

Problemas metodológicos y fundamentos del derecho internacional privado

Methodological principles and foundations of private international law

*Lisette Romay Inciarte**

Recibido el 02/08/2021 - Aceptado el 11/11/2021

Resumen

El objetivo del artículo consiste en debatir los problemas metodológicos y los fundamentos del derecho internacional privado. La existencia de la diversidad legislativa impone la necesidad de encontrar una solución adecuada a los supuestos de hecho con elementos extranjeros; a través de la historia y del Derecho Comparado ha sido posible dar respuestas, pero las mismas no son iguales en todas partes, por lo tanto, se ha buscado lograr una unificación la cual no ha sido fácil. En cuanto al contenido, la investigación se apoya en textos legales como la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (1999), Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana, y la doctrina de autores como Guerra (2007), entre otros. Desde el punto de vista metodológico la investigación es de tipo documental, ya que se basó en la recolección, análisis e interpretación de los datos contentivos en documentos legales y en la doctrina. Los resultados demostraron que, en la actualidad, hay un predominio del método bilateral, el cual deriva del funcionamiento de las normas de conflictos bilaterales.

Palabras Claves: elementos extranjeros; supuestos de hecho; método jurídico; doctrina; derecho internacional privado.

Abstract

The aim of the article is to discuss the methodological problems and foundations of private international law. The existence of legislative diversity imposes the need to find an adequate solution to factual assumptions with foreign elements; throughout history and Comparative Law it has been possible to give answers, but they are not the same everywhere, therefore, it has been sought to achieve a unification which has not been easy. As for the content, the research is based on legal texts such as the National Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela (1999), the Venezuelan Private International Law Law Law Law, and the doctrine of authors such as Guerra (2007), among others. From the methodological point of view, the research is of a documentary type, since it was based on the collection, analysis and interpretation of the data contained in legal documents and doctrine. The results showed that, at present, there is a

* Profesora Titular de la Universidad del Zulia (LUZ) y de la Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín (URBE). Investigadora-Docente, Sección de Derecho Internacional, Doctora en Derecho, Magister Scientiarum en Derecho Internacional y Derechos Humanos, Magister Scientiarum en Derecho Procesal Civil; Profesora de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público. Ejerce en el Despacho: Romay, Hernández & Asociados. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1877-9193>. Email: lissetteromay@gmail.com



predominance of the bilateral method, which derives from the functioning of bilateral conflict rules.

Keywords: foreign elements; factual assumptions; legal method; doctrine; private international law.

Introducción

Los Romanos utilizaron un método que consistía en promulgar un conjunto de normas para resolver los casos conectados con varias legislaciones; aproximadamente en el año 241 a. C. se designó un funcionario especial llamado *Praetor peregrinus*, para decidir de acuerdo con la razón natural y principios generales del derecho, las controversias surgidas entre los ciudadanos romanos y ciertas clases de extranjeros, los peregrinos; sin embargo, las normas así aplicadas constituyeron una parte especial del derecho romano, denominada por Cicerón *ius Gentium*, la cual se fundamentaba en la justicia y equidad, por lo tanto, resolvió de manera directa el caso, tomando en cuenta sus elementos extranjeros, cuando la personalidad jurídica no era reconocida a los extranjeros era decidida por las mismas normas internas, sin tomar en cuenta los vínculos con sistemas jurídicos extranjeros.

Siglos más tarde, se presentaron los mismos problemas como consecuencia del derecho reconocido a las ciudades italianas de sancionar sus propias reglas, llamadas o conocidas *statuta*, (Estatutos), fue necesario fijar los límites de su aplicación no solo entre ellas sino también respecto del Derecho Romano, considerado como un ordenamiento jurídico superior vigente. Al principio, cada ciudad aplicaba sus propias reglas (*lex fori*) para resolver los supuestos de hechos conectados con varias legislaciones, pero esta solución implicaba la posibilidad de que un contrato celebrado, por ejemplo, en Boloña y valido de acuerdo a esa Ley que exige la presencia de dos testigos, pudiera ser nulo conforme a las normas vigentes en el lugar de su ejecución, la ciudad de Módena donde debía ser ejecutado pero aquí la Ley de esta última ciudad requiere la presencia de tres testigos o, más de tres, como ha si lo ha destacado Rodolfo de Nova.

1. Problemas Metodológicos

Los comerciantes y juristas advirtieron la contradicción lo cual era contrario a las exigencias fundamentales de la justicia, seguridad del comercio, el intercambio general; en aquel tiempo era difícil aceptar que el poder concedido a las ciudades italianas por el Emperador de promulgar sus propias normas (*statuta*) pudiera ser fuente de resultados antagónicos que condujeran a la incertidumbre, la confusión y la injusticia.

Aldicrus y Accursius escribieron unas glosas que se hicieron muy famosas, este último propuso lo siguiente: "*Srgumentum quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest, cum dicant quos nostrae clemencia*" (el argumento de que, si el demandó en Boloña, no debe ser juzgado de acuerdo a los estatutos de Módena no son conscientes cuando dicen nuestra clemencia) (Parra,1988:85). Aldicrus pretendió superar los resultados insatisfactorios derivados de la rigurosa aplicación de la *lex fori*, mediante la sugerencia que el Juez debía sentenciar de acuerdo con la mejor de todas las normas jurídicas conectadas con el supuesto de hecho, tomando en cuenta para ello la equidad y justicia.

