proteja la seguridad del tráfico internacional, a la más eficiente. La conexión es la primera expresión de justicia, pero no es más que una regla general. De ahí que, “sólo excepcionalmente, una configuración muy especial de las circunstancias de un caso concreto puedan privar de justificación a la

⁷⁶⁴ Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., pp. 83-84.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 88.

conexión. Decimos que dicha conexión pierde proximidad, pero podríamos decir que, dadas las circunstancias del caso, no se cumple el objetivo material que refleja la conexión⁷⁶⁶.

La complejidad de las situaciones de tráfico jurídico externo exige someter las soluciones generales a diversos expedientes de especialización, para ello es aconsejable facilitar el desarrollo judicial del Derecho internacional privado flexibilizando sus soluciones. La excesiva generalidad, rigidez o neutralidad de la norma de conflicto hace necesario un esfuerzo interpretativo que permita acercarlas a las particularidades del caso concreto. Las cláusulas abiertas que imponen soluciones correctivas y sustitutivas, ponen de manifiesto la necesidad de razonamientos argumentativos que permitan orientar las soluciones concretas hacia los valores del ordenamiento jurídico. Las soluciones especiales, ya sean de carácter conflictual o material, reducen la flexibilidad del razonamiento, pero aún en estos casos cabe la excepción y la corrección como resultado de ese proceso argumentativo orientado a valores.

La flexibilidad de las soluciones no es contraria a la previsibilidad de las mismas. Si esta rama del derecho se caracteriza por la escasez de normas y su carácter principal o abierto, busca limitar las consecuencias negativas del pluralismo jurídico, intentando la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, la previsibilidad y efectividad constituyen dos valores importantes. La cláusula de escape permite someter un caso determinado a la ley más próxima, a la más razonablemente previsible por las partes. Uno de los elementos o valores claves de la justicia conflictual es buscar una conexión que tenga en cuenta las expectativas de las partes, la previsibilidad del derecho. De ahí la función que cumple la cláusula de escape como elemento que no solo impide, sino facilita esa previsibilidad. Sólo debe someterse estas cláusulas a supuestos claros y manifiestamente limitados, como garantía de no arbitrariedad⁷⁶⁷.

1. Antecedentes

Los más serios ataques dirigidos contra el método clásico comenzaron en el seno de la doctrina angloamericana. Surgen así diversas corrientes que buscan atemperar la rigidez dominante en el sistema conflictual, en un periodo que es calificado como de transición.

En 1951, Morris, basado en la solución dada en Inglaterra al problema del Derecho aplicable a los contratos, propone la aplicación de la *proper law* a los casos de responsabilidad extracontractual, en lugar de la regla *lex loci delicti commissi*. De esta forma, propone que se aplique la ley con la cual el caso presente la conexión más significativa, la cual no sólo será la del lugar del daño, sino que también podría tratarse del Derecho del lugar donde ocurrió la conducta dañosa o el de la residencia de las partes, entre otros. También significativo es el caso resuelto por la Corte de Apelaciones del Estado de Nueva York en 1954, *Auten c. Auten*, en el cual se aplicó el “*most significant test*”, en el cual se abandonó la solución tradicional en materia

⁷⁶⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 305.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 328.

contractual, para buscar el “centro de gravedad” de la relación⁷⁶⁸.

En ese mismo año, 1951, comienza a elaborarse el *Restatement II*, sobre conflicto de leyes, impulsado por las numerosas críticas formuladas al *Restatement I*. La base de la determinación del Derecho aplicable en este texto es el concepto de “*the most significant relationship*” o la más íntima vinculación. La filosofía básica del *Restatement II*, fue recogida por su Sección 6, de acuerdo con la cual, cuando no exista una directriz en el foro que indique inequívocamente el Derecho aplicable, el juez deberá determinar el ordenamiento jurídico que presente la “*most significant relationship*” con el caso en cuestión⁷⁶⁹.

Incontables fallos judiciales reflejan la preferencia de la jurisprudencia por el mejor derecho. Los autores estadounidenses han documentado que durante la era del *Restatement I* los tribunales con frecuencia recurrían a mecanismos de escape que les permitieran evitar el uso de normas inferiores. Algunos jueces subrayaban abiertamente la necesidad de alcanzar resultados sensatos en los casos internacionales.

La formulación del principio del vínculo más estrecho se ha atribuido a Westlake, quien en la primera edición de su obra “*Private International Law*”, publicada en 1958, se ha referido al “*system of law with the transaction has its closet and most real connection*”. Este principio continúa y desarrolla la concepción savignyana de la localización de las relaciones jurídicas y aprovecha la experiencia de la jurisprudencia angloamericana y, especialmente, de la suiza⁷⁷⁰: es lo que se ha llamado “principio de proximidad”, el cual ha surgido “como respuesta al reproche de abstracción adjudicado a la escuela savignyana, especialmente, pero no exclusivamente por los americanos”⁷⁷¹.

