

Reflexiones en torno al sistema de fuentes del Derecho internacional privado venezolano

Claudia Madrid Martínez

El pasado 6 de febrero se cumplieron 20 años de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, promulgada en agosto de 1998. Este instrumento fue el resultado de la labor desempeñada, fundamentalmente, por las Universidades venezolanas y sus cátedras de Derecho internacional privado. Eminentes maestros como Joaquín Sánchez Covisa, Roberto Goldschmidt y Gonzalo Parra Aranguren realizaron las tareas iniciales en la década de los sesenta del siglo pasado y dejaron el testigo a un grupo de profesores encabezado por Tatiana B. de Mackelt, quienes desde 1995 se ocuparon de la modernización del proyecto inicial y de su adaptación, tanto a la codificación interamericana como a la realidad venezolana.

El resultado es una Ley que hoy sirve de modelo a la codificación estatal en el continente y que ha dejado una profunda huella en la práctica del Derecho internacional privado en Venezuela. Los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales después de la vigencia de la Ley son notables y es eso lo que hoy queremos celebrar, precisamente, en la Universidad Central de Venezuela.

Para esta ocasión me he propuesto hacer algunas reflexiones en torno al sistema de fuentes establecido por el artículo 1 de la Ley, su funcionamiento y adaptación a los nuevos desarrollos y exigencias de nuestra disciplina.

Recordemos que de conformidad con el artículo 1 de nuestra Ley, “Los supuestos de hecho relaciones 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

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

regirán por los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados”.

No es común encontrar, en el Derecho comparado, normas sobre el sistema de fuentes, más allá de las menciones a la aplicación de la norma interna “sin perjuicio” de lo establecido en tratados internacionales, y de normas constitucionales que, a semejanza de lo que ocurre con la Constitución venezolana, reconocen la supremacía de la propia Constitución y la aplicación preferente de los tratados en materia de derechos humanos y de los provenientes de sistemas de integración.

Tengamos además en cuenta que la norma del artículo 1 de la Ley acompaña a nuestro sistema de Derecho internacional privado, desde el Código de Procedimiento Civil de 1897, antes incluso que el artículo 4 del Código Civil, que es la norma que indica las directrices para la interpretación y aplicación de la Ley y para la integración de sus lagunas.

Conviene también considerar el artículo 31 de la Ley, que añade a la *Lex mercatoria* como parte de las fuentes a que el juez venezolano puede recurrir cuando la controversia se relacione con contratos internacionales.

Ahora bien, desde la entrada en vigencia de la Ley, el artículo 1 fue aplicado de manera inmediata por los tribunales venezolanos, con lo cual podemos asumir su consideración como norma procesal que, por tal razón, escapa al principio de irretroactividad de la Ley para someterse al principio de aplicación inmediata que rige a las disposiciones procesales, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución venezolana. El orden jerárquico establecido por el artículo 1 de la Ley, se ha aplicado incluso sin mencionar la norma, con alguna desafortunada excepción.

Destaca de manera negativa, por ejemplo, una decisión de la Sala Político Administrativa de 19 de febrero de 1998 en la cual se aplicó en Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional para complementar la entonces vigente Ley de adopción. Dejando de lado este caso, el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado ha sido aplicado por los tribunales venezolanos y ha sido bien aplicado.

El gran enigma del artículo 1 ha sido su referencia a las normas de Derecho internacional público. Esta referencia nos habla del necesario

reconocimiento al Derecho internacional público como una disciplina útil y afín al Derecho internacional privado. Enfrentamos a ambas disciplinas reconociendo un necesario diálogo de fuentes -uno de los elementos de la gobernanza global-, más allá del uso de tratados, que fue incluso reconocido desde 1929 por la Corte Internacional de Justicia en el caso de los empréstitos serbios y brasileños.

Y decimos más allá de los tratados, pues con el reconocimiento del Derecho internacional público se reconoce también que hay materias que requieren una respuesta desde ambas disciplinas. Pensamos en derechos humanos, en la protección al medio ambiente, en las migraciones masivas que hoy está presenciando el mundo entero, en las crisis económicas y financieras mundiales. Todas estas situaciones presentan aristas públicas y privadas que necesitan la cooperación de ambas disciplinas.

Aunque el Derecho internacional privado ha hecho un notable esfuerzo por mantenerse al margen de la regulación de estas áreas, quizá con la única excepción de los derechos humanos que, de alguna manera, ha determinado la forma de interpretar y aplicar algunas de sus normas, en particular, en materia de Derecho procesal internacional, nuestra Ley está preparada para estas nuevas tareas que se le impondrán a nuestra disciplina.

Otra cosa importante que plantea la Ley y que ha sido quizá uno de los temas más discutidos, es la determinación de las normas de Derecho internacional público que sirven al Derecho internacional privado. En tal sentido, doctrina y jurisprudencia han reconocido que se trata de los tratados. Sin embargo, no descartamos que en el futuro aparezcan nuevas formas de regulación que vengan desde el Derecho internacional público y que sirvan a una situación de Derecho internacional privado.

