

Capítulo V
Excepciones a la aplicación
del Derecho Material Extranjero:
La excepción del Orden Público

Concepto del Orden Público

Los primeros antecedentes del orden público se encuentran en la Edad Media cuando Bartolo de Sassoferrato distinguía entre estatutos odiosos y estatutos favorables. Los primeros no tenían efecto fuera de la ciudad que los había establecido, los segundos sí. En la doctrina moderna el concepto de orden público encontró una clara formulación en la obra de Savigny. Su concepción del Derecho internacional privado estaba fundada en la existencia de una comunidad jurídica entre los Estados, pero esa comunidad en ocasiones se rompe, porque hay instituciones que no se pueden aplicar a todos los pueblos. Estas excepciones de las que hablaba Savigny son de dos clases:

a) *Leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatorias*, por lo cual no admiten la libertad de apreciación que traspasa los límites de los Estados, tales son las leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de edad, de sexo, etc.; o las leyes que no están hechas únicamente en interés de las personas titulares de los derechos. Las leyes de esta especie pueden tener por base un motivo moral, tal como la ley que prohíbe la poligamia o la que prohíbe el matrimonio homosexual.

b) *Instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida en el nuestro*, y que, por consiguiente, no pueden pretender la protección de los tribunales. El juez de un Estado que no reconoce la muerte civil, no aplicaría la incapacidad jurídica resultante de la muerte civil impuesta en otro país donde si exista esta institución.

De esta manera, el orden público aparece como un cauce por el cual el Derecho del foro impone sus propios conceptos frente a los del Derecho extranjero. El orden público es un instrumento al servicio de la cohesión del ordenamiento del foro, como lo ha escrito el eminente profesor español J. A. Carrillo Salcedo. En otras palabras, es la defensa que el foro efectúa

mediante sus propias concepciones frente a las extranjeras a aplicar en virtud del llamamiento efectuado por la regla de conflicto propia, de modo que el ordenamiento nacional no se sienta violado en sus concepciones básicas frente a las importadas del Derecho extranjero.

Es preciso distinguir la excepción del orden público de las leyes de orden público o leyes de aplicación necesaria, que son el conjunto de leyes de policía y seguridad que se aplican en cualquier circunstancia, a toda situación que se presente en el ámbito del foro, sin distinguir entre la relación de tráfico externo y la de tráfico interno, y que, por tanto, no llevan a consultar la norma material extranjera.

Estas normas de aplicación necesaria están contempladas en la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, en su Artículo 10, el cual prescribe: *"No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicarán necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos"*.

También nuestro Código Civil, en su Artículo 8, se refiere a las leyes de orden público o de aplicación necesaria, es decir, a las leyes de policía y seguridad, que no pueden dar lugar en ningún caso a tener que recurrir a la excepción del orden público para evitar la aplicación de una norma extranjera.

Como un ejemplo de normas de aplicación necesaria se puede mencionar el Artículo 35 de la Ley de DIPV, que dice lo siguiente: *"Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano"*. En esta disposición se aprecia claramente que sobre los bienes situados en el país es de obligatoria aplicación el derecho a la legítima que tienen los herederos legitimarios de acuerdo con nuestro Derecho.

Caracteres del Orden Público

El orden público es una excepción y como tal debe ser interpretado en forma restrictiva. Además, como norma general, tiene un alcance territorial, varía de un Estado al otro y según la época histórica de que se trate. Es flexible en tanto que atiende a las circunstancias del caso y a los condicionantes sociales o económicos que le acompañen en la relación de Derecho. De allí que pueden mencionarse tres características principales de la excepción del orden público: la amplitud, la variabilidad y la juridicidad.

a) *Amplitud*: Lo que se entiende por orden público posee una gran amplitud, pues depende de cada Estado y momento histórico. No hay una concepción fija de esta materia. Así, por ejemplo, en materia del estatuto personal -debido al gran alcance y contenido del mismo- con frecuencia surgen numerosos conflictos donde está presente la excepción del orden público, sobre todo en materia sucesoria.

b) *Variabilidad*: El orden público es variable en el espacio y en el tiempo; es decir, varía en cada período histórico y así, lo que en un momento es contrario al mismo puede ser posteriormente conforme con las concepciones básicas del Derecho material del foro.

c) *Juridicidad*: El orden público es una noción, aunque amplia y variable, esencialmente jurídica, vale decir, el juez sólo puede hacer uso de la excepción del orden público cuando se dan las condiciones que el Derecho Internacional Privado exige para que esto sea posible.

Condiciones para que se dé la Excepción del Orden Público

Para que se pueda dar la excepción se requiere:

- a) Que la relación litigiosa entre en contacto con el sistema conflictual del foro.
- b) Que el Derecho conflictual del foro le dé competencia a una ley material extranjera.
- c) Que el Derecho material extranjero aplicable en virtud de la norma de conflicto y el Derecho material del foro sean incompatibles.

Efectos del Orden Público

- *Efecto directo o negativo*: Consiste en la no aplicación de la norma extranjera declarada competente. Es el efecto negativo de la excepción y puede presentarse frente a leyes materiales extranjeras, frente a sentencias de tribunales extranjeros e incluso frente a laudos arbitrales.

- *Efecto indirecto o positivo*: Una vez que se ha rechazado el contenido del Derecho extranjero, el efecto indirecto o positivo consiste en la aplicación del Derecho material del foro. La sustitución de la regla material extranjera por la norma material del foro debe ser lo estrictamente necesario.

- *Efecto reflejo*: En principio el foro aplica sólo su propio orden público. El carácter nacional de éste es algo firmemente establecido por la doctrina y la jurisprudencia. Esta territorialidad se traduce en el no reconocimiento en el extranjero de una decisión fundada en el orden público internacional. Sin

embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto de relieve la posibilidad de tener en cuenta el orden público internacional de un Estado extranjero, a través de lo que se ha llamado el orden público reflejo.

Un caso muy expresivo de esta actuación refleja del orden público puede ser la sentencia de la Corte de Casación francesa del 15/05/1963, en el famoso caso Patiño.