Siguiendo en este mismo orden de ideas, los juristas italianos no aceptaron la sugerencia realizada por Aldicrus, por lo que pretendieron resolver los problemas causados por los supuestos de hecho contentivos de elementos extranjeros mediante la determinación del ámbito de la vigencia territorial de las reglas jurídicas; Bartolus de Saxoferrato (1314-1357) se avocó al estudio de la aplicación de las normas (statuta) de la ciudad a los extranjeros presentes dentro de sus límites territoriales así como también estudio la aplicación de sus leyes (statuta) a los propios súbditos cuando se encontraran en el extranjero; el método utilizado por Bartolus consistió en el análisis de las reglas del derecho para determinar su ámbito de aplicación a través del examen de su naturaleza, ya sea en forma aislada o agrupadas en las instituciones jurídicas para determinar si podían o no ser calificadas como territoriales, en otras palabras, al ser territoriales se aplicaban a todas las personas dentro de la ciudad, súbditos o extranjeros; y cuando no lo eran debían calificarse de personales por lo que resultaba inaplicable a los extranjeros pero obligaban a los súbditos que se encontraran fuera del territorio de la ciudad (Parra,1988).

Ulrico Huber, sostuvo la validez de tres principios generales para resolver los supuestos de hecho conectados con elementos extranjeros, los cuales fueron:

- a) Las leyes de cada Estado tienen vigencia y obligan a todos los habitantes dentro de su territorio, pero no más allá de sus fronteras.
- b) Todas las personas dentro de los límites de un Estado, habiten en forma permanentes o transitoria, se consideran súbditos del mismo.
- c) Los soberanos por razones de cortesía (comitas), actuaran para que los derechos adquiridos dentro de los límites de un Estado sean reconocidos en todas partes, mientras no causen perjuicio a su soberanía o a los derechos de ese Estado o a sus súbditos (Ulrico, 1947)

Huber, reconoció la existencia de una obligación para los países, derivada de su utilidad mutua.

A finales del siglo XVIII, se reconoció además, con toda claridad, el derecho correspondiente a cada Estado, al promulgar sus códigos, de determinar si sus normas jurídicas eran territoriales, en el sentido que eran aplicables a todas las personas nacionales o extranjeras que se encontrasen dentro de los límites del territorio o, personales, que eran aplicables solo a las personas que eran nacionales dentro y fuera de su territorio; concepto de soberanía aceptada por Joseph Story, Carl Von Waechter y Frederich Carl Von Savigny.

Ahora bien, Carl Von Waechter publicó entre 1841 y 1842 bajo el título *Sobre la Colisión del Derecho Privado de diferentes Estados* (Uber die Collision der Privatgesetze verschiedener Staaten), Waechter fue el primero en afirmar como principio rector, la obligación a cargo del Juez de resolver los casos contentivos de elementos extranjeros de acuerdo con las reglas promulgadas por su propio legislador, sin embargo, al darse cuenta de la escasez de reglas escritas en materia de Derecho Internacional Privado, tuvo que desarrollar otro principio rector en el cual le impuso al Juez la tarea de analizar normas sancionadas por su Legislador para resolver los casos puramente internos, a fin de determinar si con ellas pretendía regular las controversias conectadas con varios ordenamientos jurídicos.

Waechter, sostuvo por su parte que el derecho extranjero era aplicable solamente cuando lo dispusieran las normas del fórum, expresa o implícitamente; pero con la advertencia de que en caso de duda la controversia debía ser decidida conforme a la *lex fori* (Parra,1988).

Friederich Von Savigny, publico al finalizar la primera mitad del siglo XVIII, el último volumen de su conocida obra *Sistema del Derecho Romano Actual*, en ella estudio los límites de las leyes en cuanto al tiempo, que constituyen hoy en día lo que se conoce como Derecho Intertemporal y también estudio los límites de las leyes en cuanto al lugar, que es lo que conocemos con la denominación Derecho Internacional Privado.

En este orden de ideas, Savigny afirma que cada nación tiene leyes diversas por lo que es necesario determinar la esfera de acción de cada una, para resolver los conflictos que surgen en los casos concretos, para él, los límites del derecho y los conflictos de las leyes resultan problemas secundarios y subordinados, lo esencial consiste en determinar las relaciones jurídicas sometidas a cada precepto legal o el precepto legal llamado naturalmente a regir cada relación jurídica (Sánchez y Sirven, 1943).

Siguiendo en este mismo orden de ideas, Savigny piensa que las relaciones jurídicas son atributos de la persona y que el derecho privado se reduce a un poder o facultad de las personas. No limita a pesar de eso el problema a determinar, los lazos que existen entre las leyes y las personas, puesto que estas últimas se relacionan también con las cosas, tomándolas como objeto de su actividad y de su vida jurídica, pudiendo colocarse a virtud de ello bajo la autoridad de diferentes legislaciones; por lo tanto, las reglas del derecho pueden tener como objeto no solo a las personas en cuanto a su capacidad sino también las relaciones jurídicas sobre cosas determinadas, así como en materia de obligaciones, sucesiones y de familia.

Luego de estudiar el domicilio de origen y el territorio como causas determinantes de la sujeción de los individuos a alguna ley positiva, y de referirse a las cuestiones que origina el derecho interregional Savigny expresa que los conflictos entre leyes de países diferentes han querido resolverse con la idea de la independencia y soberanía de los Estados, permitiéndoseles excluir de su territorio las leyes extranjeras y prohibiéndoles llevar más allá de su frontera la acción del derecho propio (Sánchez de Bustamante, 1943).

