

Derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero. Una mirada *iusprivatista* *

Milagros Gómez Bastidas**

AMDIPC, 2024, No. 6, pp. 17-87.

No existe el derecho a insultar, ni tampoco el derecho a amenazar, nadie tiene derecho a difundir odio.

La libertad de expresión no ampara los crímenes como la difamación, difundir noticias falsas a sabiendas, ni revelar datos de carácter personal.

Ningún derecho concede derechos para violar el resto de derechos.

Concepción Méndez

Concejal del Partido Socialista Español (PSOE)

Resumen

Este trabajo tiene como objetivo presentar una mirada *iusprivatista* sobre los derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero, también denominados situaciones jurídicas válidamente creadas conforme a un Derecho extranjero, a la luz del sistema venezolano de Derecho internacional privado. Su fin último es esclarecer el sentido y alcance de esta institución general, lo cual, a su vez, puede ayudar en el futuro a los operadores jurídicos en su correcta aplicación y, por consiguiente, a que se cristalice la finalidad de reconocer sin trabas los derechos o situaciones jurídicas que se han creado por un Derecho extranjero.

La noción de los derechos adquiridos en un principio se consideró como fundamento del Derecho internacional privado y, actualmente, desempeña una triple función: fundamento de la aplicación del Derecho extranjero; mecanismo para hallar el Derecho competente en un caso concreto; y, por último, en el marco de la aplicación del orden público de manera general.

Este trabajo inicia con un estudio de las doctrinas expuestas por los autores clásicos sobre la materia; y se hace referencia a los antecedentes de la institución general de los derechos adquiridos, comenzando con la teoría de los *vested rights* y terminando con su evolución e influencia internacional. Luego, se aborda el reconocimiento de los derechos válidamente adquiridos conforme a un Derecho extranjero en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, tanto desde la regulación como de su aplicación práctica.

El método empleado en esta investigación es documental y cualitativo, con apoyo en la doctrina nacional y extranjera, la normativa convencional e interna y la jurisprudencia.

* Trabajo defendido, aprobado y calificado como excelente, el 21 de junio de 2012. Actuó como tutora la profesora Claudia Madrid Martínez, y la acompañaron, como miembros del jurado, los profesores Eugenio Hernández-Bretón y Yanitza Pérez Pacheco. La versión que hoy se publica fue modificada por la autora.

** *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. Especialista en Derecho y Políticas Internacionales. Abogada. Licenciada en Comunicación Social. Universidad Central de Venezuela. Investigador Legislativo IV en el Poder Legislativo Nacional de Venezuela. Participante como experta en Derecho Internacional Privado en jurisdicciones de diferentes países. Profesora de Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional en la Universidad Católica Andrés Bello.

Abstract

The purpose of this paper is to present an iusprivatist view on the rights acquired under a foreign Law, also known as legal situations, validly created under a foreign Law, in the light of the Venezuelan system of Private International Law. Its ultimate purpose is to clarify the meaning and scope of this general institution, which, in turn, may in the future help legal operators in its correct application and, consequently, to crystallize the purpose of recognizing without hindrance the rights or legal situations that have been created by a foreign Law.

The notion of acquired rights was initially considered as the foundation of Private International Law and, nowadays, it plays a triple role: foundation of the application of foreign Law; mechanism to find the applicable Law in a specific case; and, finally, in the framework of the application of ordre public in a general way.

This work begins with a study of the scholars expounded by the classical authors on the subject; reference is made to the background of the general institution of vested rights, beginning with the theory of vested rights and ending with its evolution and international influence. Then, the recognition of the rights validly acquired under a foreign law in the Venezuelan system of Private International Law is addressed, both from the regulation and its practical application.

The method used in this research is documentary and qualitative, with support in national and foreign doctrine, conventional and internal regulations and jurisprudence.

Palabras clave

Derechos adquiridos. Situaciones jurídicas válidamente creadas. Criterios internacionalmente admisibles. Derecho extranjero.

Key Words

Vested rights. Validly created legal situations. Internationally admissible criteria. Foreign Law.

Sumario

Introducción. I. Importancia de la teoría general del Derecho internacional privado y de las instituciones generales. A. Desarrollo histórico en torno a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero. 1. *Comitas Gentium*: Ulrico Huber. 2. Comunidad jurídica internacional: Federico Carlos de Savigny. B. Teoría de los *vested rights*. C. Igualdad entre la noción de derechos adquiridos y *vested rights*. D. La Teoría de los derechos adquiridos como excepción a la aplicación de las normas de conflicto del foro. E. Influencia internacional de la teoría de los derechos adquiridos. II. Reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero; A. Sistema venezolano de Derecho internacional privado B. Soluciones convencionales. 1. Código Bustamante. 2. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. a. Antecedentes. b. Artículo 7. C. Soluciones nacionales: Ley de Derecho Internacional Privado (1998) 1. Antecedentes del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. a. Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado de 1912 (Proyecto Arcaya). b Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963). c. Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1965). d. Influencia de tratados y convenciones internacionales. D. Análisis del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. 1. Requisitos para el reconocimiento: criterios internacionalmente admisibles. a. Doctrina extranjera. b. Doctrina nacional. 2. Excepciones para el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas. a. Que la situación no contradiga los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. b. Que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva. c. Que sean manifiestamente incompatibles con

los principios esenciales del orden público venezolano 3. Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y reconocimiento de sentencias. E. Normas especiales de derechos adquiridos en la Ley de Derecho Internacional Privado. F. Jurisprudencia venezolana. G Derecho comparado. 1 Soluciones generales. 2. Soluciones particulares. Conclusiones.

Introducción

El reconocimiento de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero es una de las instituciones generales del Derecho internacional privado que se consideran valorativas por ser fundamental, no sólo en la flexibilización del método conflictual, sino para conseguir los fines de este.

Esta institución fue considerada en un principio como fundamento para la aplicación del Derecho extranjero; sin embargo, hoy en día, representa una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe motivo que justifique su intervención.

Los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, es una institución que ha sido poco utilizada en la práctica por los tribunales de la República, a pesar de su consagración en el sistema venezolano de Derecho internacional privado y de la existencia de bibliografía nacional y extranjera sobre la materia, lo que motivó el estudio exhaustivo de la misma para identificar las posibles causas que actualmente limitan su uso y, los resultados de ese estudio se ofrecen como guía que ilustre al operador jurídico en la aplicación eficaz de la mencionada institución.

Este trabajo se dividió en dos partes. La primera, se refiere a la importancia de la teoría general del Derecho internacional privado y de las Instituciones Generales, comenzando por el desarrollo histórico en torno a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, haciendo referencia aquí a la “*Comitas Gentium*”, a la comunidad jurídica internacional y a la teoría de los *vested rights*. Se incluye también aquí, la igualdad de la noción derechos adquiridos y *vested rights*; así como un relato sucinto de la teoría de los derechos adquiridos como excepción a la aplicación de las normas de conflicto del foro y finalmente, se hace referencia a la influencia internacional de la teoría de los derechos adquiridos.

En la segunda parte, se plantea la problemática del reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente conforme a un Derecho extranjero en el sistema venezolano de Derecho internacional privado y lo que muestra la experiencia práctica, haciendo referencia a las soluciones convencionales en la materia, específicamente las contenidas en el Código Bustamante y en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, tomando en cuenta aquí la influencia que en la misma, tuvieron los Proyectos venezolanos de Ley de Derecho Internacional Privado de 1963 y 1965.

Igualmente, se analizó el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y las excepciones al reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas conforme al citado artículo; haciendo especial énfasis en los criterios internacionalmente admisibles y en el cumplimiento de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, para contribuir al reconocimiento eficaz en Venezuela de los derechos adquiridos válidamente al amparo de ordenamientos jurídicos extranjeros.

En definitiva, este trabajo demuestra, de manera fehaciente, que a pesar de las críticas que puedan hacerse a esta institución general, no cabe duda, que hoy en día los derechos adquiridos tienen una esfera propia de existencia dentro del Derecho internacional privado.

I. Importancia de la teoría general del Derecho internacional privado y de las instituciones generales

Muy lejos de poseer contornos perfectamente delimitados, el Derecho internacional privado es una rama del Derecho en la cual confluyen pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales y órganos judiciales y administrativos, actuando en cada Estado. En un lenguaje más sencillo: El Derecho internacional privado es una disciplina que tiene su presupuesto en “la movilidad social, derivada del carácter cosmopolita del hombre, y es precisamente esta movilidad, la que conectará a las relaciones jurídicas de los individuos con dos o más ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes”¹.

Como toda disciplina jurídica, el Derecho internacional privado consta no sólo de una parte especial sino de lo que se conoce como teoría general; integrada ésta, entre otras cosas, por las llamadas Instituciones Generales: reenvío, calificación, fraude a la ley, orden público internacional, cuestión incidental, institución desconocida, adaptación y derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero.

En Venezuela una de las grandes defensoras de las instituciones generales del derecho internacional privado fue la experta *iusprivatista*, Tatiana de Maekelt² y su influencia a favor de éstas se evidenció siempre a lo largo de su obra³; inclusive consideró como indispensable incorporar en el primer capítulo de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana⁴ (LDIP), la regulación de lo relativo a los problemas técnicos generales que implican la solución

¹ Maekelt, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 22.

² Maekelt, *Teoría general del Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 283

³ Maekelt, Tatiana, *Normas generales de Derecho internacional privado en América*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1984, pp. 31-32.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial No. 36.511 de fecha 6 de agosto de 1998 y con una *vacatio legis* de 6 meses.

del conflicto de leyes⁵ ya que en su opinión las Instituciones Generales desde “su nacimiento, han sido elementos coadyuvantes para que el juez pudiese encontrar la solución más justa”⁶.

Sin embargo, estas instituciones han recibido también, en el transcurso del tiempo y de la historia, innumerables críticas en su contra, por considerarlas “abstractas e inútiles en la solución de casos con elementos extraños”⁷, incluso considerándolas “perturbadores engendros”⁸ más aún, si se toma en cuenta que dos de los grandes estudiosos de esta disciplina como Joseph Story y Federico Carlos de Savigny “construyeron extraordinarias soluciones en materia de Derecho internacional privado sin ellas”⁹.

Entre las principales críticas que se les hacen a las instituciones generales del derecho internacional privado está la referida a que éstas buscan impartir, fundamentalmente, justicia formal. No obstante, se debe recordar que el Derecho internacional privado como un todo ha ido evolucionando y tiene como objeto último lograr la justicia material de cada caso concreto; lo cual se conseguiría reconociendo “la necesidad de una revisión metodológica orientada a la conciliación de una adecuada técnica jurídica (justicia formal) con el resultado justo y equitativo de cada caso concreto (justicia material)”¹⁰, por lo que no cabe duda que en ello las instituciones generales ejercen una influencia fundamental, “debido a que constituyen elementos que coadyuvan al juez en la búsqueda de la solución en el marco de intereses y del logro de la justicia material del caso concreto”¹¹.

Hasta el momento no se ha logrado diseñar un instrumento útil que sustituya de manera efectiva a estas instituciones, porque, tal como lo sostiene la mayoría de la doctrina *iusprivatista* y en particular la venezolana, hay que “seguir insistiendo en las instituciones generales”¹², pues no es posible que exista una rama científica sin una teoría general. Es siempre la parte general “la prenda de la científicidad de la disciplina”¹³.

La gran mayoría de los estudiosos del Derecho internacional privado coincide en afirmar que éste regula los casos en los cuales confluyen más de un ordenamiento jurídico potencialmente aplicables a una relación jurídica, por tanto, se hace necesario escoger el

⁵ Maekelt, Tatiana, Ley de Derecho Internacional Privado. Tres Años de su vigencia (Discurso de Incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales), en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2008, No. 142, p. 117.

⁶ Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado. . . , ob. cit., p. 32.

⁷ Juenger, Friedrich K., How do you rate a century? en: *Willamette Law Review*, 2001, Vol. 37, No. 1, 2001, pp 89-95.

⁸ Juenger, Friedrich K, *Derecho internacional privado y justicia material* (Trad. D. Fernández y C. Fresno), México, Editorial Porrúa, 2006, p. 77.

⁹ Juenger, How do you. . . , ob. cit., pp. 93-95.

¹⁰ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones Generales en la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, en: *Revista de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*, 2000, No. 117, p. 108.

¹¹ Maekelt, *Teoría general del Derecho* . . . , ob. cit., p. 284.

¹² Maekelt, *Teoría general del Derecho* . . . , ob. cit., p. 283.

¹³ Goldschmidt, Werner, Normas Generales de la CIDIP II. Hacia una Teoría General del Derecho Internacional Privado Interamericano, en: *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, p. 154.

Derecho que garantice el resultado más adecuado. Ésta es la concepción tradicional que hoy por hoy resulta restrictiva, pues la relación con elementos de extranjería hace necesario estudiar no sólo el Derecho aplicable, sino también tópicos tales como los aspectos relativos al Derecho procesal internacional, los cuales están referidos, principalmente, a la determinación de la jurisdicción y a la eficacia extraterritorial de actos y sentencias y otros elementos como la nacionalidad o el domicilio, dependiendo del elemento adoptado por el sistema en cuestión.

De esta manera, se concibe que “el objeto del DIP, es el estudio de los diversos métodos que se emplean para la resolución de problemas derivados del tráfico jurídico privado internacional”¹⁴. En otras palabras, “el objeto del Derecho internacional privado se sitúa en aquellos supuestos de hecho que implican a particulares, personas físicas o jurídicas, cuando éste se encuentra conectado con varios ordenamientos jurídicos”¹⁵.

Este trabajo gira alrededor del mundo del conflicto de leyes, la parte del Derecho internacional privado de la cual viene ese convencimiento, casi generalizado, de que esta disciplina es harto difícil¹⁶.

No obstante, aunque “el ámbito del conflicto de leyes es una ciénaga sombría, llena de falsos atoladeros, y habitada por sabios pero excéntricos profesores que teorizan acerca de materias misteriosas en una jerga extraña e incomprensible”¹⁷, sus enigmas ejercen una fascinante atracción sobre muchos de los que han estado, están y estarán relacionados con el mundo del Derecho, aun cuando el asunto siga “empantanado en misterio y confusión”¹⁸.

A pesar de las críticas, aun no se ha logrado diseñar un instrumento útil que pueda desplazar totalmente la teoría general del Derecho internacional privado, tal como se afirmara *supra*. Esto refleja su importancia, vigencia y por añadidura, su necesidad en la “aldea global” hacia la cual marcha aceleradamente la “nueva realidad contemporánea”¹⁹.

La polémica generada por las Instituciones Generales desde su controversial aparición, abarca hasta su propia terminología conceptual. Muchos piensan que ésta es a veces no sólo difícil e incomprensible, sino también “vetusta y esotérica”²⁰. Otros, por el contrario, justifican

¹⁴ Perezniato Castro, Leonel, *Derecho internacional privado. Parte general*, México, Oxford University Press, 8ª ed., 2008, p. 15.

¹⁵ González Martín, Nuria, *Lecciones de Derecho internacional privado mexicano. Parte general*, México, Edit. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 14.

¹⁶ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 1.

¹⁷ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 4.

¹⁸ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 4.

¹⁹ Rapoport, Mario, *Globalización, integración e identidad nacional. Análisis comparado Argentina-Canadá*, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, 1994, p. 9.

²⁰ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 4.

el uso de dichas Instituciones bajo la premisa que no existe ciencia sin el descubrimiento de los problemas generales y sin el método que permita sistematizar toda la materia²¹.

Si bien actualmente hay propensión a aumentar las normas materiales para darle solución a los casos en los cuales están presentes elementos de extranjería²², las instituciones generales siguen siendo imprescindibles para avanzar hacia la flexibilización del método conflictual y alcanzar con ello el fin primigenio que persigue el Derecho internacional privado: la búsqueda de la justicia material del caso concreto²³.

Es así, como dentro de las Instituciones Generales que actúan como “elementos coadyuvantes del juez en la búsqueda de la solución equitativa del caso concreto”²⁴ se tienen aquellas concernientes a la naturaleza, alcance y modalidades de la aplicación del Derecho extranjero, entre las cuales se encuentra el reenvío, regulado en la Ley de Derecho Internacional Privado en el artículo 4²⁵ y el cual se origina en el denominado “conflicto negativo de leyes” o dicho de otro modo, cuando tanto la norma del foro como la correspondiente norma del Derecho extranjero declarado aplicable “se inhiben de la regulación del supuesto al estimar que ninguna de las dos es competente”²⁶.

También forman parte de las Instituciones Generales la calificación y el fraude a la ley. La calificación supone aquella situación en la cual el juez al encontrarse frente a un litigio con elementos extranjeros debe proceder, en primer término, a definir el objeto de la pretensión de las partes y a seleccionar la norma de conflicto aplicable. En segundo término, debe interpretar el factor de conexión que vincule al litigio con un ordenamiento jurídico determinado, de manera que a través de este último emerja el Derecho material aplicable y finalmente, debe determinar dentro de ese Derecho concreto “que parte es la que debe regir la situación que se ha presentado”²⁷.

²¹ Goldschmidt, Werner, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 2ª ed., 1958, Tomo I, pp. 14-15.

²² Madrid Martínez, Claudia, *La Norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004, p. 2.

²³ Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 8. En el mismo sentido Maekelt, Tatiana, Antecedentes y metodología del Proyecto. Parte general del Derecho internacional privado, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, Comentarios, 1996*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, p. 25.

²⁴ Maekelt, *Teoría general del...*, ob. cit., p. 214.

²⁵ LDIP, art. 4: “Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el derecho de un tercer Estado que, a su vez se declare competente, deberá aplicarse el derecho interno de este tercer Estado.

Quando el derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho venezolano el Derecho venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”.

²⁶ Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 2ª ed., 2001, p. 232.

²⁷ Pérez Vera, Elisa y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2ª ed., 2000, Tomo I, p. 129.

Por su parte, la noción del fraude a la ley se refiere a la realización de un acto lícito “para la consecución de un resultado antijurídico”²⁸. El fraude a la ley, como una de las instituciones negativas de Derecho internacional privado, rechaza la aplicación del Derecho extranjero una vez que se comprueba la intención fraudulenta en la manipulación del factor de conexión, con el objeto de eludir las normas imperativas de un ordenamiento jurídico determinado²⁹.

Por diferentes razones la Ley de Derecho Internacional Privado no regula estas dos últimas instituciones. En lo referente a la calificación, el legislador consideró que estando frente a una Institución en plena evolución, “debería dejarse a la libertad del juez la aplicación de las alternativas más adecuadas, con franca tendencia hacia la calificación autónoma”³⁰ y respecto al fraude a la ley porque ésta es una Institución que aunque controversial, su utilidad siempre se ha cuestionado por la dificultad que conlleva probar “la intención subjetiva de cometer el fraude”³¹.

Otra institución general de la disciplina es el denominado orden público en el Derecho internacional privado³², figura que “constituye una excepción a la normal aplicación del Derecho extranjero a una relación con elementos de extranjería, cuando ese derecho extranjero sea ‘manifiestamente incompatible’ con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano”³³.

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado el orden público se regula de manera mixta, es decir, considerándolo en sus dos concepciones: a priori y a posteriori. Así, en el Código de Derecho Internacional Privado, mejor conocido como Código Bustamante³⁴, se evidencia la concepción territorialista de principios del Siglo XX (1928) y se utiliza de manera abusiva la concepción apriorística de la figura del orden público.

En cambio, tanto la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado³⁵, como las otras Convenciones Interamericanas, a excepción de la Convención sobre Pruebas e Información acerca del Derecho extranjero, las Convenciones de La Haya y la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana consagran la figura desde la

²⁸ Miñaja de la Muela, Adolfo, *Derecho internacional privado*, Madrid, Gráficas Orbe, 2ª ed., 1956, Tomo I, p. 343.

²⁹ Madrid Martínez, *Instituciones generales en...*, ob. cit., p. 137.

³⁰ Maekelt, *Teoría general...*, ob. cit., p. 214.

³¹ Maekelt, *Antecedentes y metodología del Proyecto...*, ob. cit. p. 47.

³² Es necesario aclarar que orden público en el Derecho Internacional Privado es la expresión correcta para referirse a esta Institución y no orden público internacional que más bien insinúa la preexistencia de una lista de principios universalmente aceptados. Ver: 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. revisada, 1998, p. 129.

³³ Madrid Martínez, *Instituciones Generales en...*, ob. cit., pp. 109-110.

³⁴ Ley aprobatoria promulgada en fecha 23 de diciembre de 1931, depósito de instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1932, publicado en Gaceta Oficial del 9 de abril de 1932.

³⁵ Suscrita en el marco de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979), ratificada por Venezuela y publicada en la Gaceta Oficial No. 33.252, 26 de junio de 1985.

concepción *a posteriori*, es decir, el orden público interviene después de que actúa la norma de conflicto. Es posterior a la determinación del Derecho extranjero aplicable, y se activa cuando, al cotejar los resultados de su aplicación con los principios esenciales del Derecho del foro, se comprueba la manifiesta incompatibilidad entre ellos. Esto trae como consecuencia la desaplicación de tal Derecho extranjero.

Dentro del Derecho internacional privado, la cuestión incidental, figura que condiciona la solución de una cuestión principal, plantea un problema de “determinación del derecho aplicable” siempre y cuando, concurren tres requisitos:

1. La cuestión principal debe estar gobernada a requerimiento de la norma de conflicto del foro, por un Derecho extranjero; 2. La cuestión subsidiaria o accesoria con elementos de extranjería deviene en cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia; y 3. La norma de conflicto competente para regir la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal³⁶.

Ante este problema, el sistema venezolano de Derecho internacional privado permite que el juez determine el Derecho aplicable a la cuestión incidental, bien recurriendo a sus propias normas de conflicto (*Lex fori*), bien recurriendo a las normas de conflicto del Derecho que rige la cuestión principal (*Lex causae*). Así se reconoce tanto en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado como la Ley De Derecho Internacional Privado.

También se debe mencionar, dentro de las instituciones generales del Derecho internacional privado, a la institución desconocida. En sus comienzos, esta figura tenía como efecto el rechazo a la aplicación del Derecho extranjero (por inexistencia o desconocimiento) en el ordenamiento del juez de determinadas situaciones. En la actualidad, producto de su evolución, ha resultado que el rechazo del Derecho extranjero a través de esta institución general está en franca disminución, debido a que desde su nueva dimensión se “obliga a revisar el derecho del juez, para determinar si no existen procedimientos o instituciones análogas”³⁷ a la consagrada por el Derecho extranjero, antes de descartar su aplicación.