Caso Patiño: Se trataba de un millonario boliviano, Antenor Patiño, que contrajo matrimonio en 1931 con la española María Cristina de Borbón y Bosch-Labrus, Duquesa de Dúrcal, pariente de *Alfonso XIII* de España. En virtud de esta unión la española adquirió asimismo la nacionalidad boliviana. El matrimonio fue celebrado en España, donde no existía el divorcio en esa época. El marido demandó el divorcio por ante un tribunal francés, el cual aplicó la norma de conflicto francesa que remitía al Derecho boliviano, por ser ésta la nacionalidad de los cónyuges. La norma de conflicto boliviana remitía al lugar de celebración del matrimonio, o sea, España, donde no existía divorcio.

El tribunal de primera instancia consideró que el divorcio no podía ser pronunciado entre los esposos Patiño, puesto que la ley española del lugar de celebración del matrimonio, a la que reenviaba la norma de conflicto boliviana entonces en vigor, prohibía el divorcio y, por otra parte, la separación de cuerpos tampoco podía darse puesto que la ley boliviana -ley nacional común de los esposos- no conocía esta institución.

Apelada la sentencia de primera instancia, la Corte de París estimó que esta situación era contraria al orden público internacional francés y por aplicación de la *lex fori* francesa, se otorgó la separación de cuerpos, lo cual implicaba la sustitución de la ley extranjera competente por la ley francesa, no sólo a la admisibilidad de la separación de cuerpos, sino también a la liquidación de los intereses pecuniarios de los esposos.

La Corte de Casación al conocer el recurso contra esta decisión, admitió que la situación que resulta de la imposibilidad tanto del divorcio como de la separación de cuerpos, es contraria al orden público y que el único remedio a esta situación es la separación de cuerpos prevista por la ley francesa.

Lo importante de esta sentencia del Supremo Tribunal francés es la consideración que hace del orden público extranjero, específicamente del orden público español, cuando tiene en cuenta la norma de conflicto boliviana que remite a la ley española como lugar de celebración del matrimonio, que prohibía entonces el divorcio vincular. Con ello se aplicó el orden público

extranjero en cuanto se tuvo en consideración el Derecho internacional privado extranjero, competente según la norma de conflicto del foro.

Una codificación muy reciente, la suiza, a través de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de 1978, prevé el orden público del Derecho suizo y el orden público del país extranjero, que puede ser aplicado si el litigio posee una relación bastante estrecha con el ordenamiento del foro, los intereses en favor de su aplicación o de su consideración son manifiestamente preponderantes o legítimos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los fines perseguidos por dicho ordenamiento (Artículo 18).

- *Efecto atenuado:* En la época actual existe una manifiesta tendencia hacia una mayor flexibilización y atenuación de la excepción del orden público, según la jurisprudencia más reciente. Ello está en función de que no todas las situaciones jurídicas creadas al amparo de una legislación extranjera tienen los mismos efectos en el foro. La excepción actúa con diferente intensidad según la materia, el tiempo y las consecuencias que pueda producir.

Hoy en día los tribunales franceses admiten el efecto en Francia de un divorcio pronunciado en el extranjero por causas no admitidas por la ley francesa, mientras que rehúsan en nombre del orden público conceder un divorcio en tales situaciones.

La oposición del orden público a la poligamia es otro ejemplo de la forma de actuar limitadamente la excepción del orden público, porque no es obstáculo para que una de las esposas de un extranjero, casada regularmente en su país de origen, pida en Francia alimentos a su marido, mientras que no se admitiría la conclusión allí de un matrimonio polígamo.

En estos casos la solución es distinta según se pretenda constituir una relación jurídica conforme a una ley extranjera, que cuando se trata de aceptar los efectos de una relación constituida en país extranjero.

Nadie podría pretender obtener el divorcio en Venezuela basándose en una causal no reconocida por nuestro ordenamiento, como por ejemplo la incompatibilidad de caracteres, pero nada obstaría para que una vez obtenido el divorcio en un país extranjero donde se admita esta causal, la cónyuge pudiera demandar por alimentos en Venezuela al ex-marido, en caso de que éste estuviese domiciliado en nuestro país.

El Orden Público en la legislación venezolana

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado contempla expresamente la excepción del orden público como una circunstancia excluyente de la aplicación del Derecho extranjero normalmente aplicable cuando lo refiere la norma venezolana de conflicto. Así, el Artículo 8 de la ley expresa lo siguiente:

“Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicables de conformidad con esta Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

También contempla la ley la excepción del orden público como circunstancia excluyente del reconocimiento en nuestro país de los efectos producidos por situaciones jurídicas nacidas bajo el amparo de una legislación extranjera. Así lo consagra el Artículo 5, el cual dispone lo siguiente:

“Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionales admisibles, producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano”.

Igual puede citarse el Artículo 6 del Código Civil venezolano que establece: *“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”.*

Asimismo, debemos mencionar el numeral 6° del Artículo 851 del CPC venezolano, el cual dispone que para que una sentencia extranjera pueda ser ejecutada en nuestro país se requiere *“que la sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público o al Derecho público interior de la República”.*

Capítulo VI

La determinación de la norma de conflicto aplicable: La Calificación

La calificación es un problema de interpretación jurídica que tiene como misión determinar cuál es la naturaleza de la relación jurídica que se considera. Consiste en subsumir los hechos del supuesto práctico, el contenido de la relación litigiosa, la pretensión o relación jurídica, en una categoría o concepto jurídico determinado. El problema estriba en averiguar cuál es el sentido que tienen los conceptos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado y determinar el valor de los conceptos utilizados en la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto del foro.

Como dice el autor español, José Antonio Ortiz de la Torre, esta actividad no es exclusiva del Derecho Internacional Privado, sino que es requisito *sine qua non* en cualquiera de las ramas positivas de un ordenamiento jurídico, para que el juez pueda atribuir al hecho, situación o relación de la vida la consecuencia jurídica prevista y querida por el legislador. Es decir, el juez siempre tiene que calificar para poder decidir cuál será la consecuencia jurídica del supuesto que está conociendo.

El mismo autor propone el siguiente ejemplo, tomado del Derecho civil: El artículo 1.751 del Código Civil establece que el depósito sólo puede tener por objeto bienes muebles. Supóngase que entre A y B se ha celebrado un contrato de depósito siendo el objeto unas cajas de abono que se hallan dentro del predio donde va a ser utilizado. En el supuesto de que se inicie un proceso entre ambos contratantes, ¿podrá sin más el juez aplicar las normas sobre el contrato de depósito contenidas en el Código Civil?, ¿o previamente habrá de determinar si el objeto del contrato es una cosa mueble? Sin lugar a dudas las cajas de abono son una cosa mueble, pero siempre que no se hallen dentro de la finca donde van a ser utilizadas, ya que en este caso, tal como lo dispone el artículo 528 del Código Civil, los forrajes y abonos son bienes inmuebles por destinación y, en consecuencia, el juez no podrá apreciar la existencia del contrato de depósito, pues el objeto está calificado como inmueble por destinación y los inmuebles no pueden ser objeto de depósito.