Otro tema importante en el marco de nuestra Ley, es lo relativo a la *Lex mercatoria*, que puede ser aplicada vía autonomía conflictual, para determinar el Derecho más vinculado con el contrato, como Derecho más vinculado con el contrato o para complementar e interpretar el Derecho aplicable al contrato y en este ámbito debemos decir que somos pioneros. En América Latina, generalmente se reconoce a la *Lex mercatoria* un rol estrechamente vinculado al arbitraje. En el arbitraje hay absoluta libertad para el uso de esta fuente, no obstante, el recurso a la misma le ha sido vedado al juez. Nuestra Ley, al excluir su aplicación en materia de arbitraje,

en su artículo 62, admite que es el juez quien se encuentra obligado a aplicar la *Lex mercatoria* y eso es un avance fundamental en la materia.

Tengamos en consideración que en 2014 hubo un importante movimiento codificador en materia de Derecho internacional privado en América Latina y, salvo el caso de Paraguay, por influencia de la Convención de México, no se le reconoció a la *Lex mercatoria* la posibilidad de ser aplicada vía autonomía conflictual, limitándose a la autonomía material, es decir, a través de la incorporación, como ocurrió en el caso de Argentina.

Otro elemento fundamental de nuestro sistema de fuentes, es la consagración de dos herramientas de integración de lagunas: la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados. Estas fuentes se complementan, de alguna manera con la disposición del artículo 59 de la Ley que, en materia de cooperación, reconoce la aplicación de los principios del Derecho internacional aplicables en la materia. Esto resulta de gran utilidad, debido a que actualmente la regulación a través de fuentes provenientes de actores distintos del Estado está expandiéndose desde lo contractual, con la *Lex mercatoria*, hacia terrenos que tradicionalmente le eran negados, como el caso del Derecho procesal internacional. Los Principios ASADIP sobre Acceso Transnacional a la Justicia son un buen ejemplo de esta afirmación.

Habría que anotar, sin embargo, que estas herramientas de integración de lagunas eran más usadas antes de la entrada en vigencia de la Ley que después. Esto se debe, en nuestra opinión, a que el carácter general de las normas contenidas en la Ley de Derecho internacional privado deja poco espacio a la producción de lagunas. No obstante hay algunos casos que conviene destacar. Así, por ejemplo, el concepto de cosa juzgada internacional contenido en el Código Bustamante ha sido aplicado en un caso vinculado con el Derecho de Estados Unidos que no es parte de este instrumento y tal aplicación se fundamentó, precisamente, en el hecho de tratarse de un principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado.

También destaca una práctica, con la que estamos en desacuerdo, que es la aplicación del principio del bien superior del niño como criterio atributivo de jurisdicción, pues es bien sabido que en materia de jurisdicción no tienen cabida ni la analogía ni los principios generales.

Ahora bien, este grupo de fuentes consagradas por nuestro sistema, nos lleva a preguntarnos por la aceptación o, de alguna manera, la facilitación de la gobernanza global en el marco de nuestra Ley de Derecho internacional privado. Recordemos que en opinión de algunos autores, el Derecho internacional privado es el vector de la gobernanza global porque en los espacios privados, en un mundo globalizado, no hay ninguna otra disciplina que calce mejor o que aporte mejores soluciones.

La gobernanza global se caracteriza, justamente, por su alcance global, lo cual se vincula justamente con la globalización y la difuminación de las fronteras, y también con la necesidad de reconocer la posibilidad de relocalizar la autoridad en actores diferentes del Estado, es decir, en la aceptación del hecho de que el Estado no es el único ente capaz de producir normas, sino que hay otros actores que sin anular su rol, fungen como protagonistas en algunas materias en particular.

Nos referimos a corporaciones transnacionales, organizaciones internacionales, incluso de organizaciones no gubernamentales, a nuevos organismos de codificaciones no dependientes de los Estados, tales como UNIDROIT, la Cámara de Comercio Internacional o la FIDIC. El estado es desplazado, permite que otros actores produzcan normas y el Derecho internacional privado juega con esas normas. La aceptación de la *Lex mercatoria* muestra un ejemplo de ello.

En Derecho internacional privado, cuando pensamos en estos términos, hacemos referencia al Derecho internacional privado posmoderno, un sistema que, teniendo al ser humano como el centro de toda regulación, de alguna manera necesita transformarse, necesita aceptar aliados, necesita aceptar que usa herramientas distintas de la clásica norma de conflicto, que sigue estando presente, pero que ya no es suficiente para responder a los problemas que se plantean en la actualidad.

Ignorar esta realidad, le supone al Derecho internacional privado el riesgo de quedarse rezagado, de autodestruirse. En el caso del Derecho internacional privado venezolano, hemos de reconocer que el mismo está preparado para estos nuevos retos, al disponer de herramientas fundamentales para dar respuestas óptimas y eficaces a las situaciones que se plantean en esta aldea global. En efecto, nuestro Derecho internacional privado reconoce y da importancia a su alianza con el Derecho internacional público, entiende que

el Estado no tiene el monopolio de la producción normativa y que ese fenómeno trasciende al arbitraje, para instalarse en la sede de los tribunales ordinarios.