Estas consideraciones, piensa Savigny, llevan a la idea de una comunidad jurídica entre los pueblos, fortalecida progresivamente por las ideas cristianas y por la utilidad indudable que para todos supone como, era entre los países, que había estados regidos por el derecho romano, existía un principio de unidad legal que les permitía obedecer reglas comunes para sus conflictos de esa clase. Posteriormente el vuelve a pensar en este problema de los conflictos entre diversas legislaciones y trata de resolverlo limitándose a determinar para cada relación jurídica, el derecho más adecuado a su naturaleza esencial y propia; lo que hace que Savigny abandona las divisiones estatutarias, ya que no es el objeto de la ley, la persona o la cosa, lo que determina la regla escogida, sino la conexión natural de la relación jurídica con cierto territorio o con cierta legislación (Sánchez de Bustamante, 1943).

Savigny, aceptó que el Juez tenía obligación de obedecer las reglas sancionadas por su propio legislador para decidir los casos contentivos de elementos extranjeros, a pesar de que, personalmente, pudiera no estar de acuerdo con la solución legal; aconsejó tomar en cuenta los principios generales del derecho, como habían sido establecidos por la doctrina jurídica; asimismo, sostuvo la necesidad de analizar la naturaleza de cada relación jurídica para establecer su asiento.

Como ya se comentó en líneas anteriores, este asiento territorial indica la ley aplicable y tal designación debe ser aceptada en todas partes como la única manera de cumplir el deber de aplicar el derecho extranjero, por existencia de una comunidad internacional de naciones que tiene relaciones recíprocas, impuesto a los Países europeos, todo ello, con fundamento en el Derecho Romano, las creencias cristianas y la utilidad mutua. Sin embargo, Savigny completo su doctrina agregando que existen casos en los que debe aplicarse exclusivamente el derecho nacional, aunque la naturaleza de las relaciones jurídicas exija la aceptación de una ley extranjera, lo cual crea dos grupos de excepciones:

- a) La primera categoría, se refiere al derecho local y tiende a asegurar su predominio en ciertos casos frente a toda consideración que se derive de la naturaleza de las relaciones jurídicas; Savigny denominó estrictamente territoriales las leyes de índole positiva rigurosamente obligatorias y, al mismo tiempo, las considera del todo incompatibles con una libertad de aplicación que pueda traspasar las fronteras del Estado (Sánchez de Bustamante, 1943). En otras palabras, cuando la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero contradice reglas del *fórum* que tienen un carácter absoluto, imperativo (*streg positiver, zwingender Natur*) (Parra, 1988); por ejemplo, las que tienden a asegurar la justicia, son las leyes que, por causa de edad, sexo, entre otras, limitan la capacidad de obrar; leyes que no deben colocarse entre las exceptuadas.
- b) En segunda categoría de sus excepciones, piensa Savigny en las relaciones jurídicas, pero acentuando la influencia que sobre ellas tienen determinados preceptos de la legislación local, excluyendo las instituciones extranjeras que no reconozcan nuestras leyes y que no estén en aptitud de reclamar la protección de nuestros tribunales (Sánchez De Bustamante, 1943). Se refiere a los casos en los cuales las legislaciones extranjeras consagran instituciones jurídicas desconocidas para la *lex fori* (Parra, 1988); por ejemplo, la poligamia, si una legislación no admite la poligamia es imposible que los jueces se presten a la unión entre extranjeros cuya ley personal los autorice.

Savigny, realizó la determinación de la ley aplicable tomando en cuenta el domicilio de la persona, el *situs* de los bienes, la autonomía de la voluntad; el lugar de la celebración o el lugar de ejecución del acto o del contrato; el lugar donde se encuentra el tribunal llamado a resolver la controversia. En consecuencia, las normas de conflicto se orientan a fomentar la seguridad y la armonía internacional de las decisiones, garantizando así la continuidad y la estabilidad de las relaciones jurídicas y evitando la frustración de las legítimas expectativas, no solo de las partes interesadas sino también de terceras personas (Parra, 1988).

Asimismo, Juenger, recuerda que Joseph Story en 1834, trato de resolver los problemas conectados a varias legislaciones a través del factor de conexión más adecuado para determinar la ley aplicable a categorías jurídicas amplias; por tanto, utilizó un método similar y propuso la misma interrogante de Savigny, cual es la legislación que regula cada relación jurídica (Parra, 1988).

El Legislador alemán no siguió las teorías de Julius Schnell y Alexander Niedner; de acuerdo con Schnell las normas de conflicto tienen que ser unilaterales porque deben restringirse a indicar cuando es aplicable la propia legislación y si la *lex fori* no quiere decidir la controversia, el tribunal debe investigar el derecho extranjero que debe ser aplicado y Niedner, sostenía que la idea de que un Estado individual no puede ni actuar como legislador supranacional ni tampoco imponer su voluntad a los demás, porque todos son jurídicamente iguales, a tenor de los principios básicos de Derecho Internacional Público; por lo que explican el predominio de las normas unilaterales en la Ley, en la práctica condujeron a determinar la ley

aplicable a la controversia, el derecho alemán o una ley extranjera; pero no permiten afirmar un abandono completo del método unilateral. Se le atribuye a este método una gran importancia como un instrumento útil para resolver problemas de Derecho Internacional Privado.

En la actualidad, hay un predominio del método bilateral, el cual deriva del funcionamiento de las normas de conflictos bilaterales.

2. Fundamentos Extrajurídicos

El Fundamento del Derecho Internacional Privado, nace en el siglo XIV, en las ciudades – estado del norte de Italia, (Maekelt, 2005) en las Escuelas de Derecho de Lombardía, contribuyendo a formarlas los antecedentes históricos, la cultura jurídica y el progreso mercantil de los municipios italianos; sin grandes tradiciones de feudalismo con notables aptitudes para la vida mercantil y con preparación no insignificante para los estudios jurídicos, fue indispensable en sus Universidades el estudio de los efectos y concurrencia de leyes diferentes en una misma relación jurídica.