Otra institución que resulta de gran importancia para la flexibilización del Derecho internacional privado y para la consecución de la justicia material, es la adaptación. Esta institución implica una metamorfosis de la norma de conflicto o de las normas materiales concurrentemente aplicables, “para que pueda tener lugar una regulación armoniosa y coherente del supuesto internacional”³⁸.

³⁶ Madrid Martínez, Instituciones Generales en..., ob. cit., p. 121-122.

³⁷ Madrid Martínez, Instituciones Generales en..., ob. cit., p. 125.

³⁸ Madrid Martínez, Instituciones Generales en..., ob. cit., p. 133.

Finalmente, dentro de las instituciones generales destaca la referida al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, conocida también como la teoría de los “*vested rights*”, la cual es equiparada por un sector de la doctrina a los derechos adquiridos³⁹, tema que constituye el objeto del presente trabajo.

En definitiva, cada una de las Instituciones Generales, con sus peculiaridades y sus ámbitos de aplicación, contribuyen al desarrollo del Derecho internacional privado en correlación a lo que imponen las nuevas realidades del tráfico jurídico internacional.

A. Desarrollo histórico en torno a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero

En opinión de Savigny, como parte del normal funcionamiento de la comunidad jurídica internacional, había que reconocer las situaciones jurídicas que se constituyeran válidamente conforme a ordenamientos jurídicos determinados, y señaló que debía aplicarse el Derecho local para examinar si tales situaciones habían sido válidamente adquiridas⁴⁰. Estos razonamientos de Savigny han sido cuestionados por considerarlos superfluos, comparados con los de Story y Wächter⁴¹.

Sin embargo, la primera consideración teórica que hizo el Derecho internacional privado de los derechos válidamente adquiridos o situaciones jurídicas creadas bajo el amparo de un Derecho extranjero, fue al referirse a los fundamentos de la aplicación extraterritorial del Derecho, es decir, para responder a la interrogante de ¿Por qué se aplica el Derecho extranjero a determinadas situaciones?⁴².

A continuación, se presenta un breve recorrido por la evolución del Derecho internacional privado, para determinar en ella la consideración de la figura de los derechos adquiridos.

Durante la vigencia del Derecho romano, el *Ius Civile* dejaba fuera ciertas relaciones en las que estaban involucrados los extranjeros⁴³. En el caso de los Peregrinos —extranjeros

³⁹ Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 180.

⁴⁰ Savigny, Federico Carlos, *Sistema de Derecho romano actual* (Trad. J. Mesía y M. Poley), Madrid, F. Góngora y Compañía Editores, 1849, Tomo VIII, pp. 139-140 y 201.

⁴¹ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 41.

⁴² Esta tesis compartía con otros planteamientos para responder esta pregunta: a) tesis utilitarias (*comitas gentium* y reciprocidad); b) tesis políticas (deber de justicia internacional/nacionalidad); c) tesis jurídicas (comunidad jurídica internacional y derechos adquiridos).

⁴³ Señala José María Espinar Vicente que, “existen imperativos racionales que, desde los inicios de la historia del Derecho, han operado como correctivos de la concepción adoptada por cada pueblo —y en cada época— sobre tales límites. En un principio ideal, utópico y ucrónicamente considerado, el grupo se daba sus propias reglas y se cerraba a cualquier contacto con individuos ajenos a su comunidad. No cabía la posibilidad de establecer ninguna relación de derecho con ellos, sencillamente porque ‘ellos’ no eran personas a los efectos jurídicos necesarios”. Espinar Vicente, José María, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997, p. 23.

pertenecientes a territorios no enemigos del Derecho romano— se les nombraba un Pretor, llamado por ello Pretor Peregrino, que tenía como misión adaptar los conceptos del Derecho Civil a esas relaciones no reguladas. De allí nace el *Ius Gentium*, una especie de “ordenamiento material especial”⁴⁴ que regulaba las relaciones de la vida de los Peregrinos en las cuales resultaba imposible de aplicar el *Ius Civile*⁴⁵.

En la Edad Media predominaron las situaciones feudales y existieron reservas en cuanto a la extraterritorialidad del Derecho⁴⁶, siendo la máxima expresión de esas reservas el concepto de soberanía del Estado⁴⁷, el cual era utilizado para descartar todo vínculo internacional. Ello significaba que cada grupo humano ejercía plenamente su autoridad y tomaba todas las decisiones que tuvieran que ver con el espacio físico y con el conglomerado. Se forjaba así, con el transcurso del tiempo, junto con la idea de nación, la concepción de que ésta iba unida a la soberanía. Sin embargo, a pesar de que las urbes se hallaban cerradas, persistía el tráfico comercial entre ellas, lo cual progresivamente originaba los conflictos de leyes.

Con el surgimiento de los Estados se va consagrando también la idea del ejercicio de la soberanía en el ámbito de cada uno de esos territorios por parte de sus nacionales, más específicamente, de sus gobiernos. Cualquier interferencia con este ejercicio pleno y único de la autoridad en un ámbito determinado, siempre se consideró una interferencia ilegal, una invasión, una intromisión, y cada Estado estaba no solamente en el derecho sino en la obligación de repeler el ataque en defensa de la idea originaria de soberanía.

Sin embargo, producto del aumento de las relaciones internacionales y debido al tráfico jurídico externo, comenzó a manifestarse con más fuerza una incipiente integración entre los Estados⁴⁸. Se configuró la comunidad jurídica internacional que inició el proceso de aceptación de normas, especialmente aquellas de índole comercial. Además, tal integración gracias a las mejoras de las técnicas agrícolas y el avance del comercio, trajo como consecuencia la apertura de espacios que se hallaban cerrados.

Es así como el camino hacia la flexibilización de la noción de soberanía, se expresaba en los intercambios comerciales que comprometían a nacionales de diferentes territorios y de

⁴⁴ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 38 y 69.

⁴⁵ Los romanos consideraban su Derecho por encima de cualquier otro y de ninguna forma aplicaban en su territorio Derecho extranjero. Es decir, para el abogado y jurista romano, el único Derecho posible a aplicar era el romano y sólo cuando el Imperio se desmoronó surgió la posibilidad del conflicto de leyes. Verplaetse, Julián G., *Derecho internacional privado*, Madrid, Artes Gráficas, 1954, p. 4. Vertambién: Secco Ellauri, Oscar y Pedro D. Baridon, *Historia universal. Roma*, Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 9ª ed., 1965, pp. 18-97.

⁴⁶ Romero, Fabiola, El método analítico autárquico, en: *Temas de Derecho internacional privado. Libro homenaje a Juan María Rouvier*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, Colección Libros Homenaje No. 12, p. 860.

⁴⁷ Maekelt, *Teoría General...*, ob. cit., p. 257.

⁴⁸ Recuérdese que el término Estado fue empleado por vez primera, en el siglo XVI, por Maquiavelo (1513) y en 1576 Bodino empleó el término soberanía. Ver: Goldschmidt, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., p. 64.

alguna manera, hacían proclive que tuviera que acudirse a diferentes Derechos para determinar cuál era el aplicable a las nuevas relaciones que surgían. El proceso de aplicación del Derecho extranjero no colisionaba entonces con el ejercicio de la soberanía.

1. *Comitas Gentium*: Ulrich Huber

El Profesor en Utrecht, Pablo Voet, en su libro *De Statutis, mobilium et immobilium natura*, cimentó la aplicación del Derecho extranjero en la *comitas gentium*⁴⁹, sin embargo, entiende que se hará uso de la “*comitas gentium*” sólo en materia de estado y capacidad de las personas⁵⁰.

Por su parte, el más importante jurista perteneciente a la Escuela Flamenco-Holandesa del Siglo XVII, Ulrich Huber, Profesor de Derecho en la Universidad de Franeker y Magistrado de la Corte de Frisia⁵¹, postulaba la aplicación del Derecho extranjero por “*Comitas Gentium*”⁵², por razones de “cortesía internacional”, es decir, por estarse más bien frente a reglas de prudencia política y conveniencia práctica⁵³ lo cual constituyó un antecedente importante de la doctrina que esgrimiera años más tarde el inglés Albert Venn Dicey⁵⁴, con su teoría de los Derechos legítimamente adquiridos o *vested rights*⁵⁵.

Ulrich Huber en su obra *Praelectiones Juris Romani et hodierni*, dedicó unas líneas a lo que se denominó por vez primera conflicto de leyes y en las mismas establece sus famosos axiomas: (i) Las leyes de cada Estado reinan en los límites del Estado y rigen sobre todo sus súbditos; pero más allá no tienen fuerza alguna. (ii) Deben considerarse súbditos del Estado cuántos se encuentren dentro de los límites del territorio, ya permanezcan en él transitoria o definitivamente. (iii) Los jefes de Estado por cortesía obran de suerte que una ley de otro Estado, luego de haber producido su efecto, dentro de los límites territoriales de su pueblo, también lo conserva en los demás Estados siempre que dichos Estados o sus súbditos no sean lesionados en su poder o en sus derechos. Gracias a ello, eminentes juristas como Joseph Story consideran que a través de estos axiomas se encuentran soluciones a todos los casos de conflictos de leyes

⁴⁹ Juenger, *Derecho internacional privado...* ob. cit., p. 22.

⁵⁰ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 55.

⁵¹ Romero, *El método analítico...*, ob. cit., p. 874.

⁵² Ordinariamente se ha traducido una y otra palabra por “cortesía” (Mijaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 3. En el mismo sentido Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 45.

⁵³ Goldschmidt, *Sistema y filosofía...*, ob. cit., pp. 142-157.

⁵⁴ Rouvier, Juan María, *Derecho internacional privado. Parte general*, Maracaibo, Universidad del Zulia, 3ª ed., 1996, p. 168.

⁵⁵ Dos Santos, Olga, *Los contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*, Caracas, Vadell Hermanos Editores, Universidad Central de Venezuela, 2000, p. 31.

y por tanto, Ulrico Huber merece ser llamado el “creador del Derecho internacional privado”, igual que Hugo Groccio ha sido llamado artífice del Derecho de Gentes⁵⁶.

Huber, para quien las Leyes de cada Estado sólo tenían vigencia y eran obligantes para sus habitantes pero no más allá de ese territorio, además que todas las personas dentro de los límites de ese Estado, fueran residentes permanentes o transeúntes, debían considerarse como “súbditos” del mismo, resumía los postulados de la Escuela Flamenco-Holandesa en su tercer axioma conforme al cual los Jefes de cada Estado debían actuar por cortesía (*comitas*), para que los derechos adquiridos dentro de los límites de los mismos fueran reconocidos en todas partes, siempre y cuando ese reconocimiento no causara perjuicio ni al Estado ni a los súbditos. Es decir, este eminente jurista justificaba la aplicación del Derecho extranjero a través de la noción de los derechos adquiridos, porque en su opinión, aunque las leyes de los pueblos no tengan validez en otro “nada sería más incómodo para el intercambio de ellos que las causas válidas para el derecho de un lugar se hicieran ineficaces en virtud de que sea diverso el derecho de otro lugar”⁵⁷.

Según Friedrich J. Juenger⁵⁸, fue Ulrico Huber quién anticipó la doctrina de los derechos adquiridos, aun cuando un Estado puede denegar el reconocimiento de estos, si con ello perjudica “el poder o los derechos del foro”⁵⁹.

Tomando en cuenta esto, en definitiva, no es obligatorio actuar por cortesía. Pero tampoco es una cuestión de cortesía en el estricto sentido de la palabra, sino que consiste en el hecho que un país reconoce sobre su territorio los “actos legislativos, ejecutivos o judiciales de otro Estado”⁶⁰, con lo cual no se está imponiendo de manera indiscriminada la aplicación del Derecho extranjero, sino simplemente reconociendo los derechos adquiridos al amparo de una ley extranjera.

2. Comunidad jurídica internacional: Federico Carlos de Savigny

Savigny era un eminente jurista, estudioso del Derecho romano y el Derecho civil. Consideraba la necesidad de identificar la naturaleza de cada relación jurídica con el objeto de determinar cuál era el Derecho que la regulaba. Con este fin, dividió las relaciones jurídicas de acuerdo a las categorías del Derecho civil, según se refirieran a las personas, bienes, obligaciones y familia, y las aplicó al conflicto de leyes en el espacio. Esto fue denominado

⁵⁶ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 56.

⁵⁷ Bonnemaison W., José Luis, *Curso de Derecho internacional privado*, Valencia, Caracas, Vadell Hermanos Editores, 2003, p. 38.

⁵⁸ Profesor de Derecho en la Universidad de California, Estados Unidos, fallecido en 2001.

⁵⁹ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 23.

⁶⁰ Dove, Emil, *Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1947, Vol. I, p. 152.

como “técnica civilista” e incluso, según la doctrina internacional, hizo que el Derecho internacional privado se convirtiera en una especie de duplicación del Derecho civil⁶¹.

El autor consideraba la existencia de una comunidad jurídica internacional, basada en el Derecho romano y la fe cristiana⁶², en la cual todos los Estados tenían los mismos derechos y obligaciones. Así, cada Estado tenía el derecho de establecer su propio ordenamiento jurídico dentro de sus fronteras nacionales, el cual podía ser aplicado dentro y fuera de éstas. Al mismo tiempo, tenía el deber de aplicar en su territorio el Derecho extranjero.

Contemporáneamente, puede decirse que la tendencia mayoritaria está acorde con la idea de Savigny de percibir al mundo como una gran comunidad jurídica en la cual, se debe buscar “el derecho más conforme”⁶³ para aplicarlo a las relaciones jurídicas internacionales, todo ello inspirado en el deseo de hacer justicia.

Asimismo, propuso el uso de principios que permitían conducir a la aplicación del Derecho extranjero o de un Derecho propio, sin importar cuál de los dos, porque para él, ambos Derechos se encontraban en un plano de igualdad. Gracias a este tipo de principios, se analiza la naturaleza de cada relación jurídica y no del Derecho para indicar su ámbito de aplicación.

Al señalar que los Derechos de los Estados están en un plano de igualdad, el autor explica que cada relación jurídica “debe juzgarse según el lugar donde esté el tribunal”⁶⁴, por lo cual debe analizarse su naturaleza para establecer su asiento territorial y en función de éste, identificar el Derecho aplicable. Propuso como una de las soluciones generales, que el estado y la capacidad de las personas se regularan por el ordenamiento jurídico del lugar donde estaban domiciliadas. Al respecto, la doctrina ha reconocido que la “*sede*” para solucionar los casos con elementos de extranjería a que se refería Savigny es el actual factor de conexión⁶⁵.

Si se toma en cuenta la solución general citada *supra*, si una persona adquiere la mayoría de edad en el país donde está domiciliada —por tanto, tiene plena capacidad de obrar— y, luego, se traslada a otro Estado, ¿se puede considerar que conforme a este segundo ordenamiento jurídico, podría no ser capaz?, ¿puede la capacidad mudarse junto con la persona? Al respecto, Savigny “acude a la noción de derechos adquiridos por el cumplimiento del término que establecía la ley antigua”⁶⁶.

⁶¹ Alfonsín, Quintín, *Curso de Derecho internacional privado*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho, 1965, Tomo I, p. 89.

⁶² Savigny, *Sistema de Derecho...*, ob. cit., p. 139.

⁶³ Savigny, *Sistema de Derecho...*, ob. cit., p. 140.

⁶⁴ Savigny, *Sistema de Derecho...*, ob. cit., p. 198.

⁶⁵ Esis, Ivette y Carla Resende, Antecedentes de la Ley de Derecho Internacional Privado, en, T. Maekelt et al. (eds.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, p. 10.

⁶⁶ Alfonsín, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 94-95.

Savigny señala que, como parte del normal funcionamiento de la comunidad jurídica internacional, hay que reconocer los derechos que se constituyeron válidamente conforme a un ordenamiento jurídico determinado. El autor explica que

toda relación jurídica debe juzgarse según la ley a cuyo dominio pertenece naturalmente... es muy importante que los ciudadanos tengan una confianza inquebrantable en el imperio de sus leyes existentes y, conforme a ellas, adquirir derechos que conservarán su eficacia en el porvenir⁶⁷.

B. Teoría de los *vested rights*

La teoría de *los vested rights* parte de la siguiente proposición:

En rigor, los tribunales de un país, por ejemplo, las Cortes de Inglaterra, no aplican nunca la ley extranjera; sino los derechos adquiridos bajo la autoridad de esta ley, lo que es muy diferente. En síntesis, la ley es territorial pero los derechos son “*transitory*”. Aquella no liga más que a los tribunales que residen en el interior de sus fronteras; éstos se imponen en el mundo entero y son reconocidos por los tribunales de todos los países⁶⁸.

El máximo exponente de esta doctrina fue el inglés Albert Venn Dicey, quien admite la relevancia de algunos principios generales como la validez fuera del territorio de los *vested rights*, figura admitida por la jurisprudencia inglesa desde 1811 con una sentencia dictada por Sir William Scott⁶⁹.

Albert Venn Dicey, con su teoría de los derechos legítimamente adquiridos o *vested rights*⁷⁰, en su obra *A Digest of the Law of England with reference to the conflict of law* (1896) recogió lo que constituía el contenido de un Tratado de Derecho Internacional Privado: El Conflicto de Leyes y la Competencia Judicial. Para Venn Dicey “Todo derecho que ha sido debidamente adquirido bajo la autoridad de la ley de un país civilizado cualquiera es reconocido y ordinariamente puesto en ejecución por una Corte Inglesa”⁷¹.

Esta teoría considera que cada Estado debe aplicar en su territorio su propio ordenamiento jurídico. Luego, al distinguir entre Derechos objetivos (leyes) y Derechos subjetivos, entendidos como aquellos creados por la existencia de dichas leyes, el reconocimiento de tales Derechos subjetivos constituye el fundamento para aplicar un orden jurídico extranjero en el foro, limitado únicamente por el orden público. Sin embargo, esta distinción produjo numerosas críticas, debido a que, como señala Parra Aranguren, el principio

⁶⁷ Savigny, *Sistema de Derecho...*, ob. cit., pp. 354-355.

⁶⁸ Dove, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 159.

⁶⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 124.

⁷⁰ Dos Santos, *Los contratos internacionales...*, ob. cit., p. 31.

⁷¹ Citado por Rouvier, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 168. Ver también Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 83.

de aplicación del Derecho foráneo resulta aparente pues, en realidad, no se produce tal admisión sino únicamente “el reconocimiento de derechos subjetivos debidamente adquiridos en el extranjero”⁷².

Sin embargo, otros estudiosos del Derecho afirman que la figura de los derechos adquiridos, según la cual no se aplica Derecho extranjero en el foro, sino que simplemente se reconocen derechos subjetivos, los cuales son los que tienen efectos migratorios, constituye un sofisma, ya que se habla de reconocimiento de derechos, cuando en realidad se está aplicando un Derecho foráneo⁷³.

El planteamiento del problema conflictual en cuanto al reconocimiento de los *vested rights*, sólo era relevante en la medida que el intérprete jurídico, sea cual fuere la importancia que le otorgaba a su ley material por encima de la ley extranjera, pudiera aplicar esta última, es decir, que no estuviese atado a un absoluto territorialismo.

Gracias a Dicey fue que la teoría de Ulrico Huber pasó a los Estados Unidos y se puede aseverar que fueron los angloamericanos quienes desarrollaron con mayor detenimiento la Teoría de los *vested rights*. Es así como el profesor de la Universidad de Harvard, Joseph Beale⁷⁴, influenciado por estos postulados, expuso que el juez al aplicar el Derecho extranjero, estaba reconociendo y aplicando un Derecho subjetivo y no un Derecho objetivo. Beale fue el presidente de la Comisión del *American Law Institute* para preparar el primer *Restatement of the Law on Conflicts of Laws*, considerado como una recopilación de soluciones generales basadas en el estudio de sentencias de los tribunales estadounidenses para resolver asuntos específicos. Este *Restatement*, fundamentado en la teoría de los derechos adquiridos, ofrecía una serie de rígidas soluciones a casos con elementos de extranjería tales como la aplicación de la *lex loci delicti commissi* en materia de responsabilidad no contractual y del Derecho del lugar de celebración y de ejecución en el ámbito contractual⁷⁵.

Sin embargo, tanto Beale como Dicey fueron muy criticados por el hecho de que su Teoría de los Derechos Adquiridos favorecía una excesiva aplicación del Derecho extranjero en desmedro de la aplicación del Derecho propio, e inclusive Friedrich Juenger aseguró que fueron las terribles deficiencias de la teoría de los derechos adquiridos las que provocaron la revolución conflictual norteamericana⁷⁶.

C. Igualdad entre la noción de derechos adquiridos y *vested rights*

⁷² Para Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p.193.

⁷³ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 24.

⁷⁴ Rouvier, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 170.

⁷⁵ Reese, Willis, El Segundo Restatement de Conflicto de Leyes, en: *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 208-209.

⁷⁶ Juenger, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p 34.

El estudio de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo el amparo de un Derecho extranjero, no resulta familiar ni en el sistema de Derecho internacional privado venezolano y mucho menos en el Derecho venezolano en general. Por ende, se impone la necesidad de establecer la diferencia existente entre los diversos términos relacionados con esta institución general de carácter valorativo de la disciplina. La historia del moderno Derecho internacional privado y de sus Instituciones Generales, entre ellas, la de los derechos adquiridos, conocida hoy también como situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, tiende a confundirse con la historia de sus reglas y principios, por lo que resulta de interés en este punto, efectuar una breve definición de conceptos fundamentales que envuelven el desarrollo de esta investigación para facilitar su comprensión: derecho objetivo, derecho subjetivo, norma jurídica, acto jurídico, hechos jurídicos y situaciones jurídicas.

Al hablar de derecho, necesariamente deben distinguirse dos vertientes, es decir, derecho en sentido objetivo que “equivale a normas jurídicas e instituciones, esto es, al ordenamiento jurídico y a sus fundamentos”; y derechos en sentido subjetivo, que “significa las facultades o poderes otorgados al individuo por el ordenamiento jurídico, llamados titularidades. Consiguientemente, el *ius quo populus Romanus utitur* se contrapone a *alicui ius esse utendi fruendi*”⁷⁷.

Es importante agregar que toda norma supone un acto por el cual ha sido creada y hechos a los cuales se aplica; sin embargo la identificación no se hace ni con ese acto ni con esos hechos⁷⁸. El acto es un fenómeno exterior y su significación no es perceptible por la vista o por el oído del mismo modo en que se perciben las propiedades de un objeto, su color, su dureza o peso.