Tampoco la selectividad de resultados es exclusiva de los Estados Unidos. Algunas sentencias francesas atestiguan la habilidad de los tribunales europeos para alcanzar el resultado correcto a través de hábiles manipulaciones. En el famoso caso *Soulié*, del 01 de marzo de 1910, la *Cour de Cassation* recurrió al reenvío para evitar la aplicación de una ley racialmente discriminatoria de Luisiana, que hubiera impedido derechos sucesorios. En el caso *Caraslanis*, del 22 de junio de 1955, el tribunal calificó el antiguo requisito griego del matrimonio religioso como “formal” y no como “sustantivo”, para validar el matrimonio civil francés de ciudadanos griegos⁷⁷².

⁷⁶⁸ Madrid Martínez, Nuevas perspectivas para el Derecho internacional privado, en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Derecho internacional privado. Materiales para el estudio de la carrera de Derecho...*, ob. cit., Tomo I, pp. 466-467.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, pp. 467-468.

⁷⁷⁰ El principio del vínculo más estrecho se manifiesta en la jurisprudencia suiza, por primera vez en el caso “*Chevaleley*”, en 1934, pero manteniendo la idea de la voluntad hipotética. Ver a Romero, Fabiola, Artículo 30. Solución subsidiaria, en: T. B. de Maekelt / I. Esis / C. Resende (coord.), *Ley de Derecho internacional privado comentada...*, ob. cit., Tomo II, p. 785.

⁷⁷¹ Brogini citado por Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria..., ob. cit., p. 785.

⁷⁷² Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 192.

Queda claro que los ejemplos norteamericanos y franceses de manipulación orientada al resultado no son los únicos. Ernest Rabel señaló una extendida tendencia a recurrir a una panoplia de estratagemas con el propósito de evadir las consecuencias que se derivan ostensiblemente de las normas de conflicto ciegas a los valores⁷⁷³.

La respuesta europea no se hizo esperar, aunque la base siguió siendo el método savignyano, Alemania, Austria y Suiza, encabezaron un movimiento tendiente a dar una respuesta a la “crisis” por la cual estaba atravesando esta disciplina.

De esta forma, para llegar a la solución equitativa del caso concreto, los sistemas europeos, sin abandonar la clásica raíz savignyana, han adoptado ciertos correctivos entre los cuales debemos resaltar las transformaciones que ha sufrido la propia norma de conflicto en su estructura. A pesar de que se acepta que la norma indirecta es necesaria para dar solución a los supuestos de hecho con elementos de extranjería, sin embargo, la misma debe revestir ciertas características que pondrán en manos del juez, no sólo la determinación del Derecho aplicable, sino también la idónea aplicación del ordenamiento jurídico que resulte seleccionado, de manera de dar una solución justa al caso concreto⁷⁷⁴.

A pesar de la influencia de la revolución metodológica norteamericana en la codificación europea, ambos sistemas se dirigen a la búsqueda de valores diversos. Mientras el foro norteamericano se dirige hacia la búsqueda de la equidad, en Europa tiene más importancia la certeza legal. A la vez que los ordenamientos jurídicos del *Common Law* se han ido acercando a la formulación de ciertas directrices o *approaches* para dotar sus sistemas de un grado de certeza o previsibilidad, por su parte, los sistemas europeos han cedido ante la necesidad de flexibilizar sus normas sobre Derecho aplicable sin dejar de lado la codificación⁷⁷⁵.

En Europa, los tribunales se han valido de la interpretación, la calificación y otras figuras, de la llamada por Juenger “parte general” de esta disciplina⁷⁷⁶, para dotar sus sistemas de flexibilidad. De otro lado, la justicia material, también denominada “justicia del caso concreto”, es un objetivo de las normas de conflicto que se hace evidente en las que son consideradas como materialmente orientadas. Asimismo, debemos hacer referencia a la similitud entre el concepto de los “vínculos más estrechos”, propio de los sistemas continentales y “*the most significant relationship*”, conexión nacida de los sistemas del *Common Law*, la diferencia entre

⁷⁷³ “Bien sabemos que los tribunales intentarán muchas formas directas o intrincadas para satisfacer su sentido de justicia. Rechazarán una norma extranjera en base al orden público del foro. Clasificarán una norma extranjera no deseada como procedimiento extranjero inaplicable. Afimarán o negarán, con un objetivo deseado en mente, el domicilio de una persona. Y podemos confiar que los tribunales siempre seleccionarán, de dos vías posibles, aquella que los conduzca al resultado que les parezca preferible. Estas formas de sabiduría judicial no pueden cerrarse completamente, y no deberían serlo, mientras las normas de conflicto sigan siendo crudas y vagas”. Ernest Rabel citado por Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 192.