Los predecesores y contemporáneos de Bartolo de Sassoferato, que iniciaron y desarrollaron la doctrina italiana se ocuparon de los delitos, los testamentos, las sucesiones y la comunidad de bienes en el matrimonio; posteriormente, la organización política había sido en el norte de Francia durante el periodo medioeval muy diferente a la de Lombardía; el feudalismo se hizo sentir allí con mucha fuerza y representó además la concentración del poder en una sola mano, la subordinación de la autoridad al dominio territorial y la aplicación de la ley con carácter absoluto y general dentro de cada región.

Bertrand D'Argentre, en el siglo XVI fue un comentador de las leyes de Bretaña, en esa época nace la Escuela Francesa; firmemente convencido de la territorialidad del Derecho, expresaba donde acaba la potestad acaba la jurisdicción y el poder; comprende que la regla del domicilio a cuya ley no le parecía aceptable que las personas se sustrajeran por un simple cambio de residencia, tomaba así el domicilio un carácter de permanencia que hacía posible la aplicación del derecho extraño (Sánchez De Bustamante y Sirven, Antonio, 1943).

Luego Pablo Voet, Juan Voet y Ulrico Huber dan lugar a una nueva evolución doctrinal en el siglo XVII, nace la Escuela Holandesa que tiene como carácter fundamental la territorialidad estricta de las leyes, y subordina esa aplicación extraterritorial a simples móviles de interés, de reciprocidad o de conveniencia, con lo cual encontramos el primer esbozo de fundamento para el Derecho Internacional Privado, de modo que, dentro de los fundamentos extrajurídicos encontramos las *Comitas Gentium* y la reciprocidad (Sánchez de Bustamante, 1943).

2.1. *Comitas Gentium*

El territorialismo casi absoluto, llevado por Ulrico Huber (1636-1694), uno de los más importantes representantes de la Escuela Estatutaria Holandesa, impone al Estado aplicar su derecho dentro de su territorio a todos sus súbditos, pero no tiene fuerza de obligar más allá de esos límites (Maekelt, 2005). Surge la necesidad de justificar la aplicación del Derecho extranjero por el Juez del Foro.

Pablo Voet (1619 -1667), su hijo Juan Voet (1647- (1714) y el mismo Huber desarrollan la llamada doctrina *Comitas Gentium*, ha sido abandonada, pero no ha desaparecido totalmente, el Estado no tiene obligación alguna de aplicar leyes extranjeras, cuya eventual aplicación sería eficaz. El concepto de soberanía se extiende a todos cuantos se encuentren en el territorio de un Estado, cualquiera que sea su nacionalidad o su domicilio; para Huber dependerá exclusivamente del consentimiento expreso o tácito que le dispense el Estado Receptor (Bonnemaison, 2013)

En el pensamiento de los juristas holandeses que idearon la doctrina *comitas* no solo se referían a la cortesía, sino a la urbanidad y expresaban así una idea de la equidad y aun de la justicia que se oponía al derecho estricto (Maekelt, 2005); la idea de las *comitas gentium* como fundamento de la aplicación extraterritorial del Derecho, no deriva de una *necessitas iuris* sino de una *necessitas facti*.

La aplicación de las leyes de un Estado en el territorio de otro no responde a una obligación jurídica supranacional; no procede, tampoco de otro imperativo jurídico vinculante; cada nación por intereses propios reconoce efectos de validez a las leyes dictadas en el extranjero, esto es, debido a un respeto debido de los derechos humanos que han nacido al amparo de otras soberanías (Bonnemaison, 2013). Sin embargo, Tatiana de Maekelt, en su obra expone que, desde el punto de vista técnico, se plantea la pregunta sobre quien decidirá la procedencia o no del gesto cortes, que consiste en la aplicación de un derecho extranjero; otorgar esta facultad al juez podría conducir a arbitrariedades (Maekelt, 2005).

El concepto feudal absoluto de la soberanía como se mencionó en líneas anteriores trae como consecuencia la territorialidad de la Ley; no hay más ley con carácter obligatorio que la del propio país y a ella deben someterse todas las relaciones de derecho, *Lex non valet extraterritorium; extraterritorium jus dicenti, impune non paxetur*, quiere decir esto: la ley emanación de la soberanía, no puede aplicarse en el territorio de otro Estado porque importaría un ataque a la soberanía e independencia del último, el aislamiento político y el aislamiento legislativo, caracterizan esa época que Pescatore (Romero del Prado, Víctor, 1961), ha denominado la hostilidad recíproca (*Strictum Jus*).

Luego se acepta la aplicación de la ley extranjera y para explicarla o fundarla se recurre indebidamente a la cortesía, utilidad o conveniencia que recíprocamente pueden obtener los Estados, Huber citado por: (Romero del Prado, Víctor, 1961), sintetiza su doctrina en tres axiomas:

1. *Leyes cuyusque imperii vim habent intre términos ejusdem reipublice, omnesque ei subyctos obligant, nec ultra*. Las leyes de cada imperio tienen fuerza solamente dentro de los límites de su gobierno y obligan a todos los que son súbditos de este; no más allá.
2. *Pro subyctis imperio habendi sun omnes, quo intra términos ejusdem reperiantur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur*. Todas las personas que se encuentran dentro de los límites de un gobierno, ya sea su residencia permanente o temporal, deben considerarse súbditos de él.
3. *Rectores imperorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra términos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicentur*. Los gobernadores de cada imperio admiten por cortesía que las leyes de cada pueblo, en vigencia dentro de sus límites tengan la misma vigencia en todas partes, siempre que no perjudiquen los poderes o derechos de otros gobiernos o de los de sus ciudadanos.