Ahora bien, en cuanto a la definición de hecho jurídico se puede afirmar que estos pueden ser una resolución parlamentaria, acto administrativo, sentencia judicial, contrato o delito. Un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo y es perceptible por los sentidos, aunque cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos⁷⁹.

La institución de los derechos adquiridos ha generado una controversia mordaz y perspicaz desde su aparición. Desde el pasado los doctrinarios pusieron a girar esta discusión con base a dos grandes grupos: algunos autores, que se pronunciaban por reconocerle suma

⁷⁷ Kaser, Max, *Derecho romano privado*. (Versión directa de la 5ª ed. alemana por J. Santa Cruz Teijeiro), Madrid, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, 1968. pp. 9-25.

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 17ª edición, 1981, p. 36.

⁷⁹ Kelsen, *Teoría pura del Derecho...*, ob. cit. pp. 37-38.

importancia a esta figura, entre ellos se puede mencionar a Battifol, Pillet y Niboyet⁸⁰. Otros, entre quienes estaban Lorenzen, Cook e Yntema⁸¹, se inclinaban por dejarla de lado enfatizando que a través de la misma, no se está reconociendo derecho alguno sino procediendo a la aplicación del Derecho extranjero⁸².

Con fundamento en lo anterior cabe decir que la institución ideada por Ulrich Huber como una concepción nueva del Derecho internacional privado, de la cual nace el fundamento para la aplicación del Derecho extranjero ha generado polémica siempre, inclusive, en el hecho de si se puede equiparar la institución de los derechos adquiridos con los *vested rights*.

Para algunos juristas como Julián Verplaetse⁸³, el término anglosajón *vested rights* es completamente distinto al de derechos adquiridos pues el primero es más bien *iusinternacionalista* y la naturaleza de los derechos adquiridos es más una transposición⁸⁴ en el Derecho internacional privado de una noción de Derecho interno, es decir, “el traslado de la relación a la esfera de otro régimen jurídico”. Es así entonces que, desde este punto de vista, la noción *vested rights* es más bien para justificar la importación de un Derecho objetivo extranjero y no del reconocimiento de un derecho subjetivo adquirido.

Se comparte la opinión de quienes identifican las nociones de derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas y *vested rights*⁸⁵. No son pocos los que explican que tanto situaciones jurídicas válidamente creadas como derechos adquiridos no constituyen sino una simple traducción al español del vocablo *vested rights*⁸⁶. Sin embargo, se admite que los autores en los sistemas del *Common Law*⁸⁷ le dan a la noción de los *vested rights* un alcance más amplio, al basar la esencia del Derecho internacional privado en ese concepto, a diferencia de los del *Civil Law* que han pretendido prescindir de tal concepto⁸⁸. Por lo tanto, se hará referencia indistintamente a uno u otro término.

Desde la Teoría General del Derecho, sin embargo, las situaciones jurídicas pueden considerarse bajo diversos perfiles que pueden parecer opuestos; pero entendidos de forma unitaria presentan su exacta dimensión. Bajo el perfil efectivo cada situación es efecto de un

⁸⁰ Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho internacional privado*, Madrid, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1979, Volumen I. Tomo II, Parte Primera, pp. 151-153.

⁸¹ Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 180.

⁸² Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 181.

⁸³ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 339.

⁸⁴ Beti, Emilio, Interpretación de los conceptos calificadores en el Derecho internacional privado, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1967, pp. 681-686.

⁸⁵ Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 83. En el mismo sentido Madrid Martínez, *La norma de...*, ob. cit., p. 180 y Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Javier Carrascosa Gonzalez, *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 3ª ed., 2002, Vol. I, p. 76.

⁸⁶ Rouvier, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 168.

⁸⁷ Maekelt, *Teoría General del...*, ob. cit., p. 303.

⁸⁸ Maekelt, *Teoría general del...*, ob. cit., pp. 303-304.

hecho, se origina por un hecho natural o humano jurídicamente relevante; mientras que el perfil de interés constituye el fundamento justificativo de la situación, el cual puede ser un interés patrimonial, personal, o, a veces, ambos a la vez⁸⁹.

D. La teoría de los derechos adquiridos como excepción a la aplicación de las normas de conflicto del foro

Las situaciones jurídicas válidamente creadas son consideradas como una de las instituciones valorativas⁹⁰ del Derecho internacional privado, pues se afirma que es fundamental no sólo en la flexibilización del método conflictual, sino también para la consecución de los fines de éste.

Tal como se afirmó antes, inicialmente los derechos adquiridos fueron considerados como fundamento para la aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, hoy día se entienden como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto⁹¹. Así pues, la concepción actual de las situaciones jurídicas válidamente creadas supone que, cuando se adquieren derechos de conformidad con un orden jurídico y se traspaesa el ámbito de aplicación del mismo, esos derechos acompañan a su titular a donde quiera que éste se encuentre, ya que no es posible obviar las situaciones que afectan la condición de la persona y de sus bienes. Así, la necesidad de seguridad y continuidad respecto de los efectos que pueden derivarse de actos que son esenciales en la vida jurídica del hombre.

Según resalta el Profesor Gonzalo Parra Aranguren⁹², a la hora de analizar los derechos adquiridos han sido sugeridas varias teorías, estando entre las primeras la de Antonio Pillet.

Antonio Pillet⁹³ fue el primer autor en cuestionar a Dicey y acusarlo de desconocer la realidad. En opinión del autor, Dicey trata de “explicar todo el Derecho internacional privado por el sólo principio de los derechos adquiridos”⁹⁴. Este eminente jurista fue también el primero en ofrecer una solución para reconocer los derechos adquiridos proponiendo hacerlo conforme al ordenamiento jurídico indicado por la norma de conflicto del foro, con lo cual ya no estaría funcionando esta institución como una excepción. El juez simplemente tendría que aplicar su norma indirecta y el Derecho que resultare aplicable sería el que le indicaría al Juez si esa Institución era válida o no. Pero, como es claro, esto no arrojaba una solución definitiva.

⁸⁹ Kelsen, *Teoría pura del Derecho...*, ob. cit., pp. 118-119.

⁹⁰ Maekelt, *Teoría general del...*, ob. cit., p. 283.

⁹¹ Madrid Martínez, *Instituciones generales en...*, ob. cit., p. 128.

⁹² Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

⁹³ Pillet, Antoine, *Traité pratique de Droit international privé*, Paris, Grenoble Imprimerie, 1923, Tome I, pp. 11-16.

⁹⁴ Pillet, Antonio, *Principios de Derecho internacional privado*, (Trad. N. Rodríguez y C. González), Madrid, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales, 1923, Tomo II, pp. 351-352.

En este orden de ideas, Eduardo Meijers⁹⁵ propuso que, para reconocer las situaciones jurídicas válidamente creadas, se debía verificar que las mismas se constituyeron conforme al ordenamiento jurídico indicado como aplicable por todas las leyes que tuvieran contacto con la relación al momento de su creación. Es decir, se deben aplicar las normas de conflicto de esos Derechos y excluir la aplicación de las normas de conflicto del foro.

Ante la dificultad de conseguir, en la práctica, un acuerdo entre esas leyes, Alexander Makarov señalaba que, para reconocer estas situaciones, se debían revisar la mayoría de los ordenamientos jurídicos preponderantes que tuvieran contacto con la relación⁹⁶. Luego añadió la posibilidad de que las partes pudieran prever cuál Derecho les iba a ser aplicado.

Federico Carlos de Savigny, por su parte, reseñaba la importancia de determinar, no sólo la legislación conforme a la cual debía decidirse el reconocimiento de la situación en cuestión, sino también conforme a cuál Derecho se había producido el nacimiento de ésta⁹⁷.

Al referirse a las situaciones jurídicas válidamente creadas, algunos autores como Adolfo Miaja de la Muela⁹⁸, aunque admitieron que planteamientos como los de Pillet seguían teniendo vigencia, le dieron más preponderancia a lo sostenido por el Profesor Rolando Quadri, quien hizo un llamado a los operadores jurídicos para que confiaran la valoración de las diversas situaciones, al ordenamiento en el que las partes se habían colocado psicológicamente.

Señaló Miaja de la Muela que el profesor Quadri no agregó una nueva tesis para respetar toda situación jurídica válidamente creada en el extranjero, sino que planteó tratar un problema que es casi imposible de resolver totalmente: como es distinguir si se trata de la aplicación de un Derecho extranjero o simplemente, del reconocimiento de un derecho adquirido, con lo cual efectuó un importante aporte⁹⁹.

Conforme a esta tesis las situaciones jurídicas válidamente creadas, como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto del foro, serán reconocidas cuando las considere válidas el Derecho señalado como competente por todos los sistemas con los cuales tenía vínculos al momento de su creación. Ésta es la solución adoptada por el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, a la cual se hará referencia *infra*.

En todo caso, se ha reconocido que estos criterios son especialmente importantes en el caso de las situaciones jurídicas relativamente internacionales, es decir, situaciones que nacieron dentro de una legislación y con posterioridad desbordaron las fronteras nacionales.

⁹⁵ Meijers citado por Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 199.

⁹⁶ Makarov citado por Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 203.

⁹⁷ Savigny, *Sistema de Derecho...*, ob. cit., pp. 344-351.

⁹⁸ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 479.

⁹⁹ Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 464.

La institución de los derechos adquiridos bajo el amparo de un Derecho extranjero representa, hoy en día, una excepción al funcionamiento de la norma de conflicto en aquellos casos en los cuales no existe ningún motivo valedero para justificar su intervención, habida cuenta que los contactos con el foro sólo ocurrieron después que la situación había nacido en el extranjero. Además, puede recurrirse a esta institución, en los casos en los cuales el estricto respeto al mandato de las normas de conflicto puede producir resultados contrarios a los más elementales requerimientos de la justicia¹⁰⁰.

E. Influencia internacional de la teoría de los derechos adquiridos

Para juristas como Julián Verplaetse¹⁰¹, el rápido avance del fin principal del Derecho internacional privado —lograr una solución equitativa de cada caso concreto—, ha contribuido a dejar de lado las Instituciones Generales, entre estas, la relativa a los derechos adquiridos, por considerarla “abigarrada e incierta”¹⁰². Se difiere de esta opinión, ya que justamente volvería incompresible la preocupación constante de los autores de plantear una y otra vez la polémica sobre los derechos adquiridos que nacen de acuerdo a un ordenamiento jurídico extranjero.

Algunos doctrinarios como José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo¹⁰³ consideran que, aunque la teoría de los derechos adquiridos tiene interés histórico y aun cuando hoy se aplica en el Reino Unido para justificar, por ejemplo, el reconocimiento de decisiones o para resolver problemas de aplicación “temporal”¹⁰⁴ de la norma de conflicto, no es, sin embargo, muy significativa en los sistemas romano-germánicos, pues aunque en la práctica las soluciones sean las mismas —el reconocimiento de sentencias o la aplicación de la ley anterior en un supuesto de conflicto móvil—, tales soluciones no se explican realmente por esta teoría subjetivizada: la explicación viene más bien en razón de tesis más sólidas como la jurisprudencia de valores o el análisis económico del Derecho¹⁰⁵.

De acuerdo a lo anterior, las sentencias extranjeras no se reconocen para garantizar los derechos adquiridos¹⁰⁶, sino para permitir la circulación de las relaciones privadas internacionales. Igualmente, la aplicación de la ley del lugar donde está el bien para garantizar, tras su desplazamiento, el reconocimiento de los derechos de un tercero adquirente de buena

¹⁰⁰ Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 193-208.

¹⁰¹ Criticando a Lasala Llanas, quien considera el artículo 8 del Código Bustamante como principio fundamental de Derecho Internacional Privado

¹⁰² Verplaetse, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 340.

¹⁰³ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 216-222.

¹⁰⁴ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 227.

¹⁰⁵ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 224.

¹⁰⁶ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 216.

fe, no tiene por objeto reconocer derechos adquiridos, sino facilitar la seguridad jurídica, la previsibilidad del Derecho y en último término, la eficiencia económica¹⁰⁷.

En definitiva, para los detractores de la teoría de los derechos adquiridos, su aplicación no constituye más que un resabio individualista de las viejas tesis liberales del Siglo XIX y se basa en postulados ficticios que han traído más problemas que soluciones.

A pesar de todo, la institución sigue estando presente en Convenios internacionales y Leyes nacionales. Gran parte de su predicamento se debe a su presencia en el primer *Restatement* norteamericano, pues su autor, Joseph Beale, basó toda su concepción del Derecho internacional privado en la teoría de los derechos adquiridos, razón por la cual esta disciplina perdió prestigio en Estados Unidos y se fue defenestrando en la jurisprudencia. El Segundo *Restatement*¹⁰⁸, preparado y dirigido por Willis Reese y aprobado en 1971, surgió, precisamente, porque en opinión de la mayoría tal teoría no servía para solucionar ningún problema de Derecho aplicable. El segundo *Restatement* prefirió fundamentarse en la determinación del vínculo más importante (*the most relevant relationship*).

La parte medular de este segundo *Restatement* está contenida en su sección 6. De acuerdo con ésta, de no existir una directriz, una guía, una regla en el foro que inequívocamente indique el Derecho aplicable, el Juez debe determinar el ordenamiento jurídico que presente la más significativa relación con el caso¹⁰⁹.

Dentro de la doctrina venezolana, Juan María Rouvier estima completamente inadmisibles esta teoría. Según este jurista, la teoría falsea la realidad del problema de la aplicación de la ley extranjera, ya que al sostener sus autores que no es que “admite la aplicación de la ley extranjera sino que se reconocen los derechos adquiridos conforme a ella”, con el sólo hecho de reconocer que esos derechos existen, lo que se está reconociendo realmente es la existencia de esa legislación extranjera¹¹⁰.

Otra parte de la doctrina, por el contrario, coincide en otorgarle la debida relevancia a esa institución General del Derecho Internacional Privado. Sus partidarios coinciden en afirmar que no sería posible ninguna relación internacional si los derechos adquiridos en un país determinado no pudiesen hacerse valer en otros.

¹⁰⁷ Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 217-218.

¹⁰⁸ Este *Restatement II* fue elaborado bajo la dirección del profesor de la Universidad de Columbia, Willis Reese en 1971.

¹⁰⁹ Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 228-230.

¹¹⁰ Rouvier, Juan María, *El sistema angloamericano de Derecho internacional privado. Parte general*, Maracaibo, Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, 2ª ed., 1977, Tomo I, pp. 186-187.

Siguiendo el pensamiento de Pillet, Niboyet apoyaba la idea de que los derechos adquiridos “son la piedra angular del edificio del Derecho internacional privado”¹¹¹. Aunque hizo críticas fuertes a la teoría de los derechos adquiridos, tales como el carácter pleonástico del adjetivo que la califica, la explicación artificial sostenida por Dicey y Beale de que el juez no aplicaba leyes extranjeras sino “los derechos adquiridos concedidos por ellas”. Miaja de la Muela también afirma que “las situaciones válidamente constituidas en otro país tienen mucho valor como principio de Derecho natural”¹¹².

Para Gonzalo Parra Aranguren, a pesar de que la Teoría de los Derechos Adquiridos ha generado gran confusión a lo largo de la historia, el reconocimiento de estos derechos es otro de los problemas importantes que debe resolver el Derecho internacional privado¹¹³.

En atención a la afirmación anterior, José Luis Bonnemaïson considera que el Derecho internacional privado se enfrenta a dos problemas fundamentales: i) la creación de derechos y ii) el reconocimiento extraterritorial de los mismos¹¹⁴. En lo que respecta a los efectos internacionales que pueda producir un derecho adquirido, éste se torna relevante cuando es invocado en otro Estado para ser reconocido por el sistema jurídico ante el cual se quiere hacer valer. Quizás es allí donde justamente puede apreciarse la importancia que tiene esta vieja teoría del Derecho internacional privado ya que, precisamente, entra en juego uno de los fines principales de la disciplina como es el logro de una justicia equitativa en cada caso concreto y, tratándose de un derecho válidamente adquirido al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, puede ser susceptible de no reconocerse y producirse, por lo tanto, una denegación de la justicia material.

Así, la teoría de los derechos adquiridos constituye, como ya se dijo, uno de los polos del Derecho internacional privado¹¹⁵, cuya primera fase la constituye la determinación del Derecho aplicable para dar origen a un derecho, y la segunda, el reconocimiento de este derecho al amparo de un ordenamiento jurídico distinto del que los creó.

En este sentido, para la profesora Fabiola Romero, la importancia de la Teoría de los Derechos Adquiridos radica en que, al igual que la técnica científica utilizada en el Derecho Intertemporal que define los alcances en el tiempo del imperio de las reglas de Derecho sobre

¹¹¹ Niboyet, Jean Paulin, *Principios de Derecho internacional privado*, (Selección de la 2ª ed. francesa del Manual de Pillet y J.P. Niboyet. Trad. A. Rodríguez), México, Editora Nacional, 1954, p. 268.

¹¹² Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 450. Ver también: Arminjon, Pierre, La notion des droits acquis en Droit international privé, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1933, Tome 44.

¹¹³ Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 194.

¹¹⁴ Bonnemaïson, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 263.

¹¹⁵ Bonnemaïson, *Curso de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 264.

las relaciones jurídicas, ésta es también frecuentemente invocada para justificar la aplicación de la ley extranjera¹¹⁶. Una vez que ha nacido un derecho o se establezca una situación jurídica conforme a la legislación normalmente competente, éste no debe ser disminuido ni desconocido si, debido a la “locomoción” de las actividades jurídicas desarrolladas por el hombre, es sometido al ordenamiento jurídico de un Estado distinto de aquel cuya legislación presidió el nacimiento del derecho litigado.

Ello obedece a que, tal como se afirmó *supra*, el Derecho internacional privado pretende garantizar la continuidad de las relaciones en el espacio y no es de dudar que en el presente y en el futuro, a los operadores jurídicos se le presenten casos con situaciones jurídicas ya constituidas y deben decidir si las reconocen o no, en procura de lograr la justicia material del caso en cuestión.

Esta institución general del Derecho internacional privado en un principio fue considerada como fundamento de la aplicación del Derecho extranjero. Sin embargo, hoy día se entiende como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. La concepción actual de los derechos adquiridos supone que, cuando se adquieren derechos de conformidad con un orden jurídico y se traspasa el ámbito de aplicación del mismo, esos derechos acompañan a su titular a donde quiera que este se encuentre.

En definitiva, se puede señalar que los derechos adquiridos constituyen un eslabón significativo para el Derecho internacional privado y por eso es de suma importancia, respetar y contemplar en cualquier legislación todo lo referente al reconocimiento de los mismos. Al garantizar que una persona conserve los derechos creados bajo el amparo del ordenamiento jurídico al cual pertenece no sólo dentro de su territorio sino también fuera del mismo y viceversa, permite la apertura de un espacio que fomenta la comunicación y el comercio internacional. Ello le otorga al poseedor y a los sujetos de Derecho internacional privado, seguridad en su actividad cotidiana.

II. Reconocimiento de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas en el sistema venezolano de Derecho internacional privado

No es nueva la preocupación por la regulación del reconocimiento de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creados en ordenamientos jurídicos extranjeros, a través de Tratados universales y regionales que armonicen en un solo texto las distintas soluciones al respecto.

¹¹⁶ Romero, Fabiola, *Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 25.

Como se afirmó *supra*, la codificación de las normas de conflicto siempre ha generado preocupación en Latinoamérica y han sido innumerables los intentos por materializarla¹¹⁷. Como colofón de las ideas esbozadas por Simón Bolívar en su célebre Carta de Jamaica¹¹⁸ en 1815 y antes de llegar al Código Bustamante, el antecedente más remoto en materia de codificación *iusprivatista* se encuentra en el Congreso de Panamá de 1826 hasta llegar hoy al proceso regional en América con las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado y, a nivel universal, con la Conferencia de La Haya¹¹⁹, que data de 1893.

Cronológicamente, la primera iniciativa oficial para codificar el Derecho internacional privado fue del gobierno de Perú en cabeza de su Canciller Aníbal Víctor De La Torre¹²⁰, quien en 1875 extendió invitación a todos los Estados de América para un Congreso que tenía como ambicioso objetivo unificar los diferentes sistemas legales del continente, fin que por su imposibilidad de lograr se redujo a buscar la unificación de las normas de conflicto.

Este Congreso de Jurisconsultos Americanos, como finalmente fue bautizada esta convocatoria, contó con la organización del jurista francés Paul Louis Pradier Fodéré y se reunió en Lima a finales de 1877, sancionando el Tratado de Lima que establecía las reglas uniformes del Derecho internacional privado y tuvo como mérito ser el primer intento de codificación colectiva de esta disciplina en el mundo entero¹²¹.

Setenta y tres años después del Congreso Anfictiónico de Panamá y motivados por sus antecesores de Lima, en marzo de 1888, los gobiernos de Argentina y Uruguay convocaron al Congreso en Montevideo, para “tratar de uniformar mediante Tratados, las diversas materias que abarca el Derecho internacional privado”¹²², y para los participantes¹²³ se consolidó en este Congreso “el espíritu de cooperación americanista por la vía del Derecho”¹²⁴, después del fallido intento del Congreso de Panamá y el antecedente “luminoso” que para ellos había constituido el Congreso de Lima.

¹¹⁷ Maekelt, Tatiana, El rol de la codificación interamericana en el mundo globalizado, en: *Curso de Derecho Internacional*, 2006. p. 65.

¹¹⁸ Fernández Arroyo, Diego, *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003, p. 33.

¹¹⁹ Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., p. 35.

¹²⁰ Muci Abraham, José, *Código de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante). Precedido de un estudio sobre los conflictos de leyes y la codificación colectiva en América*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1955, Vol. III, p. 14.

¹²¹ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p.15.

¹²² Argúas, Margarita y Carlos Alberto Lazcano, *Tratado de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Librería Ateneo, 1926. p. 34.

¹²³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.

¹²⁴ Materno Vásquez, Juan, Discurso en la sesión de clausura celebrada el día 8 de mayo de 1979, en: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1980, Vol. I, p. 236.

Nuevamente, en 1939 los gobiernos argentino y uruguayo convocaron una reunión de juriconsultos de los mismos países que habían participado en el primer Congreso de Montevideo, para celebrar el cincuentenario de los Tratados suscritos en 1889 y hacer una revisión de los mismos. Esta reunión fue suspendida después de diecisiete días de labor, reiniciándose en marzo de 1940 y en ella se aprobaron nuevos Tratados que, en líneas generales, reproducían los principios consagrados en los primeros de 1889.