Por ende, cuando se utilizan las normas de conflicto, que como normas indirectas van a remitir a un ordenamiento extranjero, surgirá de inmediato la duda sobre qué ordenamiento ha de interpretar los términos utilizados por aquellas normas, puesto que puede ser el del foro o el extranjero que se va a aplicar.

Wolff pone varios ejemplos significativos para aclarar el sentido de lo que debe entenderse por calificación: En casi todas partes los bienes de una persona que muere intestada sin herederos pertenecen al Estado o a la Corona, pero a veces este derecho se considera como un derecho genuino de herencia (Derecho alemán, italiano), y otras veces como un derecho cuasi feudal de reversión al Estado (Derecho inglés antes de 1926) o un *ius in bona vacantia* -derecho sobre la herencia vacante- (moderno Derecho inglés).

Otro ejemplo es el siguiente: Todas las leyes continentales consideran el consentimiento de los padres o tutores para el matrimonio de su hijo o pupilo como pertenecientes a las condiciones sustantivas del matrimonio, el Derecho inglés califica las reglas que requieren tal consentimiento como aquellas que tratan simplemente de "formalidades". Por tanto, cuando la norma de conflicto regula la tutela o la adopción hay que averiguar previamente quién definirá los términos empleados, si el ordenamiento al que pertenece la regla de conflicto o aquél al que remite.

El problema de una calificación adecuada es tan importante que una diferencia en la adopción de un criterio u otro entraña un cambio del Derecho aplicable. Por ejemplo, en Gran Bretaña el divorcio es una materia considerada como procesal, por lo que estará sujeto a las leyes del lugar donde se plantea, que al exigir el pronunciamiento de un tribunal sólo necesita la competencia del mismo, ya que aplicará su propio Derecho material. Sin embargo, para la mayoría de los países el divorcio es una cuestión material regida por la ley personal. Calificar entonces como cuestión de fondo o de forma lleva a una diferente ley aplicable.

Origen del problema

El problema calificadorio se plantea por primera vez en el famoso caso del matrimonio maltés, resuelto por los tribunales franceses en 1891.

Caso del matrimonio maltés: Se trataba de dos malteses, domiciliados en la isla de Malta, quienes contraen matrimonio en dicha isla y luego se establecieron en Argelia, entonces dependencia francesa, donde adquirieron bienes inmuebles. El marido murió en 1889 y la viuda reclamó, además de

la mitad de la herencia, el usufructo de una cuarta parte de los bienes del causante, a lo cual tenía derecho como cónyuge pobre, según la ley maltesa. Esta institución es una reminiscencia de la disposición del régimen sucesoral justinianeo, conocida como "la cuarta de la viuda pobre".

Planteado el caso ante los tribunales argelinos, surge el problema de determinar si el reclamo de la viuda sobre la cuarta parte de los bienes formaba parte del régimen matrimonial o si debía considerarse como un problema sucesorio. En el primer caso sería de aplicación la ley maltesa, por ser éste el primer domicilio conyugal, lo cual llevaría a satisfacer el pedimento de la viuda. Por el contrario, si se considera un problema sucesorio habría que aplicar la *lex rei sitae* por tratarse de la sucesión de bienes inmuebles situados en territorio francés, lo que llevaría a negar el reclamo de la viuda por cuanto la ley francesa no conoce esa disposición.

La sentencia de la Corte de Apelación de Argel, de fecha 24/12/1889, aceptó la calificación dada por el foro, esto es, calificó el asunto como un problema del régimen patrimonial matrimonial, por lo cual estimó que la viuda sí tenía derecho a la cuarta parte de los bienes que estaba reclamando.

Caso del testamento ológrafo: Otro ejemplo típico en materia de calificación es el testamento ológrafo otorgado por un holandés en Francia. Según el Código Civil holandés, no se permite a los holandeses testar en forma ológrafa (es decir, por medio de un testamento hecho de su puño y letra), ni aun en el extranjero, ya que esta prohibición afecta su capacidad. Ahora bien, el problema se presentaría si un holandés testara en forma ológrafa en Francia, donde sí está permitido y se considera un asunto de mera forma. Si la calificación se hace según la ley holandesa, el testamento tendría que declararse nulo, mientras que si se califica de acuerdo con el Derecho francés, el testamento sería considerado válido, ya que se consideraría como un asunto de mera forma.

Ley competente para fijar la calificación

Al respecto existen dos posiciones tradicionales: la calificación *lege fori* y la calificación *lege causae*. La primera considera que la calificación debe hacerse siempre según el criterio de la ley del juez que conoce del asunto. La segunda, por el contrario, estima que debe hacerse según los criterios sustentados por la ley que la norma de conflicto declara competente para regir el asunto.

Doctrina de la *lex fori*: A partir de la sentencia argelina sobre el caso maltés, la doctrina comenzó a interesarse por el problema calificadorio. Primero lo hizo Kahn en 1891 y después Bartin en 1897. Ambos son partidarios de la calificación *lege fori*.

Según Bartin, cuando el legislador dicta una norma de Derecho Internacional Privado, el Estado impone una limitación a su propia soberanía al restringir la aplicación de su ley interna. Por tanto, no es posible admitir que esa restricción vaya más allá de la intención del legislador al dictar la norma. Es preciso que la orden contenida en la norma sea interpretada restrictivamente, según las calificaciones contenidas en la ley del juez, que fueron las que el legislador tuvo presentes cuando dictó el precepto.

También la jurisprudencia francesa moderna ha suministrado un ejemplo muy claro donde se plantea una cuestión calificadoria que fue resuelta por la *lex fori* y se trata del conocido caso Caralasnís.