⁷⁷⁴ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 209.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 219.

⁷⁷⁶ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 191.

ambas conexiones estriba en el método utilizado para la determinación del Derecho aplicable y, el mismo dependerá, en todo caso, del principio que orienta unos y otros sistemas: la previsibilidad o flexibilidad⁷⁷⁷.

La norma indirecta debe adaptarse a las nuevas realidades, flexibilización, especialización y materialización son los caracteres que debe poseer una norma de conflicto. Generalmente los legisladores modernos sancionan reglas bilaterales de conflicto para resolver problemas contentivos de elementos extranjeros y la manera de redactarlas depende de las finalidades perseguidas por cada uno de ellos. Reglas rígidas son consagradas cuando se persigue la seguridad jurídica y la predictibilidad. Por el contrario, normas flexibles permiten a los jueces encontrar soluciones más adecuadas y efectuar las adaptaciones necesarias para atender las circunstancias particulares del caso concreto. Además, también pueden encontrarse soluciones intermedias, que pretenden garantizar la seguridad y la predictibilidad, pero al mismo tiempo, permiten un cierto grado de flexibilidad a fin de realizar la justicia sustantiva en la controversia.

Las normas de conflicto flexibles afectan en cierto modo la seguridad y la predictibilidad porque el tribunal debe determinar la “conexión más estrecha” en el caso particular, pero los resultados obtenidos pueden satisfacer los intereses involucrados. Las fórmulas de este tipo han sido llamadas *no rules* porque no determinan la ley aplicable y se limitan a presentar el problema de manera diferente, abandonan su determinación al tribunal, después de una adecuada consideración de todas las políticas perseguidas, tomando en cuenta el contenido de los diferentes sistemas jurídicos conectados con la controversia y cualesquiera otra circunstancias que puedan considerar apropiada⁷⁷⁸. Responden a la influencia de la revolución metodológica americana y por la doctrina de los grupos de contactos, consagrada por el *Restatement II*.

Es preciso incluir y mencionar como correctivos al método clásico, el principio de proximidad y la cláusula de escape, por su influencia en la consecución del objetivo del Derecho internacional privado, que es dar solución a los supuestos de tráfico jurídico externo.

2. El Principio de proximidad y la cláusula de escape

a. Principio de proximidad

El principio de proximidad desarrollado por Paul Lagarde⁷⁷⁹, como solución que va más allá de la simple búsqueda de la sede de la relación jurídica propuesta por Savigny, podría definirse como la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado con la relación

⁷⁷⁷ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 220-221.

⁷⁷⁸ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 268.

⁷⁷⁹ Llamado así por Paul Lagarde en *Cours Général de Droit International*, dictado en La Haya en 1986. B. de Maekelt, Antecedentes y metodología del Proyecto..., ob. cit., p. 74.

jurídica⁷⁸⁰. Entre las justificaciones que se han levantado a favor de este principio, se cuentan la uniformidad de resultados y la eliminación de relaciones jurídicas claudicantes, el respeto de las expectativas de las partes, el equilibrio entre los intereses de los Estados cuyos ordenamientos jurídicos están involucrados con la relación y la justicia en la solución del caso.

El autor francés no rechaza *a priori* el análisis de la naturaleza de la relación de derecho”, considera importante la determinación de la sede de la relación jurídica, en esto no se aparta del método clásico de Savigny, pero no lo considera suficiente⁷⁸¹. La selección de la sede de un supuesto de acuerdo con la propuesta de Savigny, implica operar sobre bases abstractas que pueden perder su coherencia al enfrentarse con las necesidades del caso concreto. La localización debe depender de las circunstancias del asunto que se esté considerando y no de los caracteres esenciales del género al que pertenece. La finalidad de este correctivo al método clásico responde a la necesidad de suministrar los elementos de orientación precisos para una correcta aplicación del sistema. Por lo tanto, el principio de proximidad no se plantea con carácter excluyente, convive con el de soberanía, el de la autonomía de la voluntad y el de la incorporación de una finalidad material a las normas de conflicto, su misión estriba en atemperar el juego de las normas que encuentran su fundamento en ellos⁷⁸². La norma de conflicto ideal que lo contiene constituye un correctivo funcional que puede y debe tomarse en cuenta al aplicar los demás preceptos conflictuales⁷⁸³. En las nuevas codificaciones pueden apreciarse ya indicios de su utilización.