Antes, en 1911, por Decreto Ejecutivo del 19 de Marzo de 1910, para celebrar el centenario de la independencia de Venezuela, el gobierno convocó el Primer Congreso Boliviano, que se celebró en Caracas en Junio de 1911, con el objeto de “tratar asuntos de interés común de todo orden”, resultando aprobados, el 22 de julio de ese mismo año, el Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros¹²⁵ —el más importante para el Derecho internacional privado— el Acuerdo sobre Títulos Académicos¹²⁶ —el más relevante en materia de derechos adquiridos— los Acuerdos sobre Propiedad Literaria y Artística, Historia del Libertador, entre otros.

A. Sistema venezolano de Derecho internacional privado

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, han tenido importancia desde siempre. Andrés Bello es el primero en referirse a las mismas afirmando:

... Aunque un Estado sólo atiende a sus propias leyes para calificar de legales o ilegales los actos que se ejecutan bajo su imperio, los actos ejecutados en otro territorio y 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 o 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 su 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 creados¹²⁷.

B. Soluciones convencionales

¹²⁵ Aprobación Legislativa: 11 de junio de 1911. Ratificación ejecutiva: 19 de diciembre de 1914.

¹²⁶ Acuerdo sobre Títulos Académicos, art. 1. “Los títulos o diplomas que en cualquiera de los Estados signatarios se hubiesen expedido por la autoridad nacional competente para el ejercicio de profesiones liberales, se tendrán por válidos y autorizarán para ejercerlas en los otros Estados.

Cuando en un Estado se requiera uno o varios estudios más que los que se exigen en el que se hubiese expedido el título o diploma, el interesado estará obligado a presentar examen de dichos estudios para obtener la validez del título”.

¹²⁷ Bello, Andrés, *Derecho internacional. Principios de Derecho internacional y escritos complementarios*, Caracas, Ministerio de Educación, 1954, Tomo I, p. 98.

Entre las fuentes convencionales vigentes para Venezuela que consagran el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, se encuentran en primer lugar el Código Bustamante y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

1. Código Bustamante

En 1885 se convoca la primera Conferencia Internacional Americana con el fin de establecer una paz perdurable entre las diferentes naciones y se aprobaron allí, el 14 de agosto, dos resoluciones para analizar los Tratados aprobados en Montevideo y adoptar un principio que instituyera la validez universal de la legalización de documentos¹²⁸.

Estos trabajos quedaron paralizados a raíz del inicio de la Primera Guerra Mundial. Es en 1923 cuando se reinician en la V Conferencia Panamericana, luego que la Junta Internacional de Jurisconsultos se transformara en una Comisión integrada por los representantes de Guatemala, José Matos; Brasil, Rodrigo Octavio; Argentina, Eduardo Sarmiento Laspiur y Cuba, Antonio Sánchez De Bustamante y Sirven¹²⁹. A esta Comisión se le responsabilizó de elaborar un Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, fue el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén¹³⁰ quién, dentro de esa Comisión, elaboró el Proyecto de Código Americano de Derecho Internacional Privado y lo presentó al Consejo Directivo del Instituto Americano de Derecho Internacional, integrado por James Brown Scout, Alejandro Álvarez y Luis Anderson, Presidente, Secretario General y Tesorero, respectivamente, aprobándose el 23 de Diciembre de 1925 y remitiéndose a todos los gobiernos americanos para su conocimiento y estudio¹³¹ el 3 de febrero de 1926.

El Proyecto fue aprobado en la VI Conferencia Panamericana, realizada en La Habana en 1928, con el nombre de Código de Derecho Internacional Privado y el mismo, por acuerdo del 23 de febrero de 1928 fue nombrado como Código Bustamante¹³², convirtiéndose desde su aprobación en un instrumento de singular importancia para los *iusprivatistas* por ser el primer Código completo referido al Derecho internacional privado¹³³, convalidando con ello la tesis del jurista cubano que si bien no era el Código Bustamante un Tratado universal de legislación internacional uniforme, objetivo que en pleno siglo XXI no se ha conquistado, si

¹²⁸ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 41.

¹²⁹ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 33.

¹³⁰ Profesor cubano de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público en la Universidad de La Habana, Magistrado del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional y de la Academia Internacional de Derecho Comparado, Miembro del Instituto de Derecho Internacional y del Instituto Americano de Derecho. 1865/1951.

¹³¹ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 33.

¹³² Linares, Antonio, *Código Bustamante de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Librería Antigua y Moderna, 1965, p. 5.

¹³³ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., pp. 41-43.

podía ser considerado un Tratado casi continental que estimulaba los esfuerzos hacia el alcance de esa aspiración científica¹³⁴.

El Código Bustamante es uno de los instrumentos más aceptados en los países centroamericanos, del Caribe latino y del norte y centro de Suramérica y constituye un desarrollo convencional subregional de grandes dimensiones¹³⁵. Para la época, no sólo es el producto más acabado de la codificación *iusprivatista* en América¹³⁶, como fue reseñado *supra*, sino que constituyó un gran acuerdo entre los Estados ratificantes y signatarios sobre las soluciones para resolver los conflictos de leyes en sus sistemas jurídicos¹³⁷.

Desde 1893, Bustamante clasificaba las Leyes, desde el punto de vista de su aplicación y límites en el espacio, como personales o de orden público interno, siendo éstas las que se aplican a las personas según su domicilio o nacionalidad, siguiéndolas aunque se trasladen a otro país y las de orden público internacional como aquellas que “obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales” denominadas como territoriales, locales o de orden público internacional¹³⁸.

Así, la doctrina general del Código Bustamante se fundamenta en los postulados de la Escuela italo-francesa que tienen un predominio de la Ley territorial¹³⁹ o como fue llamada en otro momento “romántica imprecisión manciniana”¹⁴⁰.

Para Bustamante, en el marco de este Código, los conceptos de Ley territorial y orden público internacional poseen el mismo significado¹⁴¹. Es decir, es una de las “especies en que todo el derecho se divide, cabe asignarle entre sus caracteres la unidad. Es uno en tal concepto, a igual título y por iguales razones que las leyes de orden privado o las de orden público interno”¹⁴².

Algunos juristas como Jürgen Samtleben piensan que este Código no fue creado para gobernar de manera especial las relaciones de los Estados contratantes, sino como un

¹³⁴ Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho internacional privado*, La Habana, Carasa y Cía., 1931, Tomo I, pp. 37-47.

¹³⁵ Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., p. 32.

¹³⁶ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 29.

¹³⁷ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 29.

¹³⁸ Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *El orden público. Estudio de Derecho internacional privado*, La Habana, Imprenta y Papelería “La Universal” de Ruíz y Hermano, 1893, pp. 75-89.

¹³⁹ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., pp. 42-43.

¹⁴⁰ Samtleben, Jürgen, *La aplicación del Código Bustamante en Venezuela*, en: *Libro Homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1975, p. 321.

¹⁴¹ Código Bustamante, art. 3. “Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: i) Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno. ii) Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional. iii) Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado”.

¹⁴² Sánchez de Bustamante y Sirven, *El orden público...*, ob. cit., p. 119.

instrumento de codificación general del Derecho internacional privado, cuya autoridad científica se fundamenta en la gran atención que siempre ha despertado en las obras de Derecho internacional privado escritas en América, donde constituye un factor decisivo para comprender, en la práctica, la aplicación del Derecho internacional privado¹⁴³.

Con la entrada en vigencia del Código Bustamante en 1932, Venezuela junto con Brasil, Cuba, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y República Dominicana, se convierte en pionera en la utilización de la normativa adecuada en casos con elementos de extranjería y también en el desarrollo y avance del Derecho internacional privado¹⁴⁴.

Aunque el Código Bustamante no resuelve la contienda doctrinaria de Suramérica y la concepción de los países que favorecen el criterio de nacionalidad o el del domicilio para regir el estatuto personal de sus ciudadanos, por la posición transaccional¹⁴⁵, contenida en su artículo 7¹⁴⁶, que no obliga a los países de los Tratados de Montevideo o de cultura Río Platense a que se vinculen a él y careciendo, además, de una tendencia ideológica, es al mismo tiempo pluralista, y en Venezuela ha ejercido siempre una gran influencia desde su entrada en vigor, aún para resolver casos con países que no son partes y cuyas soluciones no están previstas en la legislación interna por la vía de la analogía (*ubi eadem est ratio, eadem juris dispositio esse debet*) y de los principios generales¹⁴⁷.

El Código Bustamante regula —según su propio creador— entre otras cosas, varias reglas generales sobre la igualdad civil y la identidad de garantías políticas, así como los criterios para la aplicación de las leyes personales, el orden público y los derechos adquiridos¹⁴⁸, sin pretensiones de convertirse en una “obra de escuela o sistema, ni a imponer a toda América el derecho de una sola nación; pero no pierde de vista el interés común de todas y la necesidad de que ciertos principios sirvan de inspiración y de piedra de toque a las soluciones prácticas”¹⁴⁹.

¹⁴³ Samtleben, Jüergen, *Derecho internacional privado en América Latina. Teoría y práctica del Código Bustamante* (Trad. C. Bueno-Guzmán) Buenos Aires, Depalma, 1983, Vol. I, Parte General, pp. 178-189.

¹⁴⁴ Maekelt, Tatiana, El futuro del nuevo Derecho internacional privado venezolano en el próximo siglo, en: *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. 2000, No. Especial, p. 65.

¹⁴⁵ Boutín, Gilberto, *Código Bustamante y normas de Derecho internacional privado*, Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, 1990, p. 67.

¹⁴⁶ Código Bustamante, art. 7. “Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior”.

¹⁴⁷ Ver máxima de jurisprudencia en: Maekelt, Tatiana et al., *Material de clase para Derecho internacional privado*, Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídica y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª ed., 2000, p. 138. Ver también: Hernández-Bretón, Eugenio, Universalismo y nacionalismo en el Derecho internacional privado, en: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2008, No. 146, 2008, p. 586. Ver también: Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 39.

¹⁴⁸ Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, La Habana, Imprenta Avisador Comercial, 1929, p. 25.

¹⁴⁹ Sánchez de Bustamante y Sirven, *El Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 24.

En cuanto a los derechos adquiridos, nomenclatura de 1928 para referirse a lo que hoy también se conoce como situaciones jurídicas válidamente creadas bajo el amparo de un Derecho extranjero, el Código Bustamante acepta el reconocimiento de situaciones que fueron nacionales *ab initio* y se internacionalizaron posteriormente¹⁵⁰. La formulación general de este principio está contenida en el artículo 8 de este instrumento¹⁵¹. En efecto este artículo dispone:

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.

De acuerdo con la norma transcrita, el reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de un Derecho extranjero, constituye la regla y su excepción remite a aquellos casos donde tal admisión podría violar flagrantemente principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado contratante involucrado.

Sin embargo, la disposición resulta poco adecuada para sus propios propósitos porque, como es bien sabido el Código Bustamante, está compuesto en su mayoría por normas de conflicto y éstas no constituyen derechos¹⁵².

La norma del Código Bustamante, debería referirse, en todo caso, a “los derechos adquiridos de acuerdo con el ordenamiento jurídico indicado por las normas de conflicto contenidas en este Código”, pues de lo contrario el derecho sólo se considerará adquirido válidamente de conformidad con las normas de conflicto del Código y como consecuencia de ello, carecería de eficacia *ex proprio vigore*¹⁵³.

La disposición del artículo 8 refleja entonces, como se refirió en la primera parte de este trabajo, la solución propuesta por Pillet, quién sostenía que un derecho sólo sería considerado “bien adquirido” si esta adquisición se había producido conforme a la Ley declarada aplicable por la norma de conflicto del *forum*¹⁵⁴, y si literalmente se interpreta así no se está agregando nada novedoso al clásico método conflictual del Derecho internacional privado, ya que únicamente se estarían protegiendo las situaciones jurídicas válidamente creadas por las normas de conflicto del foro¹⁵⁵.

Con esta solución se deja de lado el carácter excepcional, que en relación a las situaciones jurídicas válidamente creadas tiene la norma de conflicto, es decir, la legislación señalada como competente por ésta no será tomada en cuenta cuando desconozca una situación

¹⁵⁰ Goldschmidt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 147.

¹⁵¹ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 145.

¹⁵² Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 129.

¹⁵³ Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 195.

¹⁵⁴ Pillet, *Principios de Derecho...*, ob. cit., pp. 347-356.

¹⁵⁵ Parra Aranguren, *Curso general de Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 196.

jurídica válidamente creada de acuerdo con otro Derecho, por lo que habrá que buscar una solución alternativa constituida, justamente, por la institución de los derechos adquiridos.

Vale decir aquí, que para Bustamante el principio de protección de los derechos adquiridos no es más que la consecuencia necesaria de la aplicación del Derecho competente y su inclusión en el Código Bustamante fue sólo para descartar cualquier duda respecto a ello¹⁵⁶, dándole más importancia a la excepción del orden público para el reconocimiento de los derechos adquiridos, excepción a la cual se le otorga en el contexto del artículo 8, en principio, una función: el reconocimiento de los derechos dependerá siempre de que sus efectos no contradigan una “regla de orden público internacional”¹⁵⁷.

Al respecto, juristas como Jürgen Samtleben señalan que en el marco del artículo 8 del Código Bustamante, se excluye el reconocimiento con arreglo a la legislación competente si con esto se lesiona el orden público internacional establecido por el derecho sustantivo del foro¹⁵⁸, terminando así —en opinión de Samtleben— todas las dificultades que pudieran surgir del concepto de los derechos adquiridos¹⁵⁹.

Conviene señalar también que aunque el texto del Código Bustamante adolece de graves “defectos terminológicos”¹⁶⁰, que pueden suscitar dudas al intérprete y hacer difícil su comprensión, ha perseguido siempre como objetivo primordial “encontrar soluciones obligatorias a los conflictos de leyes que surjan en el Continente Americano, consolidando las relaciones de carácter jurídico, comerciales, personales y familiares entre las personas que habitan en territorio americano...”, al tratar de determinar “cuál es la disposición legal aplicable” para cada relación jurídica¹⁶¹.

El texto del Código Bustamante era contrapuesto con la posición territorialista que en un principio tenía la doctrina patria, se mencionaban con frecuencia sus disposiciones en diferentes contextos; aunque raramente en exposiciones o comentarios sistemáticos¹⁶², pero basando estas referencias, casi siempre, en el derogado artículo 8 del Código de Procedimiento Civil venezolano que establecía: “...en los casos del Derecho internacional privado, los jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión;...”¹⁶³, con lo cual se deduce que

...las disposiciones del Código pueden aplicarse también fuera de su campo contractual... en cuanto concuerden con el espíritu de la legislación nacional, o como

¹⁵⁶ Samtleben, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 203.

¹⁵⁷ Sánchez de Bustamante y Sirven, *El Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 36.

¹⁵⁸ Samtleben, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., pp. 203-205.

¹⁵⁹ Samtleben, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 205.

¹⁶⁰ Muci Abraham, *Código de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 44.

¹⁶¹ Linares, *Código Bustamante...*, ob. cit., pp. 9-10.

¹⁶² Samtleben, *La aplicación del Código Bustamante...*, ob. cit., p. 323.

¹⁶³ Publicado en Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario, 18 de septiembre de 1990.

principios generales del Derecho internacional privado. En caso de falta de una regulación legal expresa, se acepta así la posibilidad de aplicar subsidiariamente el Código Bustamante¹⁶⁴.

Consecuentemente, a pesar de la contradicción aparente, el Código Bustamante resultó ampliamente aplicado por la jurisprudencia patria en ausencia de disposiciones legales expresas, en virtud de su amplia difusión en Venezuela durante varias décadas.

2. Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

a. Antecedentes

A lo largo de los siglos XIX y XX estuvo siempre presente, en el contexto de las relaciones internacionales, la idea de realizar una codificación sobre ciertos temas de Derecho internacional privado, pasando por las etapas globalista y sectorialista en cuyo marco se efectuaron el Congreso Anfictiónico de Panamá, los Tratados de Montevideo y las Conferencias Panamericanas, como ya fue reseñado *supra*. En las numerosas propuestas y reuniones que se sucedieron en diversos países americanos se halló siempre presente la exaltación de la soberanía y la independencia. Si bien es cierto, que los móviles subyacentes de las reuniones eran más de carácter político que jurídico, y los encuentros tendían más a concretar alianzas entre las naciones americanas con el objeto de desarrollarse más autónomamente frente a las grandes potencias, no es menos cierto que la proliferación de estas reuniones vino a afianzar un sentimiento solidario en América que hizo germinar y concretar una gran inquietud codificadora¹⁶⁵.

En 1949, el Comité Jurídico Interamericano de la Organización de los Estados Americanos, en su “Informe sobre el plan para el desarrollo y la codificación del Derecho internacional público y del Derecho internacional privado”¹⁶⁶, daba los primeros pasos para encontrar la armonía de soluciones en casos de conflictos de leyes. Un cuarto de siglo más tarde, en Panamá en 1975, se produjo la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, abandonando definitivamente el enfoque globalista para sustituirlo por la codificación gradual y progresiva¹⁶⁷. Desde entonces, bajo los auspicios de la

¹⁶⁴ Samtleben, La aplicación del Código Bustamante..., ob. cit., p. 324.

¹⁶⁵ Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano*..., ob. cit., pp. 24-36.

¹⁶⁶ *Actas y Documentos de la Organización de los Estados Americanos sobre Derecho Internacional Privado*, OEA/Ser. Q/II.9, Washington, 1973. p. 1.

¹⁶⁷ Parra Aranguren, Gonzalo, *Escritos diversos de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 245.

OEA, se han venido convocando y efectuando estas Conferencias, comúnmente designadas con las siglas CIDIP.

Luego del éxito de la CIDIP I y en vista de los elogiosos conceptos emitidos por el Presidente del Comité Jurídico Interamericano, Reynaldo Galindo Pohl y del Representante del mismo, José Joaquín Caicedo Castilla¹⁶⁸, en el Informe que rindieron el 14 de Marzo de 1975 en la Asamblea General de la OEA, se acogió con entusiasmo la propuesta de convocar una Segunda Conferencia para continuar las labores iniciadas en la Primera.

Así, el 19 de Mayo de 1975 fue convocada la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, mediante Resolución aprobada por la Asamblea General de la OEA¹⁶⁹, aceptando el ofrecimiento del Gobierno del Uruguay para ser sede¹⁷⁰ y, delegando en la Secretaría General de la OEA la elaboración de un Proyecto preliminar de Temario para la misma¹⁷¹. En este Proyecto se contemplaba la elaboración de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁷², de interés fundamental para esta investigación por el desarrollo y evolución respecto a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas.

La elaboración de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado quedó a cargo de la Comisión II¹⁷³, actuando como Presidente de la misma el Delegado venezolano, Gonzalo Parra Aranguren, como Vicepresidente Werner Goldschmidt en representación de Argentina y como Relator el uruguayo Didier Operti¹⁷⁴.

Esta Convención de Normas Generales constituyó para los participantes de la Segunda Conferencia un

...extraordinario alarde de sabiduría, de profundo conocimiento de la materia y cuyo contenido ha demostrado la identificación total de un grupo de juristas americanos con el nuevo Derecho internacional privado. Su saber y preocupación por la materia han hecho posible este gigantesco paso adelante que es el testimonio de la madurez jurídico-científica

¹⁶⁸ Parra Aranguren, Gonzalo, *La Segunda Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado* (CIDIP-II). Acta Internacional, pp. 85-86.

¹⁶⁹ AG7RES.187 (V.075)

¹⁷⁰ *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 47.

¹⁷¹ *Actas y Documentos Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 5.

¹⁷² Parra Aranguren, *La Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 92.

¹⁷³ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 63-65.

¹⁷⁴ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada...*, ob. cit., p. 67.

de nuestro continente y que constituye la garantía del futuro desarrollo del Derecho internacional privado americano¹⁷⁵.

Además de la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, en esta Segunda Conferencia se aprobaron otros siete instrumentos que, a decir de los presentes, facilitarían las relaciones entre los particulares en un Derecho internacional privado considerado a veces como “torre de marfil”¹⁷⁶, pero práctico y necesario para lograr la seguridad jurídica. La Convención sobre Normas Generales fue considerada como la más importante.

b. Artículo 7

El Artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales señala lo siguiente:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan 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.

Esta norma “...fue motivo de amplias y detenidas discusiones”¹⁷⁷ por parte del Grupo de Trabajo de la Comisión II, integrado por los Delegados de Argentina, Brasil, Ecuador, México, Uruguay, Colombia, Honduras, Perú, Venezuela y República Dominicana¹⁷⁸. El reconocimiento de los derechos adquiridos o de las situaciones jurídicas válidamente creadas, se encontraba regulado en dos de los tres Proyectos de Convención, que sobre la parte general del Derecho internacional privado fueron presentados para su consideración.

El primer proyecto fue presentado por el Comité Jurídico Interamericano, aprobado el 24 de Enero de 1978¹⁷⁹ y se establecía en el artículo 7 lo siguiente:

Los derechos adquiridos de buena fe en el extranjero en virtud de actos jurídicos o resoluciones judiciales, válidos según el derecho de ese Estado, serán reconocidos en los otros Estados contratantes, a menos que el Estado de reconocimiento reclame competencia exclusiva en la materia, o sean contrarios a sus principios de orden público.

¹⁷⁵ Maekelt, Tatiana, Discurso pronunciado en la sesión de clausura celebrada el día 8 de mayo de 1979, en: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*, Washington, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1980, Vol. I, p. 239.

¹⁷⁶ Maekelt, Tatiana, Discurso pronunciado en la sesión de clausura, p. 238.

¹⁷⁷ Opetti, Didier, Informe del relator de la Comisión II referente al tema de normas generales de Derecho internacional privado, en: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. I, pp. 43-65 y 285-289.

¹⁷⁸ Opetti, Informe del relator de la Comisión II..., ob. cit., p. 285.

¹⁷⁹ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., pp. 399-401.

Con una norma muy parecida a la propuesta por el Comité Jurídico Interamericano, sin contener la expresión “buena fe”, los profesores mexicanos José Luis Siqueiros y Carlos Arellano García¹⁸⁰ propusieron, bajo el artículo 3, la siguiente solución:

Los derechos adquiridos en el extranjero en virtud de actos jurídicos o resoluciones judiciales, válidos según el Derecho de ese Estado, serán reconocidos en los otros Estados Partes, a menos que el Estado de reconocimiento reclame competencia exclusiva en la materia, o seas contrarios a sus principios de orden público.