Juan Voet al exponer la doctrina de la cortesía dice: Un individuo tiene el derecho de no hacer servicios a nadie, pero si es servicial respecto de otro, es posible que éste en retribución le preste servicios a la vez. De igual manera, si en el orden internacional, un país da validez a los actos de otro, el país defraudado a su turno, validaría los actos, contratos y relaciones jurídicas nacidas al amparo de las leyes del primero. Pablo Voet, creador del estatuto mixto expresaba: Son los estatutos que se refieren a las personas o a las cosas y que no disponen de uno o de otros sino de las maneras y solemnidades que deben observarse en los negocios judiciales y extrajudiciales (Rouvier, 2005).

Westlake, sustituye las comitas *gentium* por la teoría de la necesidad y conveniencia de impartir justicia y de respetar los derechos adquiridos, doctrina expuesta por Dicey en 1891, (Romero del Prado, Víctor, 1961). A esta teoría se le critica su fundamento mercantil, ya que convenía al desenvolvimiento del comercio, y el acto de reconocer el derecho extranjero se hace por un deber jurídico y no por un acto de benevolencia, de utilidad, o interés.

2.2. Doctrina de la Reciprocidad

La Doctrina de la Reciprocidad es una variante de la doctrina de la cortesía, esta doctrina no tiene la importancia o el alcance de las *comitas gentium* (Maekelt, 2005). Se refiere a que las leyes de un Estado podrán aplicarse en el territorio de otro, siempre que el primero permita a su vez en el suyo la aplicación de las leyes del segundo; cuando se exige que sea por tratado se habla de una reciprocidad diplomática y cuando se exige que sea través de la ley es una reciprocidad legislativa. El artículo 11 del Código Civil Francés 1804, establecía: “El extranjero gozara en Francia de los mismos derechos civiles acordados a los franceses por los tratados con la nación a la cual ese extranjero pertenezca” (Maekelt, 2005: 17).

A raíz de ello, se optó por la reciprocidad diplomática, desechando la reciprocidad legislativa por considerar poco digno de Francia someter a las fluctuaciones de las leyes extranjeras las disposiciones de sus códigos.

Esta doctrina tiene poca relevancia como fundamento del Derecho Internacional Privado debido a las duras y justificadas críticas que le han formulado los estudiosos del derecho, por cuanto, ella desconoce los derechos inherentes a la persona humana y resulta contradictorio que un mismo caso tenga diversas soluciones de acuerdo con la existencia o no de la reciprocidad con el Estado de origen de la norma aplicable (Maekelt, 2005). La reciprocidad no ha desaparecido aun, a pesar de las duras críticas formuladas.

En Venezuela, la Ley de Derecho Internacional Privada de 1998 en el Capítulo X contiene normas que regulan lo relativo a la eficacia en la República de las sentencias extranjeras (Maekelt *et al.*, 2005)

El artículo 53 de la referida Ley establece cuales son los requisitos de fondo que deben cumplir para la procedencia de la solicitud de exequatur, derogando parcialmente el artículo 850 y 851 ambos del Código de Procedimiento Civil; este último ordenamiento jurídico, establecía expresamente el requisito de reciprocidad en materia de exequatur de las sentencias extranjeras pero que ya ha sido parcialmente derogado como ya se expresó por el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

3. Fundamentos Jurídicos

3.1. Doctrina de los Derechos Adquiridos

La cortesía o comitas como fundamento de la aplicación del derecho extranjero, ha sido sustituida modernamente por la llamada doctrina de los derechos adquiridos de Dicey, aceptada luego en los Estados Unidos por numerosos autores y tribunales, denominada *Vested Rights*, siendo también su expositor Beale en su conocido tratado *Conflicts of Laws* e incorporada al *Restatement of the conflicts of laws*, publicado por el *American Law Institute*, cuerpo de principios jurídicos, unos doctrinales y otros tomados de la práctica, que establecen las reglas para la solución de los problemas de Derecho Internacional Privado.

Se sostiene que los derechos se regularan por la ley que los creó, y esos derechos adquiridos al amparo de esa ley deben ser reconocidos en otra parte cuando ese reconocimiento se pretende fuera del territorio que sirve de límite a la competencia de aquella ley; la naturaleza de un derecho adquirido al amparo de una ley bajo la cual ese derecho se adquirió (Romero del Prado, 1961).

Dicey, parte de que el Juez no aplica el derecho extranjero, sino que ampara los derechos debidamente adquiridos, expresa como primer principio: Todo derecho que ha sido debidamente adquirido bajo la autoridad de la Ley de un país civilizado cualquiera, es reconocido y sancionado o puesto en ejecución por una corte inglesa por los tribunales inglesa. El segundo principio, formula la excepción de orden público, como límite, entonces del primero, cuando dice todo derecho que no fue debidamente adquirido no es reconocido por la Corte Inglesa (Rouvier, 2005).

Esta doctrina se ha objetado diciendo que un derecho adquirido en virtud de una ley extranjera no es respetado sino cuando él es debidamente adquirido, por lo que es necesario preguntarse cuál es la ley que fija las condiciones de la adquisición legítima o regular; el problema de la determinación de la ley aplicable es anterior al de la existencia del derecho adquirido y no puede ser así, cuando una regla de conflicto de una legislación prescribe, aplicar una ley extranjera, es esta y no el derecho adquirido en virtud de la misma.