Escribe Lagarde

ciertamente el principio de proximidad no se halla más cerca de la verdad de lo que se encuentra el principio de soberanía, por ejemplo. Simplemente está más cerca de la vida y ése es su título de grandeza. Al enseñarnos que ninguna voluntad política ni juez alguno, por puras que sean sus intenciones, pueden conseguir regular a través de sus leyes, durante mucho tiempo, relaciones de la vida que se encuentran fuera de su alcance, nos da una lección de modestia⁷⁸⁴.

Su ámbito de actuación se limitó, en un inicio, a las relaciones patrimoniales matrimoniales y a las obligaciones de tipo contractual y, aun cuando hoy día la mayoría de las codificaciones, tanto convencionales como estatales, se limitan a esta última materia, se ha aceptado que también las relaciones extracontractuales pueden ser objeto de la aplicación del Derecho más estrechamente vinculado⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 210.

⁷⁸¹ Lagarde, Paul, Cours générale de Droit International privé, en: *Recueil des Cours*, 1986, Tomo 196, p. 29.

⁷⁸² *Ibid.*, pp. 9 ss.

⁷⁸³ Espinar Vicente, *Ensayos sobre teoría general...*, ob. cit., p. 84.

⁷⁸⁴ Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le Droit international privé contemporain, en: *Recueil des Cours*, 1986, I, p. 194.

⁷⁸⁵ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 211.

Juenger señala en este sentido, que los legisladores no están directamente confrontados con las consecuencias de las normas para la selección del derecho que aprueban, ellos no sienten las mismas presiones que un juez que debe decidir el caso planteado. Además, quienes en la realidad redactan normas de conflicto son con frecuencia académicos apegados a una u otra doctrina ortodoxa. Sin embargo, abundan ejemplos de normas orientadas por el resultado. En la legislación así como en los pronunciamientos judiciales, la teleología puede adoptar distintas formas. Las técnicas disponibles son, los puntos de conexión flexibles, las disposiciones unilateralistas que favorecen la amplia aplicación de la *lex fori* progresista y las normas de referencia alternativas⁷⁸⁶.

El principio de proximidad ha sido consagrado, especialmente en materia contractual, a través de una especie de conexión subsidiaria, pues en estos casos sólo entra en juego a falta de elección expresa del Derecho aplicable por las partes⁷⁸⁷. Para ello se emplean fórmulas intermedias, de acuerdo con las cuales se procede a establecer una solución principal, consagrada como una regla rígida para garantizar seguridad y predictibilidad, pero al mismo tiempo es admitida la posibilidad de soluciones distintas en algunos casos concretos a fin de atender las exigencias de la justicia en la controversia particular. Tales excepciones no son sancionadas en forma rígida sino en términos vagos y generales, así el tribunal está facultado para desviarse de la solución establecida en todos los casos en los cuales una legislación diferente aparezca como la más apropiada, en vista de sus vínculos con el supuesto de hecho⁷⁸⁸.

El principio de la “conexión más estrecha” se encuentra sancionado por el artículo 4(1) del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980, que establece, “En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiere sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos...”, y para evitar la incertidumbre derivada de su funcionamiento, los párrafos segundo, tercero y cuarto del mismo artículo establecen varias reglas para determinar el país con el cual algunos contratos específicos deben presumirse más íntimamente conectados: el contrato presenta los vínculos más estrechos con el Estado donde tenga su residencia la parte que deba realizar la prestación característica, factor que ha sido severamente criticado por constituir una vuelta al clásico método savignyano y por favorecer a la parte más fuerte⁷⁸⁹. Sin embargo, estas presunciones no permiten una completa predicción del resultado porque, conforme al párrafo quinto, pueden ser desatendidas “si aparece de las circunstancias, consideradas

⁷⁸⁶ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 198.

⁷⁸⁷ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 211.

⁷⁸⁸ Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 269.

⁷⁸⁹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 211-212.

como una totalidad, que el contrato se encuentra más íntimamente conectado con otro país⁷⁹⁰.

El método utilizado suministra presunciones en lugar de reglas para determinar la conexión más estrecha, en un esfuerzo para llegar a un compromiso entre dos puntos de vista diferentes. El profesor Aubrey L. Diamond, agrega en este sentido:

Existen países que prefieren reglas rígidas, a ser aplicadas por el juez con el *mínimum* de discreción y la menor dificultad. Otros Estados prefieren la flexibilidad a una regla rígida que puede conducir a una respuesta equivocada en algunos casos; y se inclinan a reconocer al Juez suficiente libertad para seleccionar la solución correcta o, por lo menos, una respuesta más satisfactoria para la controversia particular. La Convención de Roma es un intento de complacer a los dos, pero como todo compromiso corre el riesgo de no satisfacer a ninguno⁷⁹¹.

La Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales consagra este principio en el artículo 9, al señalar “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos...”⁷⁹².