Caso Caralasnís: Resuelto por una sentencia de la Corte de Casación francesa, el 22/06/1955. Un griego, Dimitri Caralasnís, había contraído matrimonio civil en Francia en 1931, con una francesa, Marie Dumoulin. Años después la esposa presentó demanda de divorcio ante un tribunal francés, a lo que se opuso su marido mediante reconvencción, alegando que no podía haber divorcio porque el matrimonio no había existido, ya que éste había sido nulo por no haber sido celebrado conforme a su ley nacional, que le exigía la forma religiosa ortodoxa, aunque se hallase en el extranjero.

El tribunal de apelación estimó que se trataba de una cuestión de forma rígida por la ley del lugar de celebración, puesto que así lo reglamenta la norma de conflicto francesa.

Presentado recurso de casación, el tribunal superior confirmó la sentencia, considerando que de acuerdo con las concepciones del Derecho francés el carácter religioso o laico del matrimonio es una cuestión de forma.

*Doctrina de la *lex causae*:* Algunos autores como Wolff consideran que cada regla jurídica toma su calificación del sistema jurídico al cual pertenece. Para él examinar la aplicabilidad del Derecho extranjero sin referencia a sus calificaciones es desnaturalizar el Derecho extranjero. Bartin y sus seguidores -opina Wolff- cierran sus ojos a buenos retratos y se quedan satisfechos con una colección de caricaturas.

Los detractores de esta doctrina le oponen que su aplicación llevaría a un círculo vicioso: si el Derecho que ha de regular un asunto depende de la calificación, ¿cómo puede hacerse ninguna calificación conforme a aquel

Derecho? Los sostenedores de esta posición consideran que siempre existe la posibilidad de actuar mediante calificaciones provisionales.

La calificación en la legislación venezolana

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado no contempla ninguna solución para el problema de la calificación. Sin embargo, el Código Bustamante, suscrito por Venezuela, contiene en su Artículo 6 una disposición que favorece la calificación *lege fori*, por cuanto establece lo siguiente: “*En todos los casos no previstos por este código, cada uno de los Estados Contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3*”.

No obstante, esta materia podría ser resuelta por el juez en un caso concreto utilizando el criterio de la calificación *lege causae*, basándose para ello en lo dispuesto por el Artículo 2 de la ley, que dispone: “*El Derecho extranjero que resulte competente se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero respectivo, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto*”.

En conclusión, cuando la norma venezolana de conflicto le ordena al juez la aplicación de un Derecho extranjero, y necesariamente deba hacerse una calificación, el juez podría calificar la situación jurídica planteada de acuerdo con el criterio del Derecho extranjero competente, fundamentando su decisión, como se ha dicho, en el Artículo 2 de la nueva ley.

Capítulo VII

La referencia al Derecho Extranjero: El Reenvío

Concepto del reenvío

La existencia de sistemas jurídicos diferentes da lugar no sólo a problemas de calificación, sino también a diferencias en la determinación del alcance de la referencia hecha por la norma de conflicto del foro al Derecho extranjero competente. Cuando la *lex formalis fori* (norma de conexión del foro) declara aplicable un Derecho extranjero, la cuestión que se plantea es la de determinar qué debe entenderse por Derecho extranjero. Para cualquier jurista la respuesta es simple: todo el Derecho vigente en otro Estado: consuetudinario, escrito, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia. Pero en Derecho Internacional Privado la cuestión se centra únicamente en dos supuestos: o aplicar todo el Derecho extranjero al que ha remitido la norma de conflicto o reducirse al Derecho material de ese país, excluyendo las normas de conflicto.

Tomar en consideración la totalidad del sistema jurídico extranjero implica aplicar también sus normas de conflictos, que por ser formales e indirectas pueden remitir a otro sistema jurídico, que puede ser el del foro o el de un tercer Estado. Este es el problema del reenvío, conocido en muchas legislaciones desde el siglo pasado y aceptado hoy en día por numerosas legislaciones y por varias convenciones internacionales.

Condiciones para que se dé el reenvío

El reenvío presupone tres condiciones:

a) Que la norma de conflicto del foro remita a un sistema jurídico extranjero, vale decir, que ordene al juez la aplicación de un Derecho extranjero. Esto sólo puede ocurrir cuando en la situación planteada ante el juez hay elementos extranjeros relevantes, pues en otro caso la situación es puramente interna.

b) Que el juez del caso consulte la norma de conexión extranjera y que ambas normas de conflicto tengan diferentes puntos de conexión; por

ejemplo, que una de ellas tenga como factor de conexión la nacionalidad y la otra tenga el domicilio.

c) Que la regla de conflicto extranjera (*lex formalis causae*) remita a la ley del juez o a la de un tercer Estado.

Orígenes del reenvío

La historia del reenvío comienza en el siglo XIX con algunas sentencias inglesas y alemanas, pero es posible señalar que su verdadero comienzo es a partir del famoso caso Forgo, sentenciado por la Corte de Casación francesa, el 24/06/1878.

Caso Forgo: Forgo, quien era hijo natural, fue llevado por su madre a la ciudad francesa de Pau, desde los cinco años de edad, en donde residió hasta la edad de 68 años en que murió, dejando una cuantiosa herencia mobiliaria. No dejó cónyuge supérstite ni descendientes, en virtud de lo cual su herencia pasó provisionalmente al Estado francés. Unos parientes colaterales de Forgo por vía materna, reclamaron la herencia, lo cual dio origen a un litigio entre ellos y el Estado francés.

El fisco francés se basaba en el Artículo 768 del Código Napoleónico, en virtud del cual la sucesión de los hijos ilegítimos corresponde al Estado. Los parientes bávaros fundamentaban su acción en la norma de conflicto francesa que disponía que la sucesión debía de regularse por el domicilio de Derecho del causante.

En el caso concreto, Forgo había conservado su domicilio legal en Baviera, pues para la fecha debía cumplir con un complicado procedimiento para adquirir domicilio legal en Francia y él nunca lo hizo.

El tribunal de primera instancia sentenció favorablemente al Estado. El tribunal de apelación de Burdeos decidió favorablemente a los parientes, pues aplicó correctamente la norma de conflicto francesa, que remitía al Derecho material bávaro.

La Corte de Casación decidió a favor del Estado francés, valiéndose de un razonamiento que ha sido la base de la doctrina del reenvío.

La Corte admitió la aplicación de la norma de conflicto francesa que enviaba a la ley bávara, pero sostuvo la opinión de que la legislación de Baviera debía tomarse como un todo, no sólo en la ley sustantiva, sino también en sus normas de Derecho Internacional Privado, las cuales reenviaban al Derecho francés, pues ordenaban aplicar la ley de la residencia de hecho del causante, o sea, Francia.