Beale, el jurista de Harvard, expone su doctrina de la siguiente forma: 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; ningún derecho legal no se forma naturalmente o no existe en estado de naturaleza. Un derecho es un fenómeno político, una entidad política y no social; ningún derecho legal puede ser creado únicamente por la simple voluntad de los particulares (Romero del Prado, 1961). Un derecho puede ser cambiado por la ley que lo ha creado o por cualquier otra bajo el poder de la cual se encuentra. Si un derecho no ha sufrido este cambio será reconocido en todas partes, aunque allí donde se invocare no hubiese sido creado en las mismas condiciones, pues reconocerlo es reconocer la existencia de un hecho (Maekelt, 2005).

Antonio Pillet, jurista francés explica que son los derechos adquiridos a través de un ejemplo, cuando expresa:

Yo supongo una persona, que en el curso de una excursión atraviesa la frontera y penetra en otro país. Esta persona, un turista si se quiere, lleva en un equipaje algunos objetos que no lo abandonan: Se apoya en un bastón y posee quizás un par de

prismáticos. Ella estaría seguramente sorprendida si se le dijera que luego de atravesar esa frontera, tales objetos no son más de su pertenencia y que ellos pueden ser apropiados por el primero que pase, sin embargo, si se considera que esos objetos han sido adquiridos en un Estado, conforme a las leyes del mismo, leyes cuya autoridad cesa en la frontera; si reflexiona que solamente en virtud de tales leyes esa persona se ha constituido propietaria de esos objetos, se puede pensar que tal hipótesis no es irrazonable, como parecería a primera vista, dado que la propiedad se ha adquirido de conformidad con ciertas normas y la autoridad de las mismas ha desaparecido al cruzar la frontera. ¿En qué se basa el derecho del propietario? Yo emito dudas que parecen una injuria al sentido común, ya que ninguna persona de buen sentido podrá admitir que un viajero pueda ser despojado de la propiedad de los objetos que transporta, simplemente porque ha atravesado una frontera, sino también porque para que ese resultado absurdo sea evidente, es necesario una norma legal que sirva de base a esa propiedad sin la cual desaparecería... (Maekelt, 2005:22)

No debe confundirse la teoría de los derechos adquiridos expuesta por el tratadista francés Pillet con la de Dicey, son diferente principalmente por dos aspectos: El primero, la teoría de Pillet se refiere a la determinación del derecho competente según la época en que nace, si debe nacer, el conflicto es actual, hay propiamente un conflicto de leyes; si ya ha sido creado se trata de respetar los derechos adquiridos, fijando la ley que debe regirlos, en cambio en la teoría de Dicey el objetivo es diferente; los *vested rights* constituyen la solución técnica que justifica la abdicación del foro local ante una situación creada en el exterior.

El segundo aspecto es que, en la teoría de Pillet se admite que el derecho originario ha sido reconocido y sancionado en el extranjero de conformidad con las leyes correspondientes, en la doctrina de Dicey lo que llamamos derecho originario, no es reconocido como tal sino como un simple hecho, y con respecto a Beale. su doctrina lleva al resultado de mantener la autoridad exclusiva del soberano territorial, admitiendo al mismo tiempo la influencia indirecta del legislador extranjero (Rouvier, 2005).

El derecho adquirido es solo la proyección del derecho subjetivo en el derecho objetivo (Maekelt, 2005), sin embargo, la doctrina los separa artificialmente, creando innecesarias objeciones.

3.2. Doctrina de la Comunidad Jurídica Internacional

La doctrina de la comunidad jurídica internacional se halla expuesta en el tomo VII del Tratado de Derecho Romano, pudiera parecer extraño que los problemas de derecho internacional privado sean examinados en un tratado de derecho romano, lo que ocurre es que F.C. Von Savigny, escribió un tratado como ya se mencionó, aplicable a su país y a su tiempo, ya que en la época de Savigny el derecho romano constituía el derecho común germano por haberse extendido a esos pueblos en la Edad Media, especialmente a partir del siglo XV cuando se enviaron a la Universidad de Bolonia jurisconsultos que luego, como magistrados aplicaban los preceptos romanos en los tribunales.

Ahora bien, existían otras normas vigentes que restringían la jurisdicción del derecho romano a saber; algunas leyes de carácter general del antiguo imperio germánico; ciertas

costumbres con fuerza legal en las diversas provincias o regiones y ciertas normas escritas también de valor exclusivamente regional.

Al examinar estos diversos preceptos con las leyes de otros países surgía el problema de Derecho Internacional Privado, resuelto por Savigny, en la Europa Cristiana el derecho romano es la base de las instituciones jurídicas, pero dentro de esa variedad de reglas de derecho hay una inspiración común; de modo que existiendo esa identidad de origen de las instituciones fundamentales es fácil que los conflictos puedan ser resueltos, puesto que hay que admitir la existencia entre esos Estados de una verdadera comunidad jurídica (Caicedo,1960).

Savigny admite que la aplicación de la ley extranjera tiene en ocasiones fundamento jurídico, porque en el sistema de la territorialidad no se admite en ningún caso la aplicación de leyes extranjeras; en el de los estatutos se admite esa aplicación, pero no por razones jurídicas sino por motivos de utilidad o cortesía.

Para F.C. Von Savigny, cuando la ley extranjera se aplica es porque hay una razón jurídica que lo justifica, cuando se presenta un litigio y hay varias leyes en conflicto, debe averiguarse cuál es la naturaleza jurídica del hecho que ha ocasionado el conflicto; una vez averiguado eso, debe indagarse también cuál es la ley más apropiada a esa naturaleza jurídica; verificada la misma, se aplicara la ley que resulte, aunque se trate de una ley extranjera.