La Ley de Derecho internacional privado venezolana acoge el principio de proximidad en el artículo 30, conforme al cual el juez deberá determinar con cuál derecho se encuentra más vinculada la obligación. En estos casos la determinación del Derecho más estrechamente

⁷⁹⁰ Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma 19 de junio de 1980, art. 4: Ley aplicable a falta de elección: “1) En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los *vínculos más estrechos*. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. 2) Sin perjuicio del apartado 5, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel en que esté situado este otro establecimiento. 3) No obstante lo dispuesto en el apartado 2, en la medida en que el contrato tenga por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble. 4) El contrato de transporte de mercancías no estará sometido a la presunción del apartado 2. En este contrato, si el país en el que el transportista tiene su establecimiento principal en el momento de la celebración del contrato fuere también aquel en que esté situado el lugar de carga o de descarga o el establecimiento principal del expedidor, se presumirá que el contrato tiene sus vínculos más estrechos en este país. Para la aplicación del presente apartado, se considerarán como contrato de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo viaje u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías. 5) No se aplicará el apartado 2 cuando no pueda determinarse la prestación característica. Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”.

⁷⁹¹ Diamond citado por Parra-Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado*. ..., ob. cit., pp. 270-271.

⁷⁹² Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, art. 9: “Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptado por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato”.

vinculado debe estar orientada por los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato⁷⁹³. Por elementos subjetivos debe entenderse aquellos que se refieran a las partes, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia de las personas físicas, el establecimiento o sede principal o lugar de constitución de las personas jurídicas; y, los elementos objetivos, quedan reservados para aquellos que vinculan al contrato mismo con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, así, los principales son, el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato.

También se encuentra consagrado en la Ley húngara, artículo 25 y 29⁷⁹⁴; en el Código Civil alemán, artículo 28⁷⁹⁵; en la Ley suiza, artículo 117⁷⁹⁶; en el Código Civil de Quebec, artículo 3112 y 3113⁷⁹⁷; en la Ley australiana, artículo 9(6).

Algunas legislaciones han llegado a consagrar el principio de proximidad como una cláusula general. En estos supuestos, el propio legislador establece las conexiones que han de entenderse como expresión de un estrecho vínculo con la situación jurídica de que se trate. Es el caso de la Ley austriaca⁷⁹⁸, que en efecto, sanciona un conjunto de reglas para determinar la

⁷⁹³ Ley de Derecho internacional privado venezolana, art. 30: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho. También tomará en cuenta los principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”.

⁷⁹⁴ Decreto Ley No. 13 sobre Derecho internacional privado del Consejo Presidencial Húngaro (Gaceta Oficial, 31 de mayo de 1979), art. 29: “Si la ley aplicable no puede ser determinada en virtud de las disposiciones de los párrafos 24 a 28, el contrato se regirá por la ley del domicilio, de la residencia habitual o de la sede (de negocios) de la persona obligada a cumplir la prestación que caracteriza el contrato de modo primordial. Si la ley aplicable no puede ser determinada de acuerdo al procedimiento arriba establecido, regirá la ley que se considere más estrechamente vinculada con los elementos esenciales de la relación contractual particular”. Ver en: B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de clase para Derecho internacional privado...*, ob. cit., Tomo I, p. 351.

⁷⁹⁵ Código Civil Alemán. Ley de Introducción que contiene la reforma del Derecho internacional privado (1986), art. 28: “(1) En la medida en que el derecho aplicable al contrato no hubiere sido escogido conforme a las disposiciones del artículo 27, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos. No obstante si una parte del contrato fuera separable del resto y tuviese un vínculo más estrecho con otro Estado podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato, el derecho de este otro Estado. (2) Se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el Estado el cual la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual, o si se trata de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, se presume que el contrato presenta vínculos más estrechos con aquel Estado en el cual se encuentra situada su sede principal o sí, según el contrato, la prestación tuviese que ser realizada por un establecimiento distinto del principal, aquel Estado en que esté situado este otro establecimiento. Cuando la prestación característica no pueda ser determinada, el presente párrafo es inaplicable...”. *Ibid.*, p. 227.

⁷⁹⁶ Ley Federal Suiza sobre Derecho internacional privado (1988), art. 117: “(1) A falta de elección del derecho, el contrato está regido por el derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos. (2) estos vínculos se reputan existentes con el Estado en el cual la parte que deba cumplir la prestación característica tiene su residencia habitual o si el contrato es concluido en el ejercicio de una actividad profesional o comercial, en el lugar donde se encuentra su establecimiento...”. *Ibid.*, pp. 397-398.