La Delegación argentina, encabezada por el Profesor Werner Goldschmidt, presentó una Propuesta de Enmienda al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado¹⁸¹, que no contenía en sus disposiciones referencia alguna a los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas; por el contrario, suprimía el artículo 7 y no se dieron en el seno de la Comisión II argumentaciones para tal supresión¹⁸².

El reconocimiento de los derechos adquiridos suscitó en el seno de la Comisión II, un intenso debate que comenzó con el rechazo a la fórmula original propuesta por el Comité Jurídico Interamericano, pues más que de los derechos adquiridos se refería a la “validez extraterritorial de una relación jurídica válidamente creada en un Estado...”¹⁸³, por lo que el Grupo de Trabajo de la Comisión II redactó el artículo de la manera siguiente:

Las relaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión razonable al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes¹⁸⁴.

Esta fórmula con la cual algunos Delegados, como el brasileño Haroldo Teixeira Valladão, estuvieron de acuerdo, casi en su totalidad, debido a que “la fórmula del artículo propuesto agota completamente la doctrina clásica de los derechos adquiridos”¹⁸⁵.

El debate se intensificó con la proposición de la Delegación venezolana de sustituir el artículo 7 del Proyecto del Comité Jurídico Interamericano¹⁸⁶ y reemplazar del artículo redactado por el Grupo de Trabajo, el término “relaciones jurídicas” por “situaciones jurídicas”¹⁸⁷, por considerarse este último más amplio y adecuado, ya que reflejaba la teoría que

¹⁸⁰ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, pp. 405-406

¹⁸¹ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, pp. 414-417.

¹⁸² *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 415.

¹⁸³ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 217.

¹⁸⁴ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, pp. 232-233.

¹⁸⁵ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁸⁶ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. I, p. 286.

¹⁸⁷ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. I, p. 289.

ha suplido a los derechos adquiridos. Igualmente la Delegación mexicana formuló una propuesta para cambiar el mencionado artículo¹⁸⁸.

Ahora bien, el texto para el artículo 7 propuesto por la Delegación venezolana era el siguiente:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero de acuerdo con todas las leyes con las cuales se encuentran conectadas al momento de su constitución, serán reconocidas en los demás Estados partes¹⁸⁹.

Mientras que el nuevo texto propuesto para el artículo 7 por la Delegación mexicana era del tenor siguiente: “Los actos celebrados y los derechos originados en un Estado contratante, serán válidos en el Estado receptor, si unos u otros se ajustan a las leyes de este último”¹⁹⁰.

En principio, ninguna de las dos propuestas obtuvo consenso en el Grupo de Trabajo de la Comisión II, en la cual se redactó la norma siguiente:

Las relaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión razonable al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes¹⁹¹.

Al ser presentado este texto en la décima sesión de la Comisión II¹⁹², el Delegado de Brasil, Haroldo Teixeira Valladão¹⁹³, estimó que el vocablo “razonable” desvirtuaba el principio tradicional del derecho adquirido y constituía una violación de una norma usual de Derecho internacional privado¹⁹⁴, argumento que fue apoyado también por el Delegado colombiano Marco Monroy Cabra¹⁹⁵, agregando además que la norma pretendía revivir la teoría de los derechos adquiridos que para muchos ya estaba en el museo¹⁹⁶.

Monroy Cabra, sin embargo, señaló que no tenía inconveniente en apoyar la redacción del artículo si ésta se hiciera de una forma más clara, tal y como lo había propuesto la Delegación venezolana y se hablara de “situación jurídica” en lugar de “relación jurídica”, ya

¹⁸⁸ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 419.

¹⁸⁹ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p.421.

¹⁹⁰ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 418.

¹⁹¹ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁹² *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 215.

¹⁹³ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁹⁴ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁹⁵ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁹⁶ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

que la primera comprendía no sólo los actos sino también los hechos jurídicos que produjeran efectos en un derecho¹⁹⁷.

A los señalamientos del Delegado brasileño, respecto a la “*conexión razonable*”, se le sumaron, además los de Monroy Cabra, los del Delegado de Ecuador, Vela Hervás¹⁹⁸, así como del Presidente de la instancia, el Delegado venezolano Gonzalo Parra Aranguren, para quienes la expresión sólo ofrecería dificultades, en primer lugar por no conocerse el concepto para “medir lo razonable” y en segundo lugar porque le impediría al juez contar con criterios para determinar la “conexión”¹⁹⁹.

Al finalizar las deliberaciones de la CIDIP II, el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales quedó aprobado de la manera siguiente:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan 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.

Para autores como Werner Goldschmidt, de esta manera el artículo no receptaba la versión de la teoría de los derechos adquiridos que consagraba el artículo 3 de la propuesta mexicana y de manera mitigada el artículo 7 del proyecto del Comité Jurídico Interamericano, que de alguna manera consagraba la teoría de los derechos adquiridos como aquella que postulaba normas de conflicto de validez universal; en cambio, tal y como quedó en definitiva la regulación del artículo 7, éste descansa en la teoría de los derechos adquiridos según

... todos los derechos eventualmente competentes. Esta doctrina no cree en normas indirectas de validez universal, pero si parte del hecho de que en cada caso según el DIPr comparado solo luchan en torno a la competencia unas pocas normas indirectas²⁰⁰.

Esta norma ha sido interpretada como particularmente satisfactoria para los casos nacionales que con posterioridad se convierten en internacionales, con lo cual se resolverían los supuestos en los cuales una de las leyes es favorable a la creación de la situación jurídica y las otras se niegan a reconocerla —acogiéndose la propuesta de Meijers, expresada *supra*— de reconocer las situaciones jurídicas válidamente creadas, sólo después de revisar como se constituyeron las mismas, conforme al ordenamiento jurídico indicado como aplicable por todas las leyes que tuvieran contacto con la relación²⁰¹.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado es un instrumento único a nivel mundial, ya que no existe otra normativa que regule la

¹⁹⁷ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

¹⁹⁸ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 234.

¹⁹⁹ *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada Interamericana...*, ob. cit., Vol. III, p. 233.

²⁰⁰ Goldschmidt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 153. Ver también Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., pp. 53 y 170.

²⁰¹ Parra Aranguren, *Curso general...*, ob. cit., pp. 199-209.

teoría general del Derecho internacional privado. Evidentemente, su artículo 7 mejora lo dispuesto en el artículo 8 del Código Bustamante al consagrar el reconocimiento de los derechos adquiridos de acuerdo con todas las leyes competentes; lo que constituye una interpretación más liberal, que se adecúa mejor a los fines del Derecho internacional privado, además de encontrar eco en la doctrina europea y en el Tratado de Benelux²⁰².

La redacción reúne los “requisitos de precisión conceptual y terminológica imprescindibles para otorgar seguridad jurídica...”, respondiendo, además, a las corrientes doctrinales y jurisprudenciales del Continente y perfeccionando “...la fórmula empleada en el Código Bustamante...”, por lo que puede ser “...considerado un aporte positivo al proceso de unificación convencional del Derecho internacional privado hemisférico”²⁰³.

C. Soluciones nacionales: Ley de Derecho Internacional Privado (1998)

1. Antecedentes del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado

La regulación de los derechos adquiridos válidamente al amparo de un Derecho extranjero, se encuentra dentro del Capítulo I de la Ley de Derecho Internacional Privado, por ser parte de los problemas técnicos generales que son comunes al funcionamiento de las normas de conflicto²⁰⁴ y que conducen a la solución de los casos con elementos de extranjería.

El más remoto antecedente²⁰⁵ del artículo 5 de la vigente Ley de Derecho Internacional Privado se encuentra en el Proyecto Arcaya, como se referirá *infra*. La redacción finalmente consagrada en el artículo 5 es casi idéntica a la del Proyecto 1963-1965 que tutela el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, ya que sería absurdo que cada sistema legal las desconociese actuando como si fueran los únicos capaces de validarlas, produciendo con ello un aislamiento inconcebible en el mundo moderno²⁰⁶.

Al ahondar en los antecedentes del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se evidencia que el más directo de estos, es el que estaba consagrado en el Proyecto

²⁰² Tratado firmado por Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo el 5 de septiembre de 1944.

²⁰³ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., pp. 171-172.

²⁰⁴ Maekelt, *Antecedentes y metodología...*, ob. cit., p. 24.

²⁰⁵ Se entiende la palabra antecedente como: “Acción, dicho o circunstancia que sirve para comprender o valorar hechos posteriores”. Ver: Diccionario de la Lengua española, Madrid, 2001, Edición 22, p. 162.

²⁰⁶ Guerra Hernandez, Víctor Hugo, Artículo 5. Derechos adquiridos, en: T. Maekelt et al. (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I pp. 232-233.

de 1963-1965 y aun cuando la Exposición de Motivos del mismo no incluía referencias al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas al amparo de un Derecho extranjero, los redactores de la Ley de Derecho Internacional Privado calcularon la norma casi en su totalidad, agregándole al orden público, figura consagrada de manera general en el artículo 8²⁰⁷, como una excepción al reconocimiento de estas situaciones, lo que muestra la necesaria relación que debe haber entre las dos instituciones como “caras diferentes de una misma moneda”²⁰⁸.

En el sistema venezolano de Derecho internacional privado, desde Andrés Bello²⁰⁹ — como se refirió *supra*— incluyendo el Proyecto Arcaya, siempre se ha planteado la necesidad de reconocer los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas, a la luz de ciertas excepciones y con el cumplimiento de determinados requisitos²¹⁰, a los cuales se hará referencia *infra*.

a. Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado de 1912 (Proyecto Arcaya)

Como se afirmó *supra*, el origen del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se encuentra en el artículo 6 del Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado elaborado por el Doctor Pedro Manuel Arcaya²¹¹, (Proyecto Arcaya), a principios del siglo pasado, exactamente en 1912, con la intención de que se suprimieran del Código Civil²¹², del Código de Comercio²¹³ y del Código de Procedimiento Civil todas las disposiciones relativas al Derecho internacional privado²¹⁴. Disponía el artículo 6 de ese Proyecto lo siguiente:

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 4²¹⁵.

²⁰⁷ LDIP, art. 8: “Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

²⁰⁸ Guerra Hernández, Artículo 5..., ob. cit., p. 233.

²⁰⁹ Bello, *Derecho internacional...*, ob. cit., p. 98.

²¹⁰ Guerra Hernández, Artículo 5..., ob. cit., p. 234.

²¹¹ Eminente jurista venezolano. Ver también: Maekelt, Tatiana, *El Derecho venezolano a finales del Siglo XX. Ponencias venezolanas al XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol-Inglatera)*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, p. 126.

²¹² Publicado en la Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

²¹³ Publicado en la Gaceta Oficial No. 475 Extraordinario, 21 de diciembre de 1955.

²¹⁴ Ver: Proyecto de Ley de aplicación del Derecho Internacional Privado (Proyecto Arcaya), en: Maekelt et al., *Material de clase...*, ob. cit., pp. 114-116.

²¹⁵ Proyecto Arcaya, art. 4: “Nunca se aplicarán en la República disposiciones legales extranjeras de carácter político, administrativo, fiscal, penal ni policial, ni las que sean contrarias a las buenas costumbres ni al derecho público venezolano”.

En la moción introductoria, Pedro Manuel Arcaya no hacía ninguna referencia a ese artículo 6, mas no puede pensarse que era por falta de importancia, sino porque se trataba de un papel de trabajo presentado a la Comisión Revisora de los Códigos Nacionales²¹⁶, para adaptar las normas de estos a la realidad del país en ese momento y, por lo tanto, no se efectuó mención exegética de cada uno de los artículos que contenía. Esa iniciativa convirtió a Arcaya en pionero de la autonomía legislativa en materia de Derecho internacional privado en Venezuela²¹⁷.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del jurista venezolano, su Proyecto no fue estudiado por las Comisiones Revisoras del Ministerio de Relaciones Exteriores, y su estudio se postergó para luego de que se concluyeran las reformas a los Códigos de la República²¹⁸.

Ahora bien, indudablemente la referencia al reconocimiento de los derechos adquiridos hecha en los albores del siglo pasado ayudó a la materialización de la norma consagrada en la Ley de Derecho Internacional Privado vigente, pues el solo hecho de ordenar ya en 1912 el reconocimiento de los derechos adquiridos constituyó un mandato de avanzada, y a pesar de que podría tener que realizarse el reconocimiento a partir de más de un Derecho extranjero, la frase “respectivo país” consagrada en su texto arrojaba sombras al respecto.

El Proyecto Arcaya planteaba excepciones al reconocimiento, referidas a la competencia del Derecho extranjero no discutible según la ley venezolana y a la ausencia de contradicción entre el Derecho extranjero y el orden público, demostrándose con ello la exigencia, desde siempre, de ciertos parámetros para efectuar el reconocimiento.

b. Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1963)

Cincuenta y un años transcurrieron desde el Proyecto Arcaya, y es en 1963 cuando se da a conocer un Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. Este Proyecto es resultado de un prolongado proceso de discusión, estudio y refinación de conceptos cuyas pretensiones eran congeniar la doctrina venezolana con el Derecho comparado y el contexto social de esa década²¹⁹. Su redacción estuvo a cargo de los Doctores Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra Aranguren²²⁰.

²¹⁶ Nominada por acuerdo del Congreso Nacional de los Estados Unidos de Venezuela el 7 de junio de 1911.

²¹⁷ Esis y Resende, Antecedentes de la Ley..., ob. cit., p. 6.

²¹⁸ Herrera Mendoza, Lorenzo, La Escuela Estatutaria de Venezuela y su evolución hacia la territorialidad, en: *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, Empresa El Cojo, 1960. p. 209.

²¹⁹ Esis y Resende, Antecedentes de la Ley..., ob. cit., pp. 14-16.

²²⁰ Todos profesores de la Universidad Central de Venezuela.

Al igual que en la actual Ley de Derecho Internacional Privado, el reconocimiento a las situaciones jurídicas creadas al amparo de un Derecho extranjero, se encontraba regulado en ese Proyecto en el artículo 5, que era del tenor siguiente:

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.

Esta disposición era muy similar a la que establece actualmente la Ley de Derecho Internacional Privado²²¹, sin embargo, no tenía la excepción referida a la “incompatibilidad manifiesta” con los principios esenciales del orden público venezolano, como límite al reconocimiento de estos derechos, cuya incorporación es positiva en la medida en que amplía las posibilidades de reconocimiento de los derechos adquiridos al establecer, de manera tácita, que no se deben dejar de reconocer estos cuando se tratan de “violaciones” inocuas que no se proyecten sobre el ordenamiento jurídico venezolano, tal como se hará referencia *infra*²²².

Aun cuando en Venezuela la situación legislativa era precaria respecto del Derecho internacional privado, este Proyecto recibió diversos comentarios favorables por parte de los autores extranjeros como Werner Goldschmidt, para quién el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia de Venezuela constituía “una obra importante de técnica legislativa y de madurez científica”²²³ que, con leves modificaciones en su Parte General, se convertiría en ley vigente y provocaría en otros países de Hispanoamérica reformas similares en materia de Derecho internacional privado²²⁴. Respecto a la regulación de las situaciones jurídicas válidamente creadas, Goldschmidt afirmó: “Esta redacción resuelve el problema de la legitimidad de la adquisición del derecho con acierto” al atribuirle como condición positiva que el “...Derecho extranjero que concede el derecho sea competente de acuerdo a criterios internacionalmente admisibles y como condición negativa que el “...Derecho venezolano no reclame en la materia competencia exclusiva”²²⁵.

²²¹ Guerra Hernández, Artículo 5..., ob. cit., p. 233.

²²² Madrid Martínez, Claudia, Artículo 8. Orden público en el Derecho internacional privado, en: T. Maekelt et al., *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, pp. 295-299.

²²³ Goldschmidt, Werner, El Proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado, en: *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. I, p. 123.

²²⁴ Goldschmidt, El Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 123.

²²⁵ Goldschmidt, El Proyecto venezolano..., ob. cit., p.120.

Por su parte, Fritz von Schwind afirmó que las disposiciones contenidas en el Proyecto venezolano eran producto de un conocimiento profundo de las tendencias modernas en el desarrollo del Derecho y representaban “un reconocimiento prudente, al mismo tiempo que audaz, del futuro del Derecho internacional privado”²²⁶. Con relación al artículo 5, el autor afirmó que se trataba de “...una solución generosa que favorece el Derecho extranjero, resguardando al mismo tiempo los intereses nacionales del país”²²⁷.

También Paul Heinrich Neuhaus se pronunció al respecto, afirmando que el Proyecto venezolano formulaba una respuesta “ilimitadamente positiva a las preguntas discutidas en otros países” y representaba, en suma, una obra que merecía viva atención, el cual, con algunas pequeñas correcciones debía elevarse, “a la brevedad posible, a la categoría de ley vigente”²²⁸.

En general, el Proyecto de 1963 se consideraba notable y actualizado para lograr independizar la codificación del Derecho internacional privado en un cuerpo legal propio; además en el mismo, por vez primera, se proponía el cambio del factor de conexión de las personas físicas de nacionalidad a domicilio.

Lo anteriormente expuesto, constituye una demostración de que en Venezuela, como se señaló *supra*, siempre se ha tenido presente la necesidad de reconocer los derechos adquiridos que, excepciones aparte, es lo que garantiza a las personas la continuidad y vigencia de sus derechos, aun cuando por diferentes motivos hayan tenido que desplazarse y pretendan hacerlos valer fuera del lugar donde fueron constituidos.

c. Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1965)

A pesar de que la publicación del Proyecto de 1963 recibió como respuesta categórica “el más profundo silencio”²²⁹ del mundo jurídico venezolano, eso no amilanó a los proyectistas²³⁰. Dos años después, en 1965, estos le hicieron revisiones y ligeras actualizaciones en temas puntuales, como por ejemplo lo relacionado al cambio de domicilio, que según el texto de 1963, tendría lugar después de un año de ingresar al territorio del Estado

²²⁶ von Schwind, Fritz, Disposiciones del Proyecto venezolano y recientes tendencias del Derecho internacional privado (Trad. H. Leu), en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. I, p. 133.

²²⁷ von Schwind, Disposiciones del Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 131.

²²⁸ Neuhaus, Paul Heinrich, Proyecto Venezolano de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado (1970). Observaciones de Derecho comparado (Trad. T. Maekelt), en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. I, pp. 139-143.

²²⁹ Parra Aranguren, Gonzalo, La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, Vol. II, No. 1, p. 193.

²³⁰ Maekelt, El futuro del nuevo Derecho internacional privado..., ob. cit., p. 126.

donde sería adquirido el nuevo; mientras que en el texto que presentaron en 1965 agregaban un elemento adicional al respecto: la intención de fijar en ese territorio la residencia habitual²³¹.

En la versión del Proyecto de 1965, se mantiene una de las modificaciones más importantes en relación con el Proyecto Arcaya, y es la sustitución del vocablo derechos adquiridos por “situaciones jurídicas”, modificación que conlleva, como se señaló supra, a conceder más amplitud al concepto²³². Esto representó para la época el ensamblaje con la doctrina moderna al englobar un conjunto de situaciones diferentes a los derechos propiamente dichos²³³, ya que “desde el punto de vista jurídico todos los derechos deben ser creados por una ley. Un derecho es un producto artificial y no un simple hecho natural. Para que un derecho exista es necesario que haya una ley competente”²³⁴.

A diferencia de lo estipulado en el Proyecto Arcaya, la norma contenida en el Proyecto de 1965 tampoco hace referencia a la excepción del orden público para el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas en el extranjero, excepción que nuevamente aparece, pero de manera restrictiva, es decir, aplicable sólo cuando el Derecho extranjero “viola manifiestamente” los principios fundamentales en los cuales reposa el ordenamiento jurídico²³⁵.

Aunque la versión de 1965 tampoco se discutió en el Congreso venezolano²³⁶, fue ampliamente difundida por importantes autores tanto nacionales como extranjeros, y en 1975 el Ministerio de Justicia nombró nuevamente una Comisión Revisora del Código de Procedimiento Civil que reguló lo relativo a la competencia procesal internacional y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras. Estas modificaciones estuvieron basadas en los preceptos establecidos en el Proyecto de 1963-1965, que surcaron el camino hacia la materialización de una Ley autónoma para regular los casos con elementos extranjeros, treinta y tres años después²³⁷.

d. Influencia de tratados y convenciones internacionales

²³¹ Esis y Resende, *Antecedentes de la Ley...*, ob. cit., p. 19. Ver también Maekelt, *El futuro del nuevo Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 126.

²³² Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 35.

²³³ Madrid Martínez, *Instituciones generales...*, ob. cit., p. 35. Ver también: Maekelt, *Antecedentes y metodología...*, ob. cit., p. 35.

²³⁴ Biocca, Stella Maris, Sara L. Feldstein de Cárdenas y Victoria Basz, *Lecciones de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Editoria Universidad, 2ª ed., 1997, Parte General, p. 113.

²³⁵ Maekelt, *Antecedentes y metodología...*, ob. cit., pp. 35-36.

²³⁶ Esis y Resende, *Antecedentes de la Ley...*, ob. cit., p. 77. Ver también Maekelt, *El Derecho venezolano...*, ob. cit., p. 127.

²³⁷ Maekelt, *El Derecho venezolano...*, ob. cit., p. 127-128.

Tal como actualmente lo establece el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado²³⁸, la primera fuente del sistema venezolano está constituida por los tratados. Aunque en la actualidad se observa que los Estados muestran genuino interés en regular los supuestos de tráfico jurídico internacional a través de tratados²³⁹, esto no fue siempre así, ya que inicialmente las fuentes del Derecho internacional privado eran predominantemente internas.

En América se produjeron intentos de codificación desde 1826, como fue reseñado *supra* y en el continente europeo se encuentra un antiguo foro que patrocina y reglamenta materias de Derecho internacional privado: La Conferencia de La Haya, la cual data de 1893. En el ámbito interamericano, la Organización de Estados Americanos, OEA, a través del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, hoy transformado en Comité Jurídico Interamericano, inició en 1975 los trabajos para lograr una codificación integral de los diferentes aspectos del Derecho internacional privado. Los trabajos de este órgano se inician considerando la revisión de las disposiciones del Código Bustamante, para adaptarlas al *Restatement of the Law on Conflicts of Laws* y a los Tratados de Montevideo²⁴⁰, como se afirmó *supra*, idea que posteriormente fue descartada.

Sin embargo, en aras de lograr la codificación del Derecho internacional privado se efectúan las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, conocidas como CIDIP, como un nuevo impulso para lograr la codificación regional, teniendo siempre un insoslayable carácter heterogéneo y que hasta los años 90 fueron consideradas los motores de la prosperidad del Derecho internacional privado en América²⁴¹.

Es evidente la influencia de estos esfuerzos codificadores materializados en las CIDIP, los cuales se reflejan en el hecho de que varios países miembros de la OEA han procedido a reformar sus Códigos Civiles, en unos casos como Perú, México, Uruguay y Paraguay²⁴² y a materializar leyes especiales de Derecho internacional privado como es el caso de Venezuela.

Aunque los Proyectos venezolanos de 1912 y 1963-1965, a los que se hizo referencia *supra*, fueron el germen de la Ley de Derecho Internacional Privado vigente en Venezuela y, a

²³⁸ LDIP, art. 1. “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

²³⁹ Madrid Martínez, Claudia, Artículo 1. Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de las fuentes, en: T. Maekelt et al., *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, p. 142.

²⁴⁰ Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., pp. 15-16.

²⁴¹ Esis y Resende, *Antecedentes de la Ley...*, ob. cit., p. 59.

²⁴² Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., p. 64.

su vez, sirvieron, en un camino de ida y vuelta, para influir en algunas Convenciones tales como la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado²⁴³, es indudable que también las soluciones contenidas en cada uno de esos instrumentos jurídicos aprobados en las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, a pesar de las imperfecciones que puedan tener, señalan el camino para alcanzar un orden normativo válido para el hemisferio²⁴⁴.

D. Análisis del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado

1. Requisitos para el reconocimiento: criterios internacionalmente admisibles

El artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado regula, específicamente, los requisitos para reconocer las situaciones jurídicas creadas al amparo de un Derecho extranjero, y es importante en la medida en que en un mundo cada día más globalizado, las relaciones vinculadas a ordenamientos jurídicos diferentes se presentan con mayor frecuencia. Ante esta realidad la necesidad de reconocer situaciones que nacen de acuerdo a un ordenamiento jurídico extranjero y pretenden hacer surtir efectos en suelo patrio²⁴⁵, es cada vez más latente.

En efecto, como se reseñó *supra*, durante los trabajos de la Comisión II, en la CIDIP II, en la cual se aprobó la Convención de Normas Generales sobre Derecho Internacional Privado, la Delegación venezolana encabezada por Gonzalo Parra Aranguren, propuso la sustitución del vocablo “relaciones” por “situaciones” y con el apoyo mayoritario de los Delegados presentes, especialmente del Delegado colombiano Marco Monroy Cabra²⁴⁶, se sustituyó el término que, posteriormente, quedó expresado en la Ley venezolana.

Además de la sustitución de la controvertida expresión “derechos adquiridos” por la de “situaciones jurídicas”, la norma del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado exige como requisito que la situación haya sido creada de acuerdo a un Derecho extranjero declarado competente de conformidad con “criterios internacionalmente admisibles”. Ello es sinónimo de flexibilidad y generosidad para favorecer la aplicación del Derecho extranjero y a la vez, resguardar los intereses nacionales del país²⁴⁷, a pesar de la dificultad que entraña definir

²⁴³ Parra Aranguren, Gonzalo, La loi vénézuélienne de 1998 sur le Droit international privé, en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, p. 213. En el mismo sentido Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado interamericano...*, ob. cit., p. 67.

²⁴⁴ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 188.

²⁴⁵ Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., pp. 68-69.

²⁴⁶ Parra Aranguren, *La Convención Interamericana...*, ob. cit., p. 181.

²⁴⁷ von Schwind, *Disposiciones del Proyecto venezolano...*, ob. cit., p. 131. En el mismo sentido: Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 68.

tales criterios²⁴⁸, respecto a la aplicabilidad del Derecho extranjero²⁴⁹, ya que no existe una lista de criterios que puedan considerarse internacionalmente admisibles.

Un señalamiento exacto sobre estos “criterios” no puede ser hecho sin incurrir en un error, debido a la variedad y complejidad que implica definir los mismos, aunado al riesgo de omitir alguno que pueda considerarse como tal. Vale agregar, sin embargo, que las consideraciones de los “criterios internacionalmente admisibles” son variadas y corresponderá al juez que decida sobre el reconocimiento de una situación, en cada caso concreto, calificar los mismos auxiliándose, entre otros elementos, con los principios generalmente aceptados.

De manera general, los principios son definidos por Luis Legaz y Lacambra como

principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de Derecho natural cuya eficiencia es preciso reconocer, aún en aquellos sectores del Derecho en los que no aparecen expresamente mencionados o se hallan traducidos en normas jurídicas incompletas como declaraciones de principios, etc.²⁵⁰.

En el marco del artículo 5 ellos cumplen una función diferente de la referida en el artículo 1²⁵¹ de la Ley de Derecho Internacional Privado, norma en la cual, los denominados “principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados”, son utilizados por el juez para integrar las lagunas del Derecho; mientras que en el artículo 5 auxilian en la determinación de los “criterios internacionalmente admisibles”.

Ahora bien, ¿qué se entiende por tales criterios? Pudiera pensarse que la expresión se refiere a criterios de competencia legislativa como los contenidos en las Convenciones y en las Leyes, aplicables al caso según la materia, que pudieran darle señales al operador jurídico sobre cuál es el ordenamiento jurídico conforme al cual debe considerarse la debida constitución de esas situaciones²⁵². Sin embargo, por la dificultad que entraña su exacta definición esto no puede asegurarse.

a. Doctrina extranjera

La doctrina extranjera que ha comentado los proyectos venezolanos, poco o nada ha dicho sobre los criterios internacionalmente admisibles. Así, Fritz von Schwind afirmó que todas las relaciones jurídicas creadas de acuerdo con un Derecho extranjero, cuya competencia

²⁴⁸ Esis y Resende, Antecedentes de la Ley..., ob. cit., p. 81.

²⁴⁹ von Schwind, Disposiciones del Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 131.

²⁵⁰ Legaz y Lacambra, Luís, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Editorial Bosch, 1953, p. 431.

²⁵¹ LDIP, art. 1 “Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

²⁵² Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 131.

para reglamentar las mismas sea admisible de acuerdo con estos “criterios internacionalmente reconocidos”, deben continuar produciendo sus efectos extraterritorialmente²⁵³, pero no arroja mayores detalles al respecto.

Por su parte, Paul Heinrich Neuhaus no hace referencia alguna a los “criterios internacionalmente admisibles” en sus consideraciones sobre el Proyecto venezolano de 1965. Finalmente, Werner Goldschmidt afirma que el hecho de exigir que el Derecho extranjero conforme al cual se constituyó el derecho sea competente de acuerdo con “criterios internacionalmente admisibles” es una condición positiva²⁵⁴, sin fundamentar el autor el uso de dicho calificativo.

b. Doctrina nacional

Acerca de los criterios internacionalmente admisibles, Tatiana Maekelt señala que al exigirse la creación de las situaciones conforme con un Derecho declarado competente de acuerdo a los mismos,

convierte a esta norma en una disposición más flexible que la incluida en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado en la medida en que no exige la conformidad con todas las leyes con las cuales tenga conexión al momento de su creación...²⁵⁵.

En la segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, efectuada el 27 de abril de 1996, los profesores de esta Cátedra de las Universidades Central de Venezuela, Católica Andrés Bello, Carabobo y Santa María, analizaron los artículos del Proyecto de 1963-1965, habida cuenta del tiempo transcurrido desde su elaboración y de la reforma legislativa del Código Civil en materia de familia. Respecto al artículo 5, estimaron que el mismo permitiría al juez encontrar una solución adecuada; y sólo se dejó constancia de que “se reflexionó sobre la dificultad de definir cuáles son los criterios internacionalmente admisibles, para determinar el reconocimiento o no de los Derechos Adquiridos”²⁵⁶, sin aportar un criterio para definirlos.

Igualmente, la Oficina de Asesoría Jurídica del entonces Congreso de la República de Venezuela, consideró que “El contenido de este último artículo, por su amplitud y flexibilidad, permitirá al juez encontrar una solución adecuada para cada caso”²⁵⁷.

²⁵³ von Schwind, Disposiciones del Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 131.

²⁵⁴ Goldschmidt, El Proyecto venezolano..., ob. cit., p. 120.

²⁵⁵ Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 68.

²⁵⁶ Esis y Resende, Antecedentes de la Ley..., ob. cit., p. 81.

²⁵⁷ Informe de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso de la República, con sus anexos, 2 de septiembre de 1996, p. 224.

Ahora bien, cabría pensar que los “criterios internacionalmente admisibles” son criterios de conexión, ya que no se trata de buscar respuesta directa, sino un Derecho aplicable. El juez venezolano va a valorar si esa conexión es “internacionalmente admisible” o no. Esa valoración no puede estar acorralada por el Derecho internacional privado venezolano, lo cual hace necesario una mirada más abierta para conocer cuáles son las tendencias en el Derecho Comparado.

Así, por ejemplo, si una persona ha adquirido un derecho sucesorio de acuerdo con la ley nacional del de *cujus*, en Venezuela le sería reconocido ese derecho, pues el Derecho venezolano consagra el Derecho del último domicilio del causante para regir las sucesiones. Debe igualmente tomarse en cuenta que el Derecho indicado como competente por criterios internacionalmente admisibles, no necesariamente coincide con el Derecho conforme al cual se constituyó la relación.

No se está valorando aquí la correcta aplicación del Derecho extranjero ni su correspondencia con los criterios del foro sino, si el derecho constituido fue adquirido de acuerdo a un criterio que pueda considerarse “internacionalmente admisible” y en virtud que la nacionalidad puede considerarse como tal, en este caso el derecho debe ser reconocido.

Otro ejemplo podría ser la condición de hijo adoptivo, adquirida como consecuencia de una adopción tramitada en el extranjero y que ha cumplido con todos los requisitos de fondo y forma exigidos para su validez de acuerdo con el Derecho del lugar del proceso. Esta adopción podrá surtir sus efectos en Venezuela en consideración al carácter de internacionalmente admisible de la conexión que permitió constituir dicha situación jurídica, que en este caso es el lugar del proceso.

En Venezuela, la Ley de Derecho Internacional Privado se refiere a reglas como la *lex rei sitae* y la regla *locus regit actum*²⁵⁸, que podrían ser calificadas como criterios internacionalmente admisibles. Sin embargo, sólo podrían utilizarse como tales fuera de su ámbito de aplicación—determinación del Derecho aplicable a los derechos reales sobre bienes y validez formal de los actos. De lo contrario, se estaría adoptando la solución del Código Bustamante, al considerar la validez de las situaciones de acuerdo con las normas de conflicto de la propia Ley, alterando con ello la solución contenida en el artículo 5 que ordena el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, si el Derecho que las creó se consideraba competente según “criterios internacionalmente admisibles”.

La inclusión de “criterios internacionalmente admisibles” destaca la autonomía de la disciplina y reafirma que la regulación del Derecho internacional privado no puede tener

²⁵⁸ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 131.

carácter nacional, sino que debe apoyarse en el Derecho Comparado, más claramente: las soluciones no dependen sólo de la legislación nacional, sino que deben ayudarse con los principios desarrollados en el Derecho Comparado, es decir, inducen a través de la comparación de las diversas soluciones más aceptadas en el Derecho internacional privado.

Como lo que se pretende es favorecer el reconocimiento, para así cumplir con el objetivo de la norma, se autoriza a flexibilizar los factores de conexión en función de ese fin, relajarlos o elegir el que el juez considere más adecuado dentro del marco general presente en los distintos ordenamientos. Lo anterior ha revelado que las instituciones jurídicas de los países, a pesar de sus diversidades, son lo suficientemente parecidas para permitir crear nociones más genéricas, válidas para la mayoría de los ordenamientos jurídicos, aunque esa generalidad debe ser siempre posible de verificar por medio del método comparado.

Como fue afirmado *supra*, no existe una lista de criterios, pero podría decirse que son los mecanismos técnicos que permiten relacionar una determinada situación con un ordenamiento jurídico y, para hacer la determinación de los mismos, el juez debe acudir al Derecho Comparado, lo cual le servirá para preservar el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas.

Vale la pena plantearse cuál debe ser la solución dada por un juez venezolano cuando se le solicita el reconocimiento del derecho a recibir el pago de daños punitivos, *punitive damages*, figura que no se encuentra consagrada en ningún precepto legislativo del Derecho venezolano, en el cual se regulan como daños resarcibles los referidos al daño emergente, lucro cesante y daño moral, ubicado este último en el sistema venezolano entre las disposiciones del Código Civil referidas a los hechos ilícitos.

No ofrece duda de ninguna clase que, en principio, el juez venezolano no podría reconocer este derecho, pues como es sabido los daños punitivos son una sanción impuesta al demandado en virtud de los daños causados por su conducta maliciosa o negligente y se imponen en adición a la indemnización de los daños efectivamente sufridos, pero su naturaleza es netamente sancionadora, lo cual no es reconocido por el Derecho venezolano.²⁵⁹ Sin embargo, en atención a lo que establece el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, lo primero que debe hacer el operador jurídico es determinar si el derecho a la indemnización de los daños punitivos fue adquirido de acuerdo con *criterios* que puedan considerarse como internacionalmente admisibles.

²⁵⁹ Nótese la diferencia que hay entre el concepto de resarcimiento de daños en el Derecho venezolano y los daños punitivos que representan una sanción adicional a la indemnización.

Los *punitives damages* constituyen una figura de amplia aceptación en los sistemas del *Common Law*²⁶⁰ y en algunos Estados europeos, como una modalidad de indemnización por daños en el Derecho civil. En estos sistemas la determinación del Derecho aplicable a los hechos ilícitos transnacionales se realiza bajo la fórmula tradicional de la *lex loci delicti commissi* en sus dos conexiones: el lugar donde se producen los efectos del hecho ilícito o el lugar donde se produce la causa generadora. Si el Derecho que resulte aplicable al hecho ilícito admite los daños punitivos, el reconocimiento de estos responde a los criterios conflictuales señalados, los cuales son aceptados como criterios internacionalmente admisibles. Es importante señalar que los distintos ordenamientos jurídicos para definir los daños punitivos no toman como guía criterios conflictuales sino materiales como lo reprehensible de la conducta castigada, la proporcionalidad existente entre el daño y la condena y la diferencia entre la sentencia y las penalidades civiles autorizadas.

En el ejemplo anterior prevalece lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en el sentido de que una situación jurídica creada de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia conforme a criterios internacionalmente admisibles, producirá efectos en la República, salvo en los casos expresamente establecidos allí, así que el juez ante el cual se presente la sentencia que ordene al deudor el pago de daños punitivos, puede perfectamente reconocerla puesto que el basamento inhibitorio que soporta a los mismos no es, en modo alguno, contrario a los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, como sí lo sería dictaminar un resarcimiento que suponga el empobrecimiento del deudor a la vez que enriquezca sin causa a la víctima²⁶¹.

Con la exigencia de que el Derecho extranjero se haya atribuido competencia de acuerdo con “criterios internacionalmente admisibles”, se evidencia que no se admitirá una competencia arbitraria que pueda resultar en la aplicación de un Derecho inconexo con el supuesto de hecho constitutivo de la situación creada²⁶². La mención hecha en el artículo 5 a “criterios internacionalmente admisibles” se corresponde con la concepción esencial del Derecho y de la justicia que dentro del Derecho internacional privado, en general, y en la Ley venezolana, en particular, tienen un valor superior al de cualquier rama jurídica²⁶³.

²⁶⁰ Márquez Piñero, Rafael, El sistema jurídico de los Estados Unidos, en: *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994, pp. 12-19.

²⁶¹ Madrid Martínez, Claudia, *La responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, Serie Tesis No. 4, pp. 90-370.

²⁶² Maekelt, Antecedentes y metodología..., ob. cit., p. 35.

²⁶³ Romero, Fabiola, Artículo 30. Solución subsidiaria, en: T. Maekelt et al., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 799-802.

2. Excepciones para el reconocimiento de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas

Los intereses del foro se encuentran resguardados aún con la flexibilidad que caracteriza al artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y ello queda evidenciado con la inclusión de las siguientes excepciones²⁶⁴.

a. Que la situación no contradiga los objetivos de las normas venezolanas de conflicto

La primera excepción al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas es que éstas contradigan “los objetivos de las normas venezolanas de conflicto” y aunque la identificación de “esos objetivos” no es la materia de este trabajo de grado, es imperioso reseñar que estos no constituyen una expresión etérea y sí existen, aun cuando su manifestación es “novedosa en el Derecho internacional privado en Venezuela”²⁶⁵.

Para Tatiana de Maekelt, los objetivos que persiguen las normas venezolanas de conflicto son la justicia y la equidad en el caso concreto con las “propias peculiaridades” de cada institución y sus propios campos de aplicación, pero en su conjunto constituyen “un nuevo elemento que permite el desarrollo del Derecho internacional privado”²⁶⁶. Esa idea es seguida por el profesor Víctor Hugo Guerra²⁶⁷, quién aunque reconoce que no se trata en el caso del artículo 5 de las excepciones comunes a la aplicación del Derecho extranjero como lo son la “cláusula de reserva y el fraude a la ley”, deja en manos de las autoridades la respuesta, no obstante reconocer que la misma deberá estar orientada por el necesario equilibrio entre la justicia formal y la justicia material.

Eugenio Hernández-Bretón acepta que efectivamente las normas venezolanas de conflicto en supuestos particulares, persiguen ciertos objetivos específicos de Derecho material, es decir, persiguen un “resultado determinado desde el punto de vista del derecho material”²⁶⁸, coincidiendo con él otras posiciones doctrinales recientes²⁶⁹ al preguntarse cuáles son y dónde

²⁶⁴ Maekelt, Antecedentes y metodología..., ob. cit., p. 35.

²⁶⁵ Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: *Ley de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, *Addendum*, p. 187.

²⁶⁶ Maekelt, Antecedentes y metodología..., ob. cit., p. 26.

²⁶⁷ Guerra Hernández, Víctor Hugo, La aplicación del Derecho extranjero, la eficacia de las sentencias extranjeras y la cooperación judicial internacional, en: *Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. Comentarios, 1996*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1998, Serie Eventos No. 11, p. 120.

²⁶⁸ Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas..., ob. cit., p. 186.

²⁶⁹ Madrid Martínez, Claudia, Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, Vol. II, p. 82.

están los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en que si bien el objetivo subyacente de la Ley de Derecho Internacional Privado es lograr la justicia material en los casos con elementos de extranjería, se debe apuntar hacia la búsqueda de objetivos particulares en cada norma de la Ley especial.

Afirma también Hernández-Bretón, que se debe determinar en cada supuesto específico el objetivo perseguido por cada norma de conflicto, ejemplificando tal afirmación con los artículos 37²⁷⁰ y 32²⁷¹ de la Ley de Derecho Internacional Privado. El primero, al regular el Derecho aplicable a la validez formal de los actos jurídicos, remite de manera alternativa, a los ordenamientos jurídicos que allí se señalan, persiguiendo un resultado material específico que no es otro que favorecer la validez formal del acto en cuestión²⁷². El segundo persigue que la determinación del Derecho aplicable se haga tomando en cuenta el Derecho del lugar donde se producen los efectos del hecho ilícito o bien, el Derecho del lugar donde se produjo la causa generadora del daño, dependiendo de la voluntad de la víctima; con lo cual se busca garantizar la aplicación del Derecho que garantice la indemnización integral a la misma.

Por ejemplo, en un caso de la adopción internacional, figura con relación a la cual no cabe hablar, propiamente, de un lugar de celebración, ya que este factor de conexión responde mejor a los casos en los cuales hay concurrencia de la voluntad de las partes, tales como en un contrato o un matrimonio. La adopción nace, más bien, de una decisión judicial²⁷³ o administrativa, según el sistema jurídico de que se trate, que tenga en cuenta el cumplimiento de los requisitos de forma y fondo exigidos por la ley.

En el sistema venezolano, los requisitos de fondo de la adopción se rigen por el artículo 25²⁷⁴ de la Ley de Derecho Internacional Privado, según el cual, la adopción se encuentra sometida al Derecho del domicilio del adoptado y del o los adoptantes, respectivamente. Tal como se señaló, en cuanto al Derecho aplicable a los aspectos formales de la adopción, los numerales 2 y 3 de artículo 37 referidos al Derecho que rige el contenido del acto o el Derecho

²⁷⁰ LDIP, art. 37. “Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1º) El del lugar de celebración del acto. 2º) El que rige el contenido del acto, o 3º) El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”.

²⁷¹ LDIP, art. 32. “Los hechos ilícitos se rigen por el derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito”.

²⁷² Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas..., ob. cit., p. 187.

²⁷³ Barrios, Haydé, La adopción internacional como institución de protección de niños y adolescentes en el Derecho venezolano, en: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003. p. 86.

²⁷⁴ LDIP, art. 25. “Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción”.

del domicilio del otorgante o de los otorgantes, sirven como criterios internacionalmente admisibles para validar los requisitos de fondo de una adopción, que tendría que ser reconocida por haber alcanzado el objetivo perseguido por la norma venezolana de conflicto, con lo cual no opera la excepción prevista en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El numeral 2 remite al artículo 25 al sujetarse el Derecho aplicable a la forma del acto al Derecho que rige el contenido de este, mientras que el numeral 3, coincide con los factores de conexión previstos en el artículo 25.

La referencia a los objetivos de las normas venezolanas de conflicto que se hace en el artículo 5, tiene importancia porque se trata del respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, pero también están referidos al ordenar al juez venezolano la aplicación del Derecho extranjero conforme a sus propios principios, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En ambos artículos, lo relevante son los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, no del Derecho material venezolano. Se trata de objetivos *internacionalprivatistas*: en el artículo 2 tienen como objetivo, como se afirmó *supra*, posibilitar la aplicación del Derecho extranjero, es decir, armonizar el resultado de esa aplicación con la finalidad perseguida por las normas venezolanas de conflicto. Por su parte, en el artículo 5 tienen como objetivo no reconocer las situaciones jurídicas perfeccionadas según un Derecho extranjero, si éstas contradicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto.

Con lo anterior se evidencia que, en ambas normas, los objetivos de las normas de conflicto “despliegan su función en materia de aplicación del Derecho extranjero”²⁷⁵. En definitiva, cuando se trata de que se cumplan los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto es necesario pensar en la libertad que tiene el juez para encontrar el objetivo de cada una de estas normas y lograr con ello la solución justa del caso concreto.

b. Que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva

Otra de las excepciones establecidas en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado para reconocer las situaciones jurídicas creadas por un Derecho extranjero, es que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva. Cabría aclarar en

²⁷⁵ Hernández-Bretón, Los objetivos de las normas..., ob. cit., p. 181.

este punto, para no crear confusiones respecto al artículo 47²⁷⁶ y al numeral 4 del artículo 53²⁷⁷ de la Ley de Derecho Internacional Privado, ¿de qué clase de competencia exclusiva se trata? ¿Legislativa o judicial?

El artículo 5 expresa "...que el derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva...", con lo cual se deduce que se trata de la competencia legislativa y no la de los tribunales. Por ejemplo, en el caso de los derechos reales constituidos sobre bienes inmuebles ubicados en Venezuela, a los cuales siempre se les aplicará el Derecho venezolano²⁷⁸ (art. 27 de la LDIP).

No hay lugar a dudas que las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo el amparo de un Derecho extranjero sobre un bien inmueble situado en Venezuela, de ninguna manera serán reconocidas en atención a esta excepción que establece el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Así, por ejemplo: un venezolano se presenta en el país con un documento mediante el cual se constituyó en México y conforme al Derecho mexicano, una hipoteca sobre un bien inmueble ubicado en Santa María de Ipire, estado Guárico, pero de acuerdo con el artículo 27²⁷⁹ de la Ley de Derecho Internacional Privado, no se puede reconocer esa garantía real porque la competencia legislativa corresponde siempre al Derecho del lugar de ubicación del bien.

c. Que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano

Como última excepción para no reconocer los derechos adquiridos válidamente conforme a un Derecho extranjero, el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece la violación del orden público de manera "manifiesta", con lo cual esta excepción se presenta de modo restringido y permite ser aplicada de forma "limitada y excepcional"²⁸⁰, consagrándose el orden público en el Derecho internacional privado como verdadera excepción²⁸¹.

En general, el análisis de la excepción del orden público hay que hacerlo tomando en cuenta dos momentos: la creación de las situaciones jurídicas y el reconocimiento de éstas, caso

²⁷⁶ LDIP, art. 47. "La jurisdicción que corresponde a los Tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de Tribunales extranjeros, o de árbitros que resuelvan el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano".

²⁷⁷ LDIP, art. 53.4: "Que los Tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa, de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de la presente ley".

²⁷⁸ Madrid Martínez, Instituciones generales. ..., ob. cit., p. 132.

²⁷⁹ LDIP, art. 27. "La constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación".

²⁸⁰ Guerra Hernández, Artículo 5. ..., ob. cit., p. 239.

²⁸¹ Maekelt, *Ley de Derecho Internacional Privado*. ..., ob. cit., p. 69.

este último donde entra en juego el llamado orden público atenuado, al cual se hará referencia *infra*. Dentro de las técnicas particulares del Derecho internacional privado, la excepción del orden público se ha configurado como un instrumento polivalente en la búsqueda de soluciones que permitan, no sólo reconocer situaciones creadas al amparo de un Derecho extranjero, sino también admitir instituciones de otros ordenamientos jurídicos sin obviar los valores fundamentales sobre los que se construyen esos ordenamientos.

Ahora bien, en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, así como en el artículo 8²⁸² *eiusdem*, en su fórmula de rechazo al Derecho extranjero, esta excepción se consagra de manera restringida, como se refirió *supra*, ya que se limita la aplicación del Derecho extranjero normalmente aplicable, por razones de orden público, sólo a los casos en que los resultados de su aplicación resulten manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, término que apareció en la octava sesión de la Conferencia de La Haya, y posteriormente fue adoptado en las CIDIP. La excepción contenida en el artículo 5 no sólo contribuye a unificar posiciones sobre la materia, sino que está a la vanguardia de la regulación internacional y acaba con erróneas interpretaciones sobre cómo debe efectuarse el reconocimiento de las situaciones jurídicas creadas al amparo de un Derecho extranjero.

Al hablar de creación de situaciones, se trata de “crear en el propio país derechos y situaciones jurídicas mediante la aplicación directa de la ley material extranjera...”, mientras en el caso del reconocimiento de situaciones se trata de “reconocer derechos adquiridos y situaciones jurídicas definitivamente constituidos en el extranjero”.

La diferencia entre ambas nociones estriba en el sacrificio que reviste, en ambos casos, la justicia conflictual ante la justicia sustancial, pues en el primer caso, este “sacrificio” es apenas “formal”. Se deja de lado aquí la recta aplicación de las normas de Derecho internacional privado ante los “valores más altos de la justicia sustancial que constituyen la fundamentación axiológica de toda norma de derecho”. En cambio, al tratarse del reconocimiento de derechos, el “sacrificio” de la justicia conflictual no es meramente formal, se sacrifica, en efecto, la justicia sustancial que tiene incorporada esa situación y los efectos que de ella se puedan derivar²⁸³, por lo que en el caso de reconocimiento de derechos entonces, el orden público tiene un campo de actuación más restringido o atenuado.

²⁸² LDIP, art. 8. “Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicada de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

²⁸³ Sánchez Covisa, Joaquín, Orden público internacional y divorcio vincular, en: *Libro Homenaje a Lorenzo Herrera-Mendoza*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, Tomo 1, p. 471.

El orden público atenuado ha estado vinculado siempre con la noción de los derechos adquiridos, y es un mérito de la jurisprudencia francesa la construcción de esta doctrina en el siglo XIX, con el caso Bulkley (*Marie-Anne Bulkley y Anthony Bouvens*)²⁸⁴. Los Bulkley eran una pareja extranjera que se había divorciado también en el extranjero, específicamente en los Países Bajos. La Casación francesa decidió que a pesar de la Ley francesa del 08 de mayo de 1816 que prohibía el divorcio, el extranjero divorciado en el extranjero podía contraer nuevo matrimonio en Francia. Se apreció allí la validez de una situación jurídica legalmente creada en el extranjero de conformidad con un Derecho extranjero, y el orden público actuó aquí de manera *atenuada* pues se trataba del reconocimiento del derecho a contraer nuevo matrimonio en Francia.

Igualmente, en 1953 se consagró esta tesis cuando la Corte de Casación francesa, nuevamente, reconoció un divorcio por mutuo consentimiento decretado por un Tribunal de Ecuador, entre una mujer francesa y su marido de origen ruso (Lydia Roumiantzeff y Dimitri Petrov)²⁸⁵, domiciliados en Ecuador, a pesar de que el divorcio por mutuo consentimiento no estaba consagrado por la legislación francesa y se consideraba contrario al orden público francés. Sin embargo, la Corte francesa argumentó que

...la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según que imponga obstáculos a la adquisición de un derecho en Francia o según se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude en el extranjero y de acuerdo con la ley a quien el Derecho internacional privado francés otorga competencia²⁸⁶.

Aunque en el sistema venezolano de Derecho internacional privado no está expresamente reconocido el carácter atenuado del orden público; sin embargo, el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado debe interpretarse de tal manera. De hecho, este planteamiento se admitió, aun cuando no existía la Ley de Derecho Internacional Privado, en una sentencia venezolana de 1983 sobre un divorcio decretado en España que se reconoció, sin exequátur, para evitar la nulidad del nuevo matrimonio. En este caso el juez del tribunal consideró

...el llamado orden público internacional debe aplicarse más restrictivamente cuando del reconocimiento de situaciones jurídicas originadas en un sistema jurídico foráneo se trata, que cuando se refiere a esas situaciones que nacen o pretenden crearse en

²⁸⁴ Ancel, Bertrand e Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* (préface de Henri Batiffol), Paris, Dalloz, 3^e éd., 1998. pp. 26-33. Ver también: Batiffol, Henri, *Droit international privé* (avec le concours de P. Lagarde), Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 5^e ed., 1970, Tome I, pp. 434-435.

²⁸⁵ Ancel y Lequette, *Grands arrêts...*, ob. cit., pp. 204-214.

²⁸⁶ Extracto de la sentencia de la Corte de Casación del 17 de abril de 1953. Tomado de: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, 1976. p. 480.

el sistema jurídico patrio; aplicación hermenéutica ésta que la Casación de Francia ha llamado “efecto atenuado del orden público”²⁸⁷.

Cuando no se trata de adquirir un derecho conforme a la ley extranjera sino de reconocer los efectos de un derecho ya adquirido, la doctrina está conteste en que el efecto del orden público es atenuado, lo que significa que el orden público puede no oponerse al reconocimiento de derechos adquiridos en el extranjero, aun cuando se opondría a su adquisición en el propio foro²⁸⁸.

Como ejemplo, si se toma en consideración este criterio, se puede pensar en una pareja de homosexuales que han contraído matrimonio en Bélgica y luego adoptan un niño en dicho Estado. Después de años de residencia habitual en Bélgica, deciden domiciliarse en Venezuela: ¿puede el juez venezolano reconocer ese matrimonio y esa adopción?

La adopción es una institución especial creada por el legislador para proteger a aquellos niños y adolescentes que no poseen padres. Sin pretender analizar en forma extensa este punto, la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA)²⁸⁹ tiene como propósito velar por el interés superior de estos. La Ley de Derecho Internacional Privado señala en su artículo 25²⁹⁰ que al adoptante y al adoptado se les aplicará en cuanto a los requisitos de fondo de la adopción, el Derecho de sus respectivos domicilios.

Esta disposición está conforme con las soluciones internacionales en materia de adopción en aras de garantizar la protección del principio del interés superior del niño, niña o adolescente²⁹¹. ¿Puede desconocerse esa situación válidamente creada? La adopción de un niño en estos términos —a pesar de la imperatividad del artículo 44 del Código Civil, que indica que el matrimonio se puede efectuar únicamente entre un hombre y una mujer— tomando en cuenta el interés superior del niño, podría ser reconocida, en atención a este principio y al objetivo de la norma de conflicto del artículo 25 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, así como al efecto atenuado del orden público.

Como otro ejemplo, se puede hacer referencia al caso de un matrimonio poligámico que en Venezuela no se podría celebrar, aunque no habría inconveniente en reconocérsele efectos en relación al derecho de alimentos de los cónyuges y en relación a la situación de los hijos. No se excluye el concepto de orden público sino que se atenúan sus efectos, pues las

²⁸⁷ Extracto de la sentencia del 4 de marzo de 1983. Tomado de: Madrid Martínez, Claudia, Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones extranjeras en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, en: *Temas de Derecho Internacional Privado. Libro Homenaje a Juan María Rouvier*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2003, p. 377.

²⁸⁸ Sánchez Covisa, Orden público..., ob. cit., pp. 480-485.

²⁸⁹ Publicada en la Gaceta Oficial No. 5.859 Extraordinario, 10 de diciembre de 2007.

²⁹⁰ LDIP, art. 25. “Al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción”.

²⁹¹ Maekelt, Tatiana, *Ley de Derecho Internacional Privado. Derogatorias y concordancias*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 3ª ed., 2004, p. 31.

razones de ser del efecto del “orden público atenuado” son, por una parte, el respeto a los derechos adquiridos y por la otra, la menor perturbación que sufre el derecho del foro cuando se trata del reconocer un derecho adquirido que cuando se trata de constituir un derecho²⁹².

La “violación manifiesta” de los principios esenciales del orden público venezolano es la que evitará el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas de acuerdo con un Derecho extranjero, ya que esta “violación” es la que muestra un verdadero peligro para los más básicos valores y principios en los que se asienta el ordenamiento del Estado donde se pretenda su reconocimiento. En el caso del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el no reconocimiento de las situaciones se produce si se presenta un conflicto inconciliable entre los ordenamientos jurídicos de los Estados involucrados, pues más allá de meras diferencias, por muy llamativas que resultasen, pero sin que potencialmente se ponga en peligro la protección de los principios, no se justificaría negar el reconocimiento sin que se produzca un daño severo a la justicia material.

Finalmente, Claudia Madrid Martínez ha afirmado que la expresión “manifiestamente incompatibles” sirve para hacer ver al juez la necesidad de que se produzca una violación “grosera” de los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano, para que pueda producirse el rechazo del reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas. Se trata de excepcionar el Derecho competente que puede ser el del foro o uno extranjero, que haya declarado no válida la situación sólo en casos extremos; con lo cual además, se estaría evitando el uso abusivo del mecanismo del orden público²⁹³ y se alejaría al juez de la natural tentación de aplicar su propio Derecho.²⁹⁴

3. Artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y reconocimiento de sentencias

Si se toma en cuenta que la sentencia es el acto del Poder Público proferido por los órganos jurisdiccionales, mediante el cual se resuelve la pretensión objeto del juicio, el mandato en ella contenido constituye una situación jurídica creada de conformidad con el Derecho aplicable al caso, por lo que no hay duda sobre si la sentencia es dictada por un juez extranjero, su mandato se traduce en una situación jurídica creada, en este caso, por un juez extranjero²⁹⁵.

La Ley de Derecho Internacional Privado presenta varios elementos novedosos para el sistema venezolano en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, tales como la eliminación del requisito de reciprocidad consagrado anteriormente en el artículo

²⁹² Sánchez Covisa, Orden público..., ob. cit., pp. 472-485.

²⁹³ Madrid Martínez, Artículo 8..., ob. cit., pp. 311-319.

²⁹⁴ Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 73.

²⁹⁵ Madrid Martínez, Breves notas sobre el orden público..., ob. cit., pp. 378-380. Sumándose a la opinión de la profesora Olga Dos Santos.

850²⁹⁶ del Código de Procedimiento Civil, del requisito expreso del orden público, y aunque jurisprudencialmente siempre se exigió, a partir de la Ley es expresa la exigencia de la competencia procesal internacional indirecta y, la posibilidad que ofrece en su artículo 54²⁹⁷ de otorgar eficacia parcial a las sentencias extranjeras.

Es de hacer notar que además de las excepciones establecidas en el artículo 5 para negar el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas, suficientemente reseñadas *supra*, se puede interpretar también en esta norma la justificación de la actuación del orden público en sede de reconocimiento, de manera que éste no se producirá si las situaciones jurídicas creadas en las sentencias son manifiestamente chocantes con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

En tal sentido, Madrid Martínez y Dos Santos, justifican la actuación del orden público en sede de reconocimiento en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, pues este artículo ordena el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas conforme a un Derecho extranjero, excepto si son manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano y tal como se ha señalado, el reconocimiento de una decisión puede envolver el reconocimiento de una situación jurídica creada al amparo de un Derecho extranjero y por esa razón, podrá rechazarse la sentencia extranjera haciendo uso de este mecanismo²⁹⁸.

No obstante, han emanado del máximo Tribunal del país sentencias que se fundamentan en la norma general de la Ley de Derecho Internacional Privado contenida en el artículo 8²⁹⁹. Así, por ejemplo la decisión No. 785 de fecha 1 de julio de 1999³⁰⁰, en la cual luego de constatar todos los requisitos exigidos por el artículo 53 *ejusdem*, la Sala Político-Administrativa examinó el orden público conforme al artículo 8.

Del mismo modo, se pueden encontrar decisiones donde ni siquiera mencionan el requisito de orden público, tales como la sentencia No. 453 del 13 de mayo de 1999³⁰¹ y otras

²⁹⁶ Código de Procedimiento Civil, art. 850: "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar la ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, sin lo cual no tendrán ningún efecto, ni como medio de prueba, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas.

Sólo las sentencias dictadas en países donde se conceda ejecución a las sentencias firmes pronunciadas por Tribunales venezolanos, sin previa revisión en el fondo, podrán declararse ejecutorias en la República. Tal circunstancia deberá probarse con instrumento fehaciente".

²⁹⁷ LDIP, art. 54: "Si una sentencia extranjera no puede desplegar eficacia en su totalidad, podrá admitirse su eficacia parcial".

²⁹⁸ Madrid Martínez, Breves notas sobre el orden público..., ob. cit., p. 380.

²⁹⁹ LDIP, art. 8: "Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano".

³⁰⁰ Caso *Francisco José Figueredo Flores vs Ewa Malgorzata Siwiec*, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren...*, ob. cit., pp. 380-385.

³⁰¹ Caso *Bella Milene Navarro vs Carlos Salgado Valencia*, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren...*, ob. cit., pp. 370-374.

donde se verifica que la sentencia no atente contra los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano sin hacer ninguna justificación normativa para tal revisión, como en es el caso de la sentencia No. 01553 de fecha 4 de julio del 2000³⁰². Aunque en escasas oportunidades, también han emanado del máximo Tribunal del país decisiones donde se aplica la excepción del orden público internacional a través del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, tales como la sentencia No. 474 de fecha 26 de junio de 2007³⁰³ y la sentencia No. 358 del 25 de julio de 2011³⁰⁴.

De allí, que tal y como lo refiere la norma del artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la situación jurídica declarada en una decisión judicial extranjera debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico venezolano y, en consecuencia, por aplicación de la norma citada, los efectos de situaciones jurídicas creadas de conformidad con un sistema jurídico extranjero deben ser reconocidos en el territorio de la República, siempre que se cumplan los requisitos previstos por el sistema venezolano de Derecho internacional privado.

E. Normas especiales de derechos adquiridos en la Ley de Derecho Internacional Privado

En la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana se encuentran dos manifestaciones positivas especiales de derechos adquiridos contenidas en los artículos 17 y 28.

El artículo 17 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece: “El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida”. El contenido de esta disposición más que una excepción es una regla: la capacidad adquirida no se pierde. Es un derecho adquirido.

Ejemplo de lo anterior puede ser el caso de una persona domiciliada en Uzbekistán donde se adquiere la capacidad jurídica a los 16 años. A los 17 años esa persona se domicilia en Venezuela, país en el cual la capacidad se adquiere a los 18 años, ahora Derecho de su nuevo domicilio. Sin embargo, en atención a un principio generalmente aceptado, esa persona que adquirió la capacidad a los 16 años en Uzbekistán no la pierde por el cambio del factor de conexión. En otras palabras, si esa persona realizó actos jurídicos y se está tratando de determinar si esos actos son o no válidos de acuerdo con el Derecho de su nuevo domicilio para

³⁰² Caso *Cielo Quijano vs José Nelson Muñoz Mena*, en: *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren...*, ob. cit., pp. 653-658. Todas las sentencias fueron consultadas en el *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren...*, ob. cit., pp. 370-658.

³⁰³ Sentencia de la Sala de Casación Civil No. 474, 26 de junio de 2007, Caso *Alexandra García Alfaro vs. Nelson Jesús Rincón*. Consultada en <http://www.tsj.gov.ve>

³⁰⁴ Sentencia de la Sala de Casación Civil No. 358, 25 de julio de 2011, Caso *Maritza Josefina López Bellorín vs. Carlos Armando Torrealba Castro*. Consultada en <http://www.tsj.gov.ve>

el cual es incapaz, los actos jurídicos serán válidos porque los realizó siendo capaz, y la capacidad adquirida no se pierde³⁰⁵.

Por su parte, el artículo 28 de Ley de Derecho Internacional Privado dispone:

El desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva constitución.

Esta es una norma especial que regula lo referente a los bienes desde el punto de vista de los conflictos móviles. Es pertinente recordar aquí que dentro de la esfera del Derecho internacional privado se plantean problemas de diversa índole en relación a la aplicación de las normas de conflicto, entre los cuales se inserta el referido al conflicto móvil³⁰⁶.

Los conflictos móviles tienen lugar por la alteración en la concreción del factor de conexión, en virtud de la movilidad, mutabilidad o variabilidad ocasional que pueda sufrir dicho factor de conexión, que sin embargo no lleva a desconocer las situaciones jurídicas ya constituidas al amparo de un Derecho extranjero. Así, este artículo

debe ser aplicado tomando en consideración otras disposiciones: a) con el artículo 27 que le antecede en el mismo texto jurídico; b) con los artículos 5, 7 y 8 *ejusdem* y; d) con los artículos 227 y 228 del Código Bustamante y el 1988 del Código Civil³⁰⁷.

El contenido del artículo 28 se aviene con lo previsto en el artículo 5: se consagra el respeto a los derechos válidamente creados bajo el imperio del Derecho anterior y, expresamente, la protección de las situaciones jurídicas creadas de acuerdo a un Derecho extranjero. La disposición se refiere exclusivamente a problemas de sucesión en el espacio de leyes diversas, considerándose aplicable el Derecho de la nueva situación para regir aquellas formalidades que deben cumplirse para hacer oponibles a terceros los derechos adquiridos conforme a otra legislación³⁰⁸.

Por ejemplo, si una persona adquirió en Colombia un carro y se traslada con éste a Venezuela, ese derecho se respeta, pero en Venezuela tendrá que cumplir ciertos trámites para hacerlo oponible a terceros: registrar el vehículo aquí, etc. Son meros trámites administrativos. Si el derecho se adquirió válidamente, ese derecho se respeta. No es ratificación del derecho; simplemente si el derecho de la nueva situación impone algún tipo de trámite administrativo

³⁰⁵ Bernad Mainar, Rafael: Artículo 17. Cambio de domicilio, en: T. Maekelt et al., *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo I, pp. 445-446.

³⁰⁶ Pérez Vera, Elisa et al., *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 2ª ed., 2000, Vol. I, pp. 127-129.

³⁰⁷ Rodríguez Reyes de Mezoa, Miriam. Artículo 28. Cambio de situación de bienes muebles, en: T. Maekelt et al., *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2005, Tomo II, pp. 715-728.

³⁰⁸ Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 69.

adicional, éste debe cumplirse. No se cuestiona que la persona haya adquirido o no el derecho; simplemente para poder ser oponible esa adquisición frente a terceros se exigen unos trámites.

Se refleja en la segunda parte del artículo 28 un respeto atenuado de los derechos adquiridos, pues para ser opuestos a terceros, han de cumplirse los requisitos que para tales efectos, exigiera el Derecho de la nueva situación³⁰⁹. Apropiadamente se ha dicho que en ese artículo se amparan los intereses nacionales, sin dejar de favorecer el Derecho foráneo, regulando de manera muy generosa los derechos legítimamente adquiridos, con lo cual logra fusionar, en principio, dos aspectos opuestos como lo son la defensa de los intereses nacionales y el respeto al Derecho extranjero conforme al cual se adquirió un derecho, equilibrando perfectamente los ordenamientos conectados con el supuesto, es decir, el de la anterior y el de la posterior situación³¹⁰.

F. Jurisprudencia venezolana

La jurisprudencia venezolana no ha sido abundante en la aplicación de la institución general de las situaciones jurídicas válidamente creadas, quizás por lo novedoso de su regulación o por la “ausencia de criterio o visión de nuestras autoridades judiciales”³¹¹ y, en las escasas oportunidades que la ha aplicado, no siempre lo ha hecho de manera acertada.

Muestra de la anterior afirmación, es el caso de un trabajador de nacionalidad argentina, contratado en Argentina en 1967 como Agente de Propaganda Médica para un mismo grupo de empresas (*Abbott Laboratories* y *Abbott Laboratories C.A.*). En 1978 es nombrado Director Comercial para Centroamérica y el Caribe, cumpliendo estas labores en Abbott de Guatemala, siendo trasladado a Venezuela en Julio de 1980 con el cargo de Gerente General de Abbott Laboratories, en donde lo despidieron el 23 de Noviembre de 1998.

Este trabajador demanda por diferencia en el pago de prestaciones por los servicios prestados en Argentina, Guatemala y Venezuela y el caso se decidió en la sentencia No. 1633 de fecha 14 de Diciembre de 2004³¹² con su posterior aclaratoria de fecha 9 de agosto de 2005³¹³. En efecto, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, conociendo de la demanda de Enrique Álvarez Centeno contra Abbott Laboratories y Abbott Laboratories C.A, por cobro de diferencia de prestaciones sociales y otros conceptos como trabajador internacional que había laborado en Argentina y Guatemala, países en los cuales había

³⁰⁹ Rodríguez Reyes de Mezoa, Artículo 28..., ob. cit., p. 726.

³¹⁰ Maekelt, *Normas generales...*, ob. cit., p. 69.

³¹¹ Guerra Hernández, Artículo 5..., ob. cit., p. 245.

³¹² Caso *Enrique Emilio Álvarez Centeno vs Abbott Laboratories, C.A y Otra*. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia No. 1633, 14 de diciembre de 2004. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

³¹³ Caso *Enrique Emilio Álvarez Centeno vs Abbott Laboratories, C.A y Otra*. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Social, sentencia No. 1099, 9 de agosto de 2005. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

percibido una remuneración equivalente, consideró que debía indemnizársele de acuerdo a lo establecido en la legislación de cada uno de esos países, vale decir, de acuerdo con la legislación laboral argentina, guatemalteca y venezolana. Ello con fundamento en el artículo 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado:

Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte, de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan 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...*omissis* ...En conformidad con el artículo transcrito de la Convención Interamericana, Venezuela puede reconocer los derechos del trabajador por los servicios prestados en el exterior siempre que no sean contrarios a principios de orden público...*omissis*...La Legislación laboral de Argentina y de Guatemala establecen que a la terminación de la relación laboral por decisión del trabajador o por causa justificada, le corresponde al trabajador un mes de salario por cada año de servicio...*omissis*...Al respecto, la Sala aprecia que las mencionadas disposiciones no son contrarias al orden público y se corresponden con los principios constitucionales consagrados relacionados con el Derecho Laboral, razón por la cual son reconocidos los derechos adquiridos por el trabajador por el tiempo de servicio prestado en Argentina y Guatemala.

En esta sentencia se aplicaron dos ordenamientos jurídicos extranjeros y el ordenamiento venezolano a una misma situación jurídica (relación de trabajo internacional con el grupo), la cual fue implícitamente fraccionada. La Sala separó la situación en tres supuestos: servicios prestados en Argentina, servicios prestados en Guatemala y servicios prestados en Venezuela, aplicando a cada uno los Derechos argentino, guatemalteco y venezolano, lo que nunca fue solicitado por el accionante.

Ahora bien, la Sala aunque llegó a un resultado correcto, utilizó una vía inadecuada para llegar a él. Efectivamente, se identificaron en las relaciones de trabajo los diferentes elementos objetivos y subjetivos que los conectaban con dos o más ordenamientos jurídicos; se buscó la solución a las relaciones de trabajo con elementos de extranjería en el sistema de Derecho internacional privado, las cuales merecen un trato diferente que las relaciones de trabajo internas; se respetó la prelación de fuentes establecidas en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al aplicar un tratado internacional cuando todos los Estados vinculados a la situación lo hayan ratificado; y, se aplicaron de oficio los Derechos extranjeros competentes, según el artículo 60³¹⁴ de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, lo que debió hacer la Sala, en primer lugar, fue: en vista de que las partes no habían escogido el Derecho aplicable, por ende debía la SCS establecer con cual ordenamiento jurídico existían los vínculos más directos, para determinar el Derecho aplicable

³¹⁴ LDIP, art. 60. "El Derecho extranjero será aplicado de oficio. Las partes podrán aportar informaciones relativas al Derecho extranjero aplicable y los Tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo".

a los servicios prestados en Argentina y Guatemala. No obstante, la SCS obvió la utilización del factor de conexión los vínculos más estrechos y aplicó la institución general de situaciones jurídicas válidamente creadas para llegar a la siguiente conclusión: a) los servicios en Argentina se rigen por la legislación laboral argentina y b) los servicios en Guatemala se rigen por el Derecho guatemalteco; pero

técnicamente no procedía la utilización de la institución general de los derechos adquiridos o situaciones jurídicas válidamente creadas, pues no se cumplieron los requisitos para su procedencia. No obstante, la solución a la que arribó la SCS fue la misma de si hubiese utilizado el factor de conexión vínculos más estrechos”³¹⁵.

La motivación en esta decisión es errada, especialmente la utilización de la institución de las situaciones jurídicas válidamente creada prevista en el artículo 7 la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que no aplicaba en este caso, ya que para ello era necesario que se produjera el desconocimiento de una situación jurídica.

Igualmente, en ese fallo se observa una contradicción cuando se expresa que no existen tratados “suscritos” —lo correcto es tratados ratificados— por los Estados vinculados con el caso; y luego se fundamenta la decisión en un tratado internacional ratificado por los Estados conectados por la situación.

Era correcto en cambio lo siguiente: de acuerdo con la prelación de fuentes contenida en el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado, determinar si regía o no una norma de Derecho Internacional Público; a falta de ésta, acudir a la normas de Derecho internacional privado venezolano, todo ello considerando la naturaleza mayoritariamente privada de las normas laborales y que las normas de Derecho internacional privado han extendido su aplicación en la práctica, hacia el área laboral³¹⁶, y con la certeza que en el sistema venezolano de Derecho internacional privado se permite a los tribunales venezolanos la aplicación del Derecho extranjero, incluyendo las normas laborales.

Respecto a esta sentencia Juan Carlos Pro-Rísquez, al comentarla sostiene que

previamente debe acudirse a la norma indirecta, y que ésta señale un Derecho que no le reconozca validez a la situación jurídica en cuestión. Estos presupuestos no se dieron en la sentencia *Abbott Laboratories*, debido a que no se utilizó previamente una norma

³¹⁵ Carrasquero Stolk, Andrés, Relaciones de trabajo internacionales: problemas resueltos y por resolver, en: *La empresa y sus negocios de carácter internacional*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2011, Serie Cuadernos No. 1, pp. 77-78.

³¹⁶ Guerra Hernández, Víctor Hugo, Un caso práctico de trabajador internacional resuelto a través del Derecho internacional privado, en: *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2001, Vol. I, pp. 345-373.

indirecta ni, luego de la aplicación del Derecho extranjero competente, se negó la validez a una situación jurídica³¹⁷.

Como tantas veces se ha afirmado *supra*, la institución de las situaciones jurídicas válidamente creadas funciona hoy día como una excepción a la normal aplicación de la norma de conflicto, porque no existe una justificación razonable para que intervengan con la finalidad de determinar la ley aplicable, habida cuenta que los contactos con el foro ocurrieron después que la situación ya se encontraba constituida en el extranjero.

En definitiva, en la sentencia en comento, el problema se presenta con la terminología usada ya que invocaron un artículo que ni siquiera era necesario debido a que no se había producido en ese caso el desconocimiento de los derechos adquiridos por el trabajador.

Por el contrario, en la Sentencia No. 707 de fecha 29 de Noviembre de 2009³¹⁸ correspondiente a un exequátur solicitado por ambos excónyuges, en el cual se pide el reconocimiento de una sentencia de divorcio por mutuo acuerdo, dictada por el Tribunal del Onceavo Circuito Judicial del Condado de Dade en Miami Florida, Estados Unidos, la decisión de la Sala de Casación Civil es acertada, pues no sólo se limita a invocar en sus consideraciones para decidir los requisitos establecidos en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sino que por la vía del artículo 5 *ejusdem*, argumenta que en una parte de la mencionada sentencia, se contradicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto y se violan manifiestamente los principios del orden público venezolano —lo cual es cierto— ya que por voluntad del padre, éste renunció al ejercicio de la patria potestad de su menor hijo.

El acuerdo hecho por los accionantes como un contrato final de todos los derechos de pensión, derechos de propiedad, exigibles, responsabilidad entre las dos partes, etc., violaba flagrantemente un principio esencial del ordenamiento jurídico venezolano como el hecho de que ambos padres deben compartir la patria potestad de acuerdo con lo establecido en los

³¹⁷ Pro-Rísquez, Juan Carlos, *Trabajadores internacionales: jurisdicción y Derecho aplicable* (Tesis para optar al título de Doctor en Ciencias, mención Derecho), Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2012, p. 199.

³¹⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil No. 707, 27 de noviembre de 2009, Caso *María De Lourdes Marelzjt Corona Chuecos vs David Denovellis Blanco*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve>

artículo 261³¹⁹ del Código Civil venezolano y 12³²⁰ de la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescente, normas que no pueden, por razones de orden público, ser relajadas o modificadas por la voluntad de las partes por lo que, la SCS, argumentando, “que las normas donde está interesado el orden público son aquellas que exigen observancia incondicional, no son derogables por disposición privada, y por tanto resultan inaplicables las estipulaciones efectuadas en contradicción con tales normas”.

En concordancia con el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado

resulta inadmisibles la cesión de la patria potestad, autoridad y control, derechos y responsabilidades absolutos, por cuanto en primer lugar atenta contra un principio esencial del estado Venezolano, el cual tal y como se reitera se fundamenta en que ambos padres comparten la patria potestad del menor.

Por tal razón, sólo concedió fuerza ejecutoria a la parte de la sentencia que había declarado la disolución del vínculo matrimonial existente y negó el reconocimiento al acuerdo matrimonial, mediante el cual las partes pretendían la cesión por parte del padre de la patria potestad. Es decir, la Sala de Casación Social otorgó un exequátur parcial a la sentencia, salvaguardando con ello principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano.

Igual razonamiento se hizo en la sentencia No. 065 de fecha 18 de febrero de 2011³²¹, en la cual se solicitó el exequátur de una sentencia de divorcio dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Alingsås, Suecia, el 16 de septiembre de 2008 y donde se solicitaba, además, que se privara al padre de la patria potestad, inclusive cuando estuviera en Venezuela, debido a que el menor y su madre estaban residenciados en Suecia, pero esto último fue

³¹⁹ Código Civil venezolano, art. 261. “Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre, y si son menores están bajo la potestad de éstos.

Durante el matrimonio, la patria de potestad sobre los hijos comunes corresponde, de derecho, al padre y a la madre, quienes la ejercerán conjuntamente, en interés y beneficio de los menores y de la familia.

En los casos de divorcio, separación judicial de cuerpos o anulación del matrimonio, se aplicarán las disposiciones correspondientes del Título IV ‘Del matrimonio’, Libro Primero del presente Código.

La patria de potestad de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio corresponde conjuntamente al padre y a la madre cuando la filiación hubiese sido establecida simultáneamente respecto de ambos.

En los demás casos, la patria de potestad corresponde al primero que haya reconocido o establecido legalmente su maternidad o paternidad, pero el otro progenitor que lo reconozca posteriormente, compartirá el ejercicio de la misma, probando que el hijo goza, en relación con él de la posesión de estado.

El Juez competente del domicilio del hijo podrá también conferir el ejercicio conjunto de la patria de potestad al progenitor que no lo tenga por ley cuando éste haya reconocido voluntariamente al hijo y tal ejercicio se revela como justo, y en beneficio de los intereses del menor y de la familia, según las circunstancias”.

³²⁰ Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescentes, art. 12. “Naturaleza de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes.

Los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes reconocidos y consagrados en esta ley son inherentes a la persona humana, en consecuencia son: a) de Orden público., b) Intransigibles., c) Irrenunciables., d) Interdependientes entre si., e) Indivisibles”.

³²¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil No. 065, 18 de febrero de 2011, Caso *María Julia Méndez Casal Vs Domingo José Rodríguez Polanco*. Consultada en: <http://www.tsj.gov.ve>

descartado acudiendo nuevamente al artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, pues la Sala de Casación Civil, consideró que, de acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo, la decisión es violatoria de principios esenciales del orden público venezolano.

La Sala otorgó fuerza ejecutoria plena a la disolución del vínculo matrimonial, pero se la negó a la parte de la sentencia en la cual se establecía la renuncia del padre del menor a la patria potestad, por encontrarse residiendo el niño en Suecia, situación que fue considerada por la Sala de Casación Social como

la suspensión del ejercicio de la patria potestad debido a que el padre no puede ejercerla por encontrarse en una situación de hecho que le impide hacerlo, sin que ello **afecte la titularidad de la patria potestad, pues aun cuando no la ejerza, LA MANTIENE.** (Destacado de la Sala).

Para otorgar en este caso el exequátur parcial, la Sala de Casación Social, se fundamenta en la excepción de orden público internacional, establecida en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado y negar el reconocimiento de una situación jurídica creada, debido a que con esta pretensión de retirarle totalmente la patria potestad al padre, residenciado en Venezuela, por el hecho del menor estar residenciado con su madre en Suecia, resultaba violatoria de un principio fundamental del ordenamiento jurídico venezolano tal como lo constituye el “interés superior del niño”.

G. Derecho comparado

1. Soluciones generales

La vigencia de los derechos adquiridos al amparo un Derecho extranjero como institución general del Derecho internacional privado, es lo que justifica la presencia de la misma en diversos instrumentos jurídicos de Derecho Comparado, como es el caso de México, así como en el ordenamiento jurídico peruano y austriaco, este último en el ámbito europeo.

El Código Civil peruano³²², en su artículo 2050 establece:

Todo derecho regularmente adquirido 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.

Se observa, que aun cuando contempla el reconocimiento de los derechos adquiridos, la legislación peruana le impone un cierto obstáculo al hacer depender tal reconocimiento conforme a sus normas de Derecho internacional privado. La disposición peruana recuerda también la vieja propuesta de Pillet —mencionada *supra*— quién fue el primero en ofrecer una

³²² Bendezú Neyra, Guillermo, *Código Civil de Perú, Decreto Legislativo No. 295. Comentado*, Lima, Ediciones El Carmen, 2006. p. 271.

solución para reconocer los derechos adquiridos de acuerdo al ordenamiento jurídico indicado por la norma de conflicto, con lo cual ya no estaría funcionando esta institución como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto —como actualmente se entiende— sino que el juez tendría que aplicar su norma indirecta y el Derecho que resulte aplicable es el que va a señalar si esa institución es válida o no.

La Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado³²³, en su artículo 7 establece: “El cambio ulterior de las condiciones que ordenan la conexión a un orden jurídico dado no tiene influencia sobre los hechos ya consumados”.

Este ejemplo de la Ley Federal austriaca, es una manifestación positiva de los derechos adquiridos desde el punto de vista de los conflictos móviles a los que se hizo referencia *supra*.

2. Soluciones particulares

Normalmente, las soluciones particulares respecto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de un Derecho extranjero, se refieren a la capacidad de las personas físicas y a los derechos reales y de manera especial, relacionadas con los conflictos móviles, ya definidos *supra*. Tal es el caso del artículo 18 del Código Civil paraguayo³²⁴ que establece lo siguiente:

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.

El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Igualmente, el artículo 29 del Código civil portugués³²⁵ establece: “El cambio de la ley personal no perjudica la mayoría de edad adquirida según la ley personal anterior”.

Con estas regulaciones, el Derecho comparado evidencia que el reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas no es, en modo alguno, un capricho del sistema venezolano de Derecho internacional privado, por el contrario, general o particularmente, ordenamientos jurídicos extranjeros han reglamentado esta institución del Derecho internacional privado.

³²³ Ley Federal Austriaca de Derecho Internacional Privado del 15 de junio de 1978. Su texto puede encontrarse en Maekelt, Tatiana, Haydée Barrios, Fabiola Romero y Víctor Hugo Guerra, *Material de clase para Derecho Internacional Privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 4ª ed., 2000, Tomo I, p. 335.

³²⁴ Su texto puede encontrarse en Maekelt, Barrios, Romero y Guerra, *Material de clase para Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 212.

³²⁵ Su texto puede encontrarse en Maekelt, Barrios, Romero y Guerra, *Material de clase para Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., p. 191.

Las consideraciones anteriores, en el marco del análisis de los derechos adquiridos válidamente creados al amparo de un Derecho extranjero como institución general del Derecho internacional privado, denotan como el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado, al igual que la Convención de Normas Generales sobre Derecho Internacional Privado, al hacer referencia a “situaciones” obedece a la tendencia moderna que busca ampliar la protección de los derechos adquiridos, donde ya el operador jurídico tiene que tomar en cuenta que las personas están involucradas en situaciones reguladas por el ordenamiento jurídico que no necesariamente, pueden calificarse estrictamente como “derechos”.

La Ley de Derecho Internacional Privado agregó más excepciones para el reconocimiento de los derechos adquiridos al exigir requisitos adicionales que no estuvieron previstos en el Proyecto de Ley anterior, ni están considerados en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

No obstante, con todo y ello, es evidente que la Ley de Derecho Internacional Privado “...mejora las disposiciones de las fuentes internacionales”³²⁶ ya que, a diferencia del Código Bustamante que ordena el reconocimiento de los derechos adquiridos al amparo de sus reglas³²⁷ y de la Convención Interamericana de Normas Generales sobre Derecho Internacional Privado, que sólo permite el reconocimiento de los derechos si estos habían sido adquiridos de conformidad con *todas las leyes* con las cuales hubieren tenido conexión al momento de su creación, el artículo 5 es más flexible y arroja más facilidades para reconocer los derechos adquiridos, como ya quedó demostrado *supra*.

Tal y como está establecido en el artículo 5 de la Ley, el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas por un Derecho extranjero, constituye una verdadera excepción al funcionamiento de la norma de conflicto del Derecho venezolano³²⁸.

No se debe perder de vista que la característica de flexibilidad que tiene el artículo 5 no implica, en modo alguno, el menoscabo de los intereses del foro, como se afirmó anteriormente, los cuales quedan resguardados con la expresa inclusión de las excepciones arriba descritas, a través de las cuales se garantiza la protección de los derechos adquiridos en el extranjero por la amplitud de la disposición que permitirá al juez valerse de estos criterios para conducir el caso de que se trate a la solución más justa.

Conclusiones

³²⁶ Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 131.

³²⁷ Maekelt, Ley de Derecho Internacional Privado..., ob. cit., p. 68. En el mismo sentido Madrid Martínez, Instituciones generales..., ob. cit., p. 131.

³²⁸ Guerra Hernández, Artículo 5..., ob. cit., p. 233.

1. El Derecho internacional privado y sus instituciones generales son el Ángel Guardián del viajante y su obra meritoria es la de conciliar, reconciliar y finalmente, integrar las leyes divergentes de los distintos Estados para el bien de la vida humana. Las soluciones del Derecho internacional privado y sus instituciones generales pueden encontrarse tanto en el pasado como en el presente, de una disciplina imprescindible para el desarrollo de la humanidad.

Las instituciones generales han ido brotando como los hongos al cesar el período de lluvias. A partir de allí los *iusprivatistas* las ordenan y las hacen prácticas.

2. La noción de los derechos adquiridos, conocida hoy como situaciones jurídicas válidamente creadas, es vieja como el mundo, pero entraña un principio de justicia elemental y en el Derecho internacional privado venezolano se ha reconocido su importancia desde el Siglo XX, cuando apareció consagrada por vez primera en el Proyecto de Ley de Aplicación de Derecho Internacional Privado conocido como Proyecto Arcaya en 1912.

3. Con el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, se produce la aplicación extraterritorial de tal Derecho extranjero, lo cual no se apoya en una *necessitas iuris* —imperativo jurídico— sino en una *necessitas facti*, es decir, en una exigencia práctica impuesta por la fuerza del respeto que se debe a los hechos humanos cumplidos al amparo de una soberanía y de unas leyes, aconsejado, además, por motivos de conveniencia recíproca entre los Estados.

4. La institución general de las situaciones jurídicas válidamente creadas bajo un Derecho extranjero, contribuye al desarrollo del Derecho internacional privado, cuando se acepta que un derecho puede ser adquirido válidamente conforme a una legislación distinta a la normalmente competente.

5. La actuación de la norma de conflicto en algunos casos puede producir resultados contrarios a los más elementales requerimientos de justicia y para evitar que esto ocurra, es por lo que la doctrina moderna ha sugerido una excepción a su funcionamiento, que puede ser explicada a través de la teoría de los derechos adquiridos.

6. No obstante su escasa aplicación en Venezuela y en otros países, cada día esta institución general cobrará más importancia debido a las exigencias “impuestas” por la globalización, la creciente interrelación entre los países y economías del mundo y al avasallador tránsito mundial de bienes y personas, por lo que esta institución general del Derecho internacional privado constituye una solución de alto valor técnico y contribuye a que Venezuela esté a la vanguardia de las más modernas tendencias del Derecho internacional privado contemporáneo.

7. Con el reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el amparo de un Derecho extranjero, se produce la seguridad de los derechos en el orden internacional. El hombre considerado como ciudadano de la humanidad tiene garantía en sus derechos fundamentales, en sus bienes y en los actos jurídicos que ejecute.

8. La protección de las situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, viene a restaurar la comunidad jurídica internacional, comprometida por la diversidad de sistemas conflictuales y por el orden público.

9. Actualmente, la tendencia general es hacia el respeto y el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas. No se ha pretendido decir que la ley encuentra límites en las situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, sino, que dentro de ciertos límites, debe respetarse ese derecho para cuidar los intereses legítimos de las partes y su seguridad y certidumbre.

10. En definitiva, la forma de aprender a pensar en el Derecho internacional privado es estudiando las instituciones generales. Una de las más importantes en el marco de esta rama del Derecho es, precisamente, la de las situaciones jurídicas válidamente creadas al amparo de un Derecho extranjero, pues el fin último del Derecho internacional privado es garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio.

El mayor placer de una persona inteligente es aparentar ser
idiota delante de un idiota que aparenta ser inteligente.

Dr. Louis Pasteur