Clases de reenvío

a) *Reenvío de primer grado o de retorno:* La norma de conflicto del foro remite a un Derecho extranjero y éste a su vez reenvía al Derecho del foro. Ejemplo: muere un venezolano domiciliado en España y se abre la sucesión en España. La norma de conflicto española declara aplicable la ley nacional del causante, o sea la venezolana, pero al ir al Derecho venezolano, la norma de conflicto venezolana ordena aplicar la ley del domicilio del causante, o sea, España. Como puede observarse, al consultar la norma de conflicto venezolana es inevitable que se produzca el reenvío.

b) *Reenvío de segundo grado:* La norma de conflicto del foro remite a la ley de un determinado país extranjero, y la norma de conflicto de este país remite al Derecho de un tercer Estado. Ejemplo: muere en España un inglés domiciliado en Portugal. La norma de conflicto española declara aplicable la ley nacional del causante, o sea la inglesa, y al consultar la norma de conflicto inglesa (*lex formalis causae*), ésta remite al Derecho portugués, por ser la ley del domicilio del causante. Es preciso advertir que la mayoría de las legislaciones que en la actualidad admiten expresamente el reenvío, lo cortan en el segundo grado, es decir, sólo admiten el reenvío hasta el segundo grado; en otras palabras, el juez consulta la norma de conexión extranjera y si ésta remite al Derecho de un tercer Estado, en ningún caso se consulta la norma de conexión de ese tercer Estado.

c) *Reenvío circular:* Aquí nos encontramos con una remisión hacia atrás, un retorno a un Derecho anterior o al Derecho del foro. Ejemplo: un inglés domiciliado en Portugal y con residencia habitual en España, donde muere. La norma de conflicto española remite al Derecho inglés como ley nacional del causante. La norma de conflicto inglesa remite al Derecho portugués como ley del domicilio del causante, pero si consultamos la norma de conflicto portuguesa, ésta nos remite al Derecho español, por ser la ley de la residencia habitual del causante. Como puede observarse, existe un regreso al Derecho del foro, luego de consultar varios sistemas jurídicos extranjeros.

d) *Sistema del doble reenvío inglés:* Este es un reenvío histórico que surgió con motivo de una sentencia de un tribunal inglés, en el caso *In re Annesley*, en el año de 1926. Se trataba de la sucesión mobiliaria de una súbdita británica domiciliada en Francia, que había dispuesto de sus bienes por testamento, sin dejar nada a su hijo. Según el Derecho inglés el testamento sería válido, mientras que según el Derecho francés sólo podría disponer de un tercio de su propiedad, por existir la legítima. Discutida

la validez de este testamento ante los tribunales ingleses, el juez Russell partió de la norma de conflicto inglesa que remitía a la ley del domicilio y "sentándose" en lugar del juez francés resolvió como éste lo habría hecho, esto es, aplicó la regla de colisión francesa que remitía a la ley nacional de la causante (Derecho inglés) y se preguntó seguidamente cómo habría actuado el juez francés, ¿habría éste entendido como Derecho inglés sólo el Derecho material o habría incluido también la norma de conflicto inglesa que remitía a la ley del domicilio (Derecho francés)? En este caso el juez inglés asumió que en Francia se admite el reenvío y que el juez francés hubiera aceptado el reenvío que le hacía la norma de conflicto inglesa; en consecuencia, aplicó el Derecho material francés, declarando por lo tanto la nulidad del testamento. Como aprecian algunos autores, en el caso de marras el juez inglés resolvió de un plumazo lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia francesas han debatido durante décadas; sin lograr hasta ahora ponerse de acuerdo, acerca de la aceptación o no del reenvío.

El reenvío en la doctrina

Desde el mismo momento de su aparición, el reenvío ha producido reacciones encontradas en la doctrina. Algunas voces se alzaron indignadas ante lo que consideraban una simple estrategia de la justicia francesa para apoderarse de una herencia que no les pertenecía y otros en cambio la aceptaron plenamente, con los más variados argumentos a favor y en contra.

Entre las doctrinas de los autores partidarios del reenvío se pueden mencionar las siguientes:

- *Doctrina del desistimiento*: Defendida por autores como Von Bar, Westlake y Ghirardini, entre otros. Consideran estos autores que el Derecho material extranjero no debe ser aplicado cuando la norma de conflicto de ese mismo país remite a otro ordenamiento jurídico, ya que en ese caso debe entenderse que ese ordenamiento jurídico, a través de sus normas de colisión, "desiste" de ser aplicado, y en caso de aplicarse se produciría un ataque a la soberanía extranjera.

- *Doctrina de la remisión total*: Fue defendida por Dicey, Ennecerus y Keidel. Sostienen el mismo argumento que utilizó la Casación francesa en el caso Forgo, es decir, que cuando la norma de conflicto remite a un ordenamiento jurídico, éste debe ser entendido como un todo, no sólo en lo que se refiere a las normas materiales, sino también a las reglas de conflicto.

- *Doctrina de la competencia exclusiva del Estado de la nacionalidad*: Su principal representante es el italiano Fiore y sostiene que el Estado del cual una persona es nacional puede regular su estatuto personal de dos formas: bien directamente o bien remitiendo la competencia a otra ley. Por ejemplo, un ciudadano inglés está sometido al Derecho inglés donde quiera que se encuentre, pero cuando ese ciudadano está domiciliado fuera de Inglaterra, su ley nacional, única competente para regular su estatuto personal, puede ordenar que este estatuto quede sometido a la ley del domicilio; por lo tanto, el juez del foro debe admitir la competencia exclusiva del Derecho inglés para regular el estatuto personal de ese ciudadano inglés, bien sea directa o indirectamente.

1. El reenvío en el Derecho convencional

En materia de convenciones internacionales sobre Derecho Internacional Privado, tampoco existe uniformidad cuando se trata del reenvío. Existe un buen número de tratados multilaterales donde explícitamente se acepta el reenvío, mientras que también hay otros tantos que lo rechazan expresamente.

Por ejemplo, el *Convenio de La Haya del 12/06/1902 sobre conflictos de leyes en el matrimonio*, admite el reenvío en su Artículo 1º, al disponer que:

"La capacidad para contraer matrimonio se regirá por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos, a no ser que una disposición de esta ley se refiera a otra distinta".