⁷⁹⁷ Código Civil de la Provincia de Quebec. Ley que contiene la reforma del Libro Décimo (1991), art. 3112: “En la ausencia de designación de la ley en el acto o si la ley designada hace el acto jurídico inválido, los tribunales aplican la ley del Estado que, teniendo en cuenta la naturaleza del acto y las circunstancias que lo rodean, presenta los vínculos más estrechos con este acto”. Artículo 3113: “Se presume que existen los vínculos más estrechos con la ley del Estado en el cual la parte que debe suministrar la prestación característica del acto tiene su residencia o, si éste se concluyó en el curso de las actividades de una empresa, su establecimiento”. *Ibid.*, p. 266.

⁷⁹⁸ Ley Federal Austriaca sobre Derechos Internacional Privado (1978), art. 1: “(1) Las situaciones con elementos extranjeros están regidas, en materia de derecho privado, conforme al orden jurídico con el cual tengan el más fuerte vínculo. (2) Las normas especiales

legislación aplicable, pero en el párrafo segundo del artículo primero prescribe que todas ellas deben considerarse la expresión de un principio fundamental y básico de la Ley, a saber, “que los supuestos de hecho con elementos extranjeros deben ser decididos, en materias de derecho privado, de acuerdo con la legislación con la cual tiene los vínculos más estrechos”. Así todas las normas de conflicto se encuentran subordinadas al principio superior de la más íntima conexión. El cual también debe orientar su interpretación. El artículo 1 de la Ley califica como expresión de los vínculos más estrechos a todas las conexiones contenidas en la propia ley, lo que la convierte en una regla que no permite al juez apartarse del Derecho indicado por su norma de conflicto, pues, ese Derecho es considerado como aquél con el cual la relación presenta los vínculos más estrechos; por ello tal norma no ha de considerarse como una cláusula de escape⁷⁹⁹.

Observamos entonces, que la doctrina del vínculo más estrecho ha sido adoptada por el legislador, en forma global, de dos maneras: presumiendo que los factores de conexión indicados para cada supuesto de hecho, constituyen la conexión más estrecha, sin posibilidad de probar lo contrario, presunción *iures et de iure*, y permitiendo al juez completar lagunas e interpretar las normas contenidas en la misma ley, como es el caso de la Ley Federal austriaca; y con posibilidad de probar lo contrario, presunción *iuris tantum*, como es el caso de la Ley Federal suiza y del Código Civil de la Provincia de Quebec, las cuales consagran en sus artículos 15 y 3082, respectivamente, una “cláusula de escape de excepción”, que tiene por vocación corregir los factores de conexión establecidos por las normas de conflicto del foro⁸⁰⁰.

El principio de proximidad, casi sinónimo de idoneidad, desarrollado por Paul Lagarde como un elemento inseparable de la norma de conflicto, sea como principio general, Ley austriaca de 1978, sea como una excepción, Ley Suiza de 1989, es la médula del Derecho internacional privado actual⁸⁰¹.

b. La cláusula de escape

Un desconocido jurista Struve no ha dudado en predicar que el juez debía salvaguardar su libertad y desobedecer, ante una solución que estimase injusta, a su propio legislador⁸⁰². En nuestros días, Juenger pretende doctrinalmente poder prescindir de todo sistema de normas de conflicto⁸⁰³.

sobre el orden jurídico aplicable, contenidas en esta Ley Federal (normas de remisión) se consideran como expresión de este principio”. *Ibid.*, p. 335.

⁷⁹⁹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 212.

⁸⁰⁰ Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria. ..., ob. cit., p. 788-789.

⁸⁰¹ B. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 34.

⁸⁰² La cita la toma Pillet de K. G. von Wächter. García Velasco, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 197-198.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 198.

Las legislaciones actuales parecen haber conciliado, como acabamos de indicar, la oposición entre la perspectiva abstracta del legislador y la concreta y específica del juez por medio de las cláusulas de excepción. El legislador puede permitir al juez, a través del principio de proximidad, desatender un determinado Derecho, cuando considere que hay otro ordenamiento jurídico más vinculado con la situación jurídica concreta, hablamos de la “cláusula de escape”, también conocida como “cláusula de excepción”. Este mecanismo permite al juez “escapar” al Derecho indicado por su norma de conflicto, en los casos en que considere que el supuesto de tráfico jurídico externo presenta vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico. Esta es la razón por la cual se le entiende como un correctivo de la norma de conflicto, de lo cual se deriva que, para ponerse en funcionamiento, requiere que haya actuado la norma de conflicto y que ésta haya conducido a un Derecho con el cual la relación no tenga vínculos⁸⁰⁴. La cláusula de excepción puede abandonar el dominio de localización y conducir a una ley determinada por razones de orden material⁸⁰⁵.