Sin embargo, esta aplicación de la ley extranjera tendrá una excepción, como ya comentamos en el punto de las posturas metodológicas, las leyes locales de orden público prevalecerán sobre ella, con el fin de poner a salvo el principio de la soberanía territorial; empero, el sistema de Savigny ha sido objetado porque la fórmula es demasiado general y caben las discrepancias cuando se discuta cual es la ley que se acomoda más a la naturaleza de la relación jurídica respectiva (Caicedo,1960).

Savigny, plantea una serie de leyes que resuelven conflictos extraterritoriales: Personas, el estado civil y la capacidad se rigen por la ley del domicilio; los bienes muebles o inmuebles se rigen por la ley de la situación, *lex rei sitae*, en materia de obligaciones *la lex loci executionis* pero hay que hacer una distinción, las formalidades se rigen por la ley local; los efectos por la ley del Estado donde deba cumplirse la obligación salvo una necesidad resultante de la naturaleza misma de las cosas o de una estipulación expresa en contrario.

En materia de Sucesiones se rige por la ley del domicilio del causante; en materia de Relaciones de familia; el Matrimonio se rige por la ley del marido; la Patria potestad, se rige por la ley del lugar del domicilio del padre al nacer el niño; la Legitimación por subsiguiente matrimonio, por la ley del lugar del domicilio del padre al momento del matrimonio; la Tutela se rige por la ley del domicilio del pupilo; y las Formalidades de forma y fondo se rigen por la *locus regit actum* (Rouvier, 2005).

Algunos autores señalan críticas a la doctrina Savigny, en el sentido que el acepta la doctrina de la reciprocidad, cuando dice que los conflictos de leyes pueden resolverse por tratados, sin embargo, Savigny considera que los tratados son una expresión propia de la comunidad.

Quintin Alfonsin, critica la doctrina de Savigny porque cuando se pregunta si la comunidad puede ser entendida como una comunidad de convicciones jurídicas o como una

sociedad de Estados; si se trata de una comunidad de convicciones jurídicas a los que asisten todos los estados por convicción jurídica hay que distinguir si se trata de una comunidad de hecho, lo cual puede aceptarse, porque no existiría una norma que obligue a los Estados a aplicar el derecho extranjero (Rouvier, 2005).

Y, si es una comunidad de derecho, quiere decir que los Estados concurren en virtud de una norma jurídica que los ha asociado, existiría entonces la obligatoriedad de aplicar la ley extranjera pero donde está la norma, quien formo esa norma, por lo que llegamos a la conclusión, que son los Estados y no los particulares los sujetos de Derecho Internacional Privado y esto no es así, los sujetos son los particulares.

En Venezuela se encuentran las primeras influencias de la Doctrina de F.C. Von Savigny cuando estudiamos la doctrina de Luis Sanojo, un jurista venezolano que reacciona contra la doctrina de las *comitas gentium* y la sustituye por un fundamento jurídico, en otras palabras, por la convivencia universal y la práctica general del mundo civilizado, de modo que la ley de Derecho Internacional Privado Venezolana tiene la influencia de la doctrina de Savigny (Maekelt, 2005).

3.3. Doctrina de la Nacionalidad

Defendida por Pasquale Stanislao Mancini, su doctrina era la nacionalidad la cual se oponía a la doctrina de la cortesía diciendo que el estado y la capacidad de las personas además de las relaciones de familia se rigen por las leyes de la nación a que las personas pertenecen, vale decir, que el fundamento de la extraterritorialidad del derecho y el factor de conexión para resolver los conflictos de leyes es la nacionalidad.

Percibe Pasquale la nacionalidad en dos sentidos específicos: a) Sociológica, referida al conjunto de condiciones antropológicas y sociológicas que caracterizan a un grupo social determinado; b) Jurídica, como el vínculo jurídico que une al individuo con el Estado. Asegura que los conflictos de leyes se originan por factores como el cosmopolitismo del hombre y la diversidad legislativa y que, además, todo Estado puede dictar leyes en su territorio, pero no deben ser contrarias o injustas para la comunidad jurídica.

Sostiene que la aplicación del derecho extranjero es un deber internacional y no un acto de cortesía o benevolencia; la negativa de un Estado poner en práctica un derecho extranjero sería una violación a las leyes internacionales. Pensaba que el trato a los extranjeros no debía basarse en la cortesía ni en la voluntad soberana de cada Estado, sino en una obligación de justicia internacional, es decir, daba acceso a la vida civil de los extranjeros por el reconocimiento de las leyes de sus respectivos Estados y de sus derechos originarios.

Mancini, divide el derecho en: Público, que sirve para proteger al Estado limitando la aplicación de leyes nacionales y extranjeras; Privado, que sirve para proteger al individuo. A este derecho privado lo subdivide en dos partes: Necesaria: que comprende el estado personal, el orden y las relaciones de familia; no puede ser relajada por voluntad de las partes por ser materias de orden público; Voluntaria: donde el extranjero puede escoger la ley que regule la relación jurídica siempre que no sea contraria al orden público; prevalece el principio de autonomía de las partes (Rouvier, 2005).

Para Mancini cada nación tiene la libertad para dictar leyes que hayan de regir en su territorio, esta independencia legislativa es una consecuencia de la independencia política, pero no pueden dictar leyes contrarias, injustas u ofensivas para la comunidad jurídica que surge de las necesidades humanas y sociales y de obligaciones internacionales impuestas por el lazo de sociedad general existente entre los pueblos.