También se admite el reenvío en el *Convenio de Ginebra del 07/06/1930 sobre conflictos de leyes en letras de cambio y pagarés*. Más recientemente se admite en el *Convenio de La Haya del 15/06/1955*, destinado a regular los conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio.

Por el contrario, el reenvío es rechazado en el *Convenio de La Haya del 15/06/1955 sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de objetos muebles corporales*. Igualmente, el *Convenio de la Comunidad Económica Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, firmado en Roma el 19/06/1980, dice en su Artículo 15: *"Cuando el presente convenio prescribe la aplicación de la ley de un país, comprende las reglas en vigor en este país con exclusión de las reglas de Derecho internacional privado"*.

El Reenvío en Venezuela

- *En la jurisprudencia:* La jurisprudencia venezolana se ha pronunciado en favor del reenvío en varias oportunidades. La primera vez fue en un Decreto dictado por la Corte Superior del Distrito Federal, el 24/11/1902, resolviendo un caso de adopción. En esa oportunidad la Corte dijo lo siguiente:

"Si bien es cierto que la capacidad de los adoptantes debe regirse por su ley personal, en el presente caso esa ley es la venezolana, puesto que Austria-Hungría está comprendida entre aquellas naciones queadmiten como ley personal la del domicilio y, por tanto, la adopción que hacen los esposos Schunck, con arreglo a las leyes de Venezuela, tanto en cuanto a las formalidades extrínsecas, como respecto a las condiciones de capacidad, es también válida en la nación a que ellos pertenecen".

Por cierto que la Corte se equivocó al afirmar que Austria-Hungría seguía la ley del domicilio, porque la verdad es que como la mayoría de los países europeos regulaba la capacidad por la ley nacional.

Otro caso de jurisprudencia favorable al reenvío fue la sentencia del 29/11/1966 del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal y Estado Miranda, donde se admitió el reenvío de primer grado.

Se trataba de unos cheques emitidos por la demandada en Nueva York. Los cheques no estaban fechados, por lo cual la parte demandada alegaba que tales instrumentos no podían ser considerados como cheques, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 490 del Código de Comercio venezolano. La norma de conexión venezolana para ese entonces (Artículo 11 del CC) disponía que los requisitos de forma se rigen por la ley del lugar de otorgamiento (Nueva York); pero, el juez venezolano consultó la norma de conflicto norteamericana, la cual dispone que el lugar de emisión del cheque es aquel donde ha sido entregado efectivamente al beneficiario y no en el que haya sido suscrito. Por tanto, el juez aceptó la remisión que le hacía la norma extranjera y consideró que el lugar de emisión del cheque era Caracas, aplicando en consecuencia la ley venezolana, según la cual los cheques no eran válidos.

- *En la legislación:* La Ley de Derecho Internacional Privado acepta el reenvío de primero y de segundo grado, en su Artículo 4º, el cual, con una infeliz redacción, en un primer supuesto se refiere al reenvío de segundo grado, es decir, cuando la norma venezolana de conflicto remite a un Estado

extranjero que, a su vez, al consultar su norma de conexión, ésta remite al Derecho de un tercer Estado; y en un segundo supuesto se refiere al reenvío de primer grado, vale decir, cuando la norma de conflicto extranjera competente remite al Derecho sustantivo del foro. En efecto, dicho artículo dispone lo siguiente:

"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".

"Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable 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"

También es importante destacar que igualmente en nuestro Código de Comercio, el legislador admitía el reenvío en materia de letra de cambio, ya que el Artículo 483 (derogado por la nueva ley) disponía lo siguiente:

"La capacidad de una persona para obligarse por medio de la letra de cambio se determina por la ley nacional. Si esta ley declara competente la de otro Estado, esta última es la que se aplica".

No estamos de acuerdo con la disposición venezolana en materia de reenvío. Creemos que se perdió una excelente oportunidad para que el legislador venezolano zanjara de una vez el problema del reenvío, estableciendo que en todo caso debía aplicarse siempre el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto. De esta manera nunca se presentaría el problema del reenvío, ya que lo lógico es que cuando la norma de conexión indica como aplicable el Derecho de un Estado determinado, se debe ir directamente a la norma sustantiva que regula el caso en cuestión y así jamás nos encontraremos con ningún caso de reenvío.

Capítulo VIII

El Fraude a la Ley

Concepto

Como dice el maestro Dr. Juan María Rouvier, para estudiar el fraude a la ley es preciso partir del hecho de que una persona en forma maliciosa, pero por medio lícitos, se ha colocado bajo el imperio de una determinada ley para obtener una situación que le es favorable.

En Derecho Internacional Privado el fraude ha tenido un amplio campo de experimentación. Así, es muy conocido el caso de muchas sociedades mercantiles que trasladan su sede social a Mónaco, Luxemburgo, Liechtenstein o Panamá, donde el número de personas jurídicas es quizás mayor que el de personas físicas. Otros casos se presentan en los navíos matriculados en países con los cuales los armadores no tienen contacto efectivo, o aquellos matrimonios de Klausenburg, en Hungría, donde acudían católicos austriacos a obtener el divorcio que en su país estaba prohibido y contraer después nuevo matrimonio, como ocurría también en el Estado de Fiume, actual Rijeka en Croacia, entre 1920 y 1924, a donde llegaban italianos con idéntica finalidad.

En Estados Unidos son de este tipo los llamados "divorcios migratorios", en los que aquellos que según la ley de su domicilio no podían obtenerlo, viajaban al estado de Nevada, establecían un nuevo domicilio y ello les capacitaba para obtener el divorcio.

En otras ocasiones se trata de someter un contrato, no a la ley que pudiera corresponderle en circunstancias normales, sino a la ley del país cuyo ordenamiento jurídico sea más favorable para las partes.

La razón de estos casos es la falta de solidaridad internacional y el carácter abstracto de las normas de conflicto, muy difíciles de controlar en cuanto al resultado material definitivo al que pueden llevar.

De lo que se trata es de internacionalizar artificialmente una situación o relación jurídica interna y someterla así a un ordenamiento jurídico extranjero, que no sería el normalmente competente para regirla. Con la aplicación

del fraude se pretende conseguir un resultado que no era alcanzable con el primer sistema jurídico que debió ser el competente.