Recurrir a una cláusula de escape supone la producción de un efecto inmediato y otro mediato. El efecto inmediato es la sustitución del Derecho designado por la norma de conflicto por otro Derecho que, con la relación concreta, presente los vínculos más estrechos. El juez, debe concretizar la cláusula de excepción *modo legislatoris*, reemplazando la ley competente por un Derecho que habría designado el propio legislador. El efecto mediato consiste en que el juez, al poner en funcionamiento la cláusula de excepción, formula una nueva norma de conflicto, modificando así su sistema de Derecho internacional privado⁸⁰⁶.

Juenger al respecto señala, utilizadas como un punto de conexión más que como una mera cláusula de escape, las frases típicas tales como “la conexión más significativa”, “fuerte” o “estrecha” invitan abiertamente a los jueces a crear derecho. Incluso los académicos que se oponen a la selectividad de resultados reconocen las atracciones de semejante enfoque no reglado, que algunos creen es el tema dominante del conflicto de leyes contemporáneo⁸⁰⁷.

Los puntos de conexión abiertos, que emulan la fórmula inglesa del derecho apropiado referida a la “conexión más estrecha y más real” y a la relación más significativa del *Restatement II*, han hecho progresos significativos en Europa. Ejemplo de la figura de la cláusula de escape, es el artículo 15 de la Ley suiza: “El derecho designado por la presente ley excepcionalmente no es aplicable si, a la vista del conjunto de circunstancias, es evidente que la causa no tiene un vínculo bien determinado con ese derecho y que se encuentra en una relación mucho más estrecha con otro derecho”. No obstante, el segundo párrafo del mismo artículo agrega:

⁸⁰⁴ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 212 ss.

⁸⁰⁵ Lagarde citado por García Velasco, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 201.

⁸⁰⁶ García Velasco, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 213.

⁸⁰⁷ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 200.

“Esta disposición no es aplicable en caso de elección del derecho”. De acuerdo con esta disposición, el juez sólo puede corregir la norma de conflicto en caso de que ésta no satisfaga el ideal de justicia del Derecho internacional privado, es decir, asegurar la aplicación de una ley con la cual el caso presente el lazo más estrecho⁸⁰⁸.

El poder de apreciación del juez se extiende únicamente a la determinación de la graduación del vínculo de una situación con uno u otro Derecho. La cláusula contenida en el artículo 15(1) de la Ley suiza debe ser interpretada en sentido restrictivo y limitado exclusivamente a la justicia de la conexión, a la justicia del Derecho internacional privado.

La solución suiza inspiró y aparece reproducida en el artículo 3082 del Código Civil de la Provincia de Quebec⁸⁰⁹.

El artículo 4(5) del Convenio de Roma, que establece: “. . . Las presunciones de los apartados 2, 3 y 4 quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país”. La cláusula de escape descarta la presunción de la prestación característica, cuando la misma no pueda ser determinada o cuando resulte, del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta los vínculos más estrechos con otro ordenamiento jurídico⁸¹⁰. En este sentido destaca el método empleado por los tribunales alemanes, al recurrir a la cláusula de escape antes que a las presunciones establecidas en los apartados citados⁸¹¹.

También se menciona la sección 6 del *Restatement II*, la cual enuncia unos principios que permiten al juez formular una norma de conflicto, cuando se produzca una laguna en este sentido. Se afirma que aunque exista una norma formal rígida, en casos excepcionales, la sección 6 puede cumplir una función correctiva de tal disposición, a manera de cláusula de escape⁸¹².

Sobre la “cláusula de escape o de excepción”, la doctrina ha manifestado opiniones divergentes. Mientras unos expresan “ella parece ser el corazón del sistema”⁸¹³; para otros esta cláusula “podría venir en ayuda de las partes cuando la ley normalmente aplicable se revela totalmente inadaptada a sus necesidades” (Vischer). Por otra parte, para Wengler, llega a

⁸⁰⁸ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., p. 213

⁸⁰⁹ Código Civil de la Provincia de Quebec. Ley que contiene la reforma del Libro Décimo, art. 3082: “A título excepcional, la ley designada por el presente libro no es aplicable si, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias, es manifiesto que la situación no tiene sino un vínculo lejano con esta ley, y que ella se encuentra en relación mucho más estrecha con la ley de otro Estado. La presente disposición no se aplicará cuando la ley esté designada en un acto jurídico.” Ver en B. de Maekelt et al. (coord.), *Material de Clase para Derecho internacional privado*. . . , Tomo I, ob. cit., p. 261.

⁸¹⁰ Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria. . . , ob. cit., p. 787.

⁸¹¹ Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., p. 214.