Considera que los conflictos de leyes y la determinación de la ley aplicable deben estar sometidos a reglas idénticas en todas las naciones a las cuales podría llegarse por el acuerdo entre los Estados, si estos aceptan unánimemente los siguientes principios: Orden Jurídico: Consiste en el acuerdo entre la libertad individual con el ejercicio del poder social. Poder Público: Garantiza y tutela el orden público y el desarrollo de un programa social sobre un territorio. Libertad Individual: Es la raíz de la nacionalidad de un pueblo. Actividad del Individuo en el Extranjero: La libertad individual no puede sufrir limitaciones injustas por el reconocimiento de esos derechos por los miembros de una sociedad.

Según Mancini el sistema de derecho comprende el clima, la temperatura, la situación geográfica, la diversidad de necesidades y costumbres que determinan en cada pueblo el sistema de las relaciones de derechos. El orden público para Mancini está constituido por principios superiores de moral humana y social, las buenas costumbres y los principios inherentes a la personalidad humana.

Por su parte, Madrid (2004) señala que en opinión de Mancini el Estado, que es una expresión de la voluntad y los intereses comunes, faltaría a su fin y a su razón de ser, si en lugar de garantizar y reconocer los derechos y libertades inofensivas de los individuos, los desconociera o limitara; igualmente expresa que, el derecho de la nacionalidad no es diferente del derecho de libertad, ya que pertenece a los individuos por lo que estos pueden reclamar de los Estados, en base al principio de la nacionalidad extranjera, el mismo patrimonio de Derecho Privado que reclaman en su propio Estado y de sus conciudadanos.

Entre las críticas a esta doctrina se mencionan que la nacionalidad es contraria a la internacionalidad como conceptos que tienen un carácter muy político a favor de la migración desde Italia en la época; que carece de universalidad; que proporciona soluciones insuficientes y que, desde el punto de vista jurídico, la parte voluntaria del derecho privado no debe permitir la aplicación de reglas sólo a conveniencia del individuo extranjero.

Conclusiones

La cortesía o *comitas gentium*, como fundamento de la aplicación del derecho extranjero, ha sido sustituida modernamente por la llamada doctrina de los derechos adquiridos de Dicey, que establecen las reglas para la solución de los problemas de Derecho Internacional Privado y sostiene que los derechos se regularan por la ley que los creó, y esos derechos adquiridos al amparo de esa ley deben ser reconocidos en otra parte cuando ese reconocimiento se pretende fuera del territorio que sirve de límite a la competencia de aquella ley, parte de que el Juez no aplica el derecho extranjero, sino que ampara los derechos debidamente adquiridos.

Para el caso de la doctrina de la comunidad jurídica internacional, Savigny admite que cuando la ley extranjera se aplica es porque hay una razón jurídica que lo justifica, cuando se presenta un litigio y, hay varias leyes en conflicto, debe averiguarse cuál es la naturaleza jurídica del hecho que ha ocasionado el conflicto; una vez averiguado eso, debe investigarse

cuál es la ley más apropiada a esa naturaleza jurídica; verificada la misma se aplicara la ley que resulte, aunque se trate de una ley extranjera.

Por último, para Pasquale Estanislao Mancini, su doctrina era la nacionalidad la cual se oponía a la doctrina de la cortesía diciendo que el estado y la capacidad de las personas además de las relaciones de familia se rigen por las leyes de la nación a que las personas pertenecen; vale decir, que el fundamento de la extraterritorialidad del derecho y el factor de conexión para resolver los conflictos de leyes es la nacionalidad.

Referencias Bibliográficas

- Bonnemaison, W. J. L. (2013). Cursos de derecho internacional privado. Caracas: Editorial hermanos Vadell.
- But'ko, L., Makogon, B., Nifanov, A., Poluhin, O., & Tychinin, S. (2019). La formalización del territorio en las constituciones de los países CEI. *Revista Científica Del Amazonas*, 2(3), 47-55. Recuperado a partir de <https://revistadelamazonas.info/index.php/amazonas/article/view/17>
- Caicedo Castilla, J. J. (1960). Derecho internacional privado. Bogotá: Editorial Temis.
- Capote Domínguez, T., González Hernández, G., & Perdomo Ogando, J. (2019). El enfrentamiento al cambio climático en la especialidad forestal de la educación técnica profesional. *Revista Científica Del Amazonas*, 2(3), 5-16. Recuperado a partir de <https://revistadelamazonas.info/index.php/amazonas/article/view/13>
- Madrid Martínez, C. (2004). La norma de derecho internacional privado. Caracas: Universidad central de Venezuela.
- Maekelt, T. B. (2005). Teoría del derecho internacional privado. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Maekelt, T., Esis, I., & Resende, C. (2005). Ley de derecho internacional privado (Tomo II). Caracas: Universidad central de Venezuela.
- Parra Aranguren, G. (1998). Curso general de derecho internacional privado. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Romero del Prado, V. (1961). Derecho internacional privado (Tomo I). Córdoba: Ediciones Assandri.
- Rouvier, J. M. (2006). Derecho internacional privado. Maracaibo: Librería Europa.
- Sánchez de Bustamente y Sirven, A. (1943). Manual de derecho Internacional privado. La Habana: Talleres tipográficos la mercantil.
- Savigny, M. (1839). *Traite de droit romain*. Paris: Librairie de firmin didot freres.
- Ulrico, H. (1947). On the conflict of different laws in different empires [De conflictu legum diversarum in diversis imperis]. New Haven: City Franeker.