La forma de llegar a consumir el fraude ha sido generalmente la de cambiar la conexión de la norma de conflicto de forma anómala, de modo que a través de una conexión diferente pudiera aplicarse una norma material distinta y favorable a las partes implicadas en esta maniobra.

En la doctrina existe disparidad de criterios en cuanto a la aceptación de la noción del fraude a la ley como una categoría jurídica autónoma.

Hay autores, entre los cuales se puede mencionar al Dr. Juan M. Rouvier, que consideran que no se puede hablar de fraude a la ley cuando una persona realiza un acto que la propia ley le permite efectuar. Consideran que no debe existir el fraude a la ley como una categoría autónoma, ya que aquellos casos fraudulentos que se presenten, en donde se haya comprobado efectivamente que hubo una actuación maliciosa por parte de los interesados, podrían ser rechazados apelando a la noción del orden público internacional.

Otros autores admiten la noción del fraude a la ley en determinadas materias, como la forma de los actos y en materia contractual, pero la rechazan expresamente cuando se trata de cambios de nacionalidad.

Existen otros juristas, como Niboyet, que consideran que la noción del fraude a la ley debe aplicarse en todos los casos en que una persona se haya colocado en situación de poder exigir la aplicación de una ley extranjera, después de haber cometido fraude, sin importar cuál sea la materia de que se trate.

Requisitos del fraude

Para la existencia del fraude son necesarias cuatro condiciones:

- a) El elemento material o de hecho que es la maniobra fraudulenta, el cambio del punto de conexión.
- b) El elemento intencional o modificación maliciosa de la conexión.
- c) El objeto o resultado pretendido y logrado por el autor del fraude.
- d) El carácter de Derecho coactivo de la norma burlada.

El fraude en la jurisprudencia y en la legislación

El primer caso que atrajo la atención en tiempos modernos sobre el fraude a la ley fue el caso Vidal, resuelto por una sentencia del Tribunal de París, el 30/06/1877.

Caso Vidal: Se trataba de los esposos Vidal, que habían contraído matrimonio en París en 1864 y que habiendo obtenido la separación judicial, se trasladaron a Suiza donde se naturalizaron en 1874, en el cantón de Schaffhausen. Poco después solicitaron el divorcio ante un tribunal suizo, que se los concedió conforme a su propio Derecho material que era el competente. Al año siguiente la señora Vidal contrajo nuevo matrimonio en París con un francés, lo que originó que su ex-marido y el Ministerio Fiscal interpusieran demanda de nulidad del matrimonio, basándose en el CC francés que en ese momento prohibía el divorcio. La sentencia estimó que se trataba de un caso de fraude a la ley francesa.

Caso Beaufremont: Aún más conocido y comentado fue el caso Beaufremont, sentenciado por la Corte de Casación francesa el 11/03/1878. Se trataba de la princesa de Beaufremont, quien contrajo matrimonio con un oficial francés, obtuvo en Francia la separación de cuerpos y se naturalizó alemana en 1875. Al poco tiempo de haberse naturalizado obtuvo el divorcio y contrajo matrimonio con el príncipe Bibesco, de origen rumano. El príncipe Beaufremont demandó la nulidad del nuevo matrimonio contraído por su ex-esposa, alegando que había sido realizado defraudando la ley francesa, ya que ella se había naturalizado alemana con la sola finalidad de poder obtener el divorcio. La Casación francesa no admitió el divorcio y declaró en consecuencia la nulidad del segundo matrimonio de la princesa.

Los casos de cambios fraudulentos de nacionalidad con el objeto de obtener el divorcio, han sido muy numerosos, muchos de ellos escenificados por gente ligada al cine, como el caso del productor italiano Carlo Ponti, esposo de la famosa actriz italiana Sofia Loren.

En la novísima *Ley de Nacionalidad y Ciudadanía*, publicada en Gaceta Oficial N° 37.971, de fecha 1 de julio de 2004, en el artículo 48, se establecen las causas por las cuales los venezolanos por naturalización pierden la nacionalidad venezolana, entre estas causas está admitido el fraude a la ley, en el numeral 4, que establece: "*Cuando haya obtenido la nacionalidad venezolana con el fin de sustraerse a los efectos del ordenamiento jurídico nacional o extranjero*".

La noción del fraude a la ley es aceptada en la legislación de muchos países como un modo para rechazar la aplicación de la ley extranjera, cuando se haya recurrido a una norma de conflicto para sustraerse a una ley cuya aplicación resulta inconveniente para determinados propósitos. Así por ejemplo, el artículo 12.4 del CC español dispone lo siguiente: "Se

considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”.

Efectos del fraude a la ley

Es preciso distinguir los efectos que se producen en el país defraudado, o sea, el país evadido; en el país cuya ley se invoca, o sea, el país invadido; y en terceros países.

- *Efectos en el país defraudado:* Lo más probable es que se aplique la noción del fraude para evitar la aplicación o reconocimiento del acto realizado bajo el amparo de otra ley. Por ejemplo, en el caso *Beaufremont*, la Casación francesa se pronunció sólo sobre la validez del matrimonio, pero no sobre la naturalización, ya que consideró que no tenía competencia para pronunciarse sobre un acto soberano de un Estado extranjero.

- *Efectos en el país cuya ley se invoca:* Lo más corriente es que no se admita la noción del fraude, ya que fue un acto realizado de conformidad con el ordenamiento jurídico de ese país.

- *Efectos en terceros países:* En este caso dependerá del concepto que en ese país se tenga sobre el fraude a la ley. Posiblemente se admitirá la aplicación de aquella ley que esté más en armonía con el orden público del país de que se trate.

Capítulo X

La cuestión previa o preliminar

Concepto

Existe una cuestión previa siempre que la validez de una situación jurídica determinada, considerada como el asunto principal, esté condicionada por la validez de otra relación jurídica, que es la llamada cuestión previa o cuestión preliminar.

El problema consiste en determinar si la cuestión previa debe ser regida por la ley que indique la *lex formalis fori*, o si por el contrario debe resolverse de acuerdo con la ley que señale como competente la *lex formalis causae*, o sea la norma de conflicto extranjera.

Requisitos

De acuerdo con el autor español Fernández Rozas, son tres las condiciones que se requieren para que pueda existir una cuestión preliminar:

- a) Es preciso que la cuestión principal haya surgido cronológicamente en un momento ulterior a la cuestión preliminar, vale decir que haya surgido primero la cuestión previa.
- b) Que la cuestión preliminar sea una cuestión jurídica independiente, susceptible de un tratamiento autónomo; y
- c) Que la *lex fori* contenga una norma de conflicto específica para regular la cuestión previa, distinta de la que resuelve la cuestión principal.

Otros autores como Lagarde y Rigaux consideran que sólo es posible hablar de una cuestión previa cuando el asunto principal sea regulado por una ley extranjera, de acuerdo con el mandato de la norma de conexión del foro. Pero esta condición no se da precisamente en el caso que inició la discusión acerca de la existencia de la cuestión preliminar, que fue el caso *Ponoucannamalle vs. Nadimoutoupouille*, resuelto por la Casación francesa en 1931.

Origen de la cuestión previa

El problema de la cuestión previa surgió gracias a los estudios de la doctrina alemana, principalmente Melchior y Wengler, sobre un caso jurisprudencial sentenciado por la Casación francesa el 21/04/1931. Se trataba del ya mencionado caso Ponoucannamalle vs. Nadimoutoupouille.

Caso Ponoucannamalle vs. Nadimoutoupouille: Se trataba de la sucesión inmobiliaria de un inglés domiciliado en Indochina, para entonces territorio francés. Los herederos del causante eran una hija, un nieto (hijo de otra hija premuerta) y otro nieto, hijo de un hijo adoptivo del difunto, también premuerto. Para el momento en que se llevó a cabo la adopción, el adoptante tenía hijos legítimos.

El causante, por medio de testamento excluyó al último, razón por la cual éste intentó demanda de anulación del testamento. La sucesión debía ser regulada por el Derecho francés, por tratarse de una sucesión de bienes inmuebles situados en territorio francés. Se debatía dentro del problema sucesorio si el demandante tenía calidad para heredar, lo cual dependía de la validez de la adopción. Por tanto, el asunto principal era el problema sucesorio y la cuestión previa era la validez de la adopción.

La adopción era válida conforme a la ley nacional del adoptante, quien era de origen hindú y, por tanto, de nacionalidad británica en ese entonces. Pero no era válida conforme al Derecho del foro, ya que el Derecho francés no permite adoptar a quienes tienen hijos legítimos vivos.

El tribunal de apelación de Saigón englobó a la cuestión previa en el asunto principal de la sucesión y la decidió conforme a la norma de conflicto del foro y no según la norma de conflicto extranjera. En consecuencia, consideró que la adopción no era válida y, por ende, el reclamante no tenía derecho a la herencia.

La Casación francesa declaró sin lugar el recurso intentado en contra de la sentencia. Opinó que el llamado a la herencia hecho por el Art. 357 del CC francés, al hijo adoptivo, debe entenderse que es válido sólo cuando la adopción es válida conforme al Derecho francés.

Caso propuesto por Wolff: Otro caso típico de cuestión previa es el ejemplo propuesto por el autor alemán Wolff sobre un súbdito griego domiciliado en Grecia, quien muere intestado dejando propiedad mueble en Inglaterra. No hay duda de que un tribunal inglés debería, según las reglas de conflicto inglesas o griegas, aplicar Derecho interno griego, sin tener en consideración ningún reenvío. Según el Derecho sucesorio griego una

parte de la propiedad pasa a la viuda; ahora bien, ¿es la viuda su mujer a los ojos del tribunal inglés?

La respuesta puede variar según que el tribunal inglés aplique su propio Derecho o las normas de conflicto griegas sobre matrimonio. Supongamos que el matrimonio fue celebrado en Inglaterra ante un notario, sin ninguna ceremonia religiosa. Si se aplica la regla de conflicto inglesa, según la cual la forma del matrimonio se rige por la *lex loci actus*, rige el Derecho interno inglés y el matrimonio es válido. Sin embargo, si se aplica la regla de conflicto griega, el matrimonio se rige por la ley nacional de las partes, o sea Derecho material griego, y, en este caso, el matrimonio sería nulo por falta de la ceremonia religiosa.

La cuestión de la validez del matrimonio surge en tal caso de forma incidental, esto es, dentro de un litigio sobre sucesión y como éste se rige por el Derecho griego, el tribunal inglés debería ignorar su propia regla de conflicto y aplicar la griega, denegando el derecho de la viuda a suceder al causante.

Soluciones

- **Solución *lege fori*:** Autores como los alemanes Melchior y Wengler opinan que la cuestión previa debe regirse por las normas de conexión del país que está conociendo del caso, es decir, por la *lex formalis fori*. No tendría sentido que se aplicaran una serie de reglas para regir la validez de un matrimonio cuando la cuestión surge como principal y aplicar otras reglas distintas cuando la misma cuestión surge como cuestión previa.

- **Solución *lege causae*:** Los partidarios de esta solución piensan que la remisión que hace la norma de conflicto al Derecho extranjero lo es a su totalidad. Siendo la cuestión previa una cuestión de interpretación de la norma extranjera aplicable, éste es el que debe dar la solución, lo contrario sería desnaturalizarlo. La *lex formalis causae* ha sido defendida por autores como Wolff, porque representa la armonía de soluciones entre los tribunales del foro y los tribunales extranjeros. Claro está que la aplicación de la norma de conflicto extranjera puede originar que la armonía internacional sólo se logre a costa de la disonancia interna.

La cuestión previa en el Derecho venezolano

La Ley de Derecho Internacional Privado deja prácticamente a criterio del juez la solución de las cuestiones previas o preliminares que puedan

surgir en un proceso judicial donde hayan elementos extranjeros relevantes. En efecto, el Artículo 6° de la ley expresa lo siguiente: "*Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última*".

De acuerdo con la citada disposición, nuestros jueces en un caso de DIPv, pueden decidir, según su prudente arbitrio, entre aplicar la misma ley que regula la cuestión principal para resolver las cuestiones incidentales que puedan surgir dentro del proceso, o resolver según lo indique la *lex fori*, es decir, el Derecho material venezolano

Conclusión

No estamos de acuerdo con el criterio acogido por el legislador patrio. La cuestión previa, en lo cual coincidimos totalmente con la opinión del Dr. Juan M. Rouvier, no merece el tratamiento de problema especial, es sencillamente un incidente surgido en el proceso, que el juez debe de resolver. En consecuencia, su regulación debe obedecer a las mismas normas que rigen la cuestión principal, lo contrario podría conducirnos a