⁸¹² Hay, Peter, Flexibility versus predictability and uniformity in Choice of law (reflexions on current European and United States conflicts law), en: *Recueil des Cours*, 1991, I, Tomo 226, pp. 281 ss.; Madrid Martínez, *La norma de Derecho internacional privado*. . . , ob. cit., p. 214.

⁸¹³ Brogini citado por Romero, Artículo 30. Solución subsidiaria. . . , ob. cit., p. 789.

considerarla como una “violación del derecho fundamental a la seguridad jurídica”⁸¹⁴. El principio de proximidad está normalmente acompañado de ciertas directrices para la determinación de ese Derecho más estrechamente vinculado, no puede afirmarse que se produzca una pérdida absoluta de seguridad jurídica.

Conclusiones

El juicio de valor en Derecho internacional privado permite establecer si una solución es justa o no, si responde a los intereses en presencia, hecho lo cual, el intérprete jurídico deberá atender a las herramientas que le ofrece su propio ordenamiento jurídico con el objeto de prevenir las posibles injusticias derivadas de la normal actuación de sus reglas de conflicto. Tales herramientas son, la calificación, la cuestión incidental, la adaptación y las situaciones jurídicas válidamente creadas, desde el momento en que pueden coadyuvar al juez a desatender el derecho declarado aplicable por la norma de conflicto.

La flexibilización del método indirecto o conflictual que continúa siendo el eje metodológico de esta disciplina, involucra de una manera muy amplia al juez, que exige trabajo de investigación y el empleo del Derecho comparado, a veces más complicado que la aplicación del método clásico conflictual, y esta tendencia obliga a repensar la función que están destinadas a cumplir las instituciones generales.

El Derecho internacional privado sólo puede tener una función material, al igual que cualquier otra rama del Derecho, que consiste en dar una respuesta materialmente justa a los conflictos de intereses que se suscitan en las relaciones jurídico-privadas que se diferencian por presentar un elemento de extranjería. Esta evolución de nuestra disciplina en la cual su fin primordial es la solución equitativa del caso concreto, ha permitido que las instituciones generales tradicionales adquieran el carácter de “valorativas”, contribuyendo así a la consecución de ese fin. La calificación, en especial la calificación autónoma y la funcional; la institución desconocida que tradicionalmente se ha calificado como negativa, porque conducía a rechazar la aplicación del Derecho extranjero, ahora obliga a revisar el Derecho del juez a través del análisis de la función social o económica que está llamada a cumplir; la cuestión incidental, le confiere al juez la posibilidad de escoger entre la solución *lex fori* o autónoma y la solución *lex causae* o jerarquizada; la adaptación cuyo funcionamiento traslada al juez facultades para desatender y modificar las normas en juego; la contribución al desarrollo del Derecho internacional privado de la doctrina de las situaciones válidamente creadas, cuando se acepta que un derecho pueda ser adquirido válidamente conforme a un Derecho distinto del normalmente aplicable. Todas ellas contribuyen en la actualidad a la consecución de una solución equitativa.

⁸¹⁴ F. Visher y Wengler citado por García Velasco, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 201.

El abandono de las concepciones formales y la incorporación de una mayor carga de valores en las normas, determina una preocupación menor por cuál es el Derecho extranjero aplicable y una mayor preocupación por cuáles son las condiciones para que puedan constituirse o desplegar sus efectos las relaciones o situaciones jurídicas del tráfico externo.

Asimismo, la finalidad del principio de proximidad como correctivo del sistema conflictual, responde a la necesidad de suministrar los elementos de orientación precisos para una correcta aplicación del sistema. Este principio no se plantea con carácter excluyente, convive con el principio de soberanía, el de la autonomía de la voluntad y el de la incorporación de una finalidad material a los preceptos de atribución, su misión estriba en atemperar la actuación de las normas que encuentran su fundamento en ellos. En las nuevas codificaciones, el legislador le ofrece la posibilidad al juez de, a través del principio de proximidad, desaplicar el Derecho designado por la normal actuación de la regla de conflicto y aplicar otro, cuando lo considere más vinculado con la relación jurídica concreta, hablamos de la cláusula de escape. Las normas de conflicto que contengan estas técnicas constituyen un correctivo funcional que puede y debe tomarse en cuenta al aplicar las demás normas conflictuales, para lograr de igual forma la solución más justa y equitativa.

Podemos concluir afirmando que, las instituciones valorativas nacen como herramientas o mecanismos para permitirle al juez la búsqueda y aplicación de la solución más justa posible en cada caso concreto y hacer efectiva la justicia material. Perelman se refiere a una conclusión generalmente aceptada en nuestros días, fruto del abandono de una concepción formalista y legalista: “el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos, razonable”⁸¹⁵.

⁸¹⁵ Perelman citado por Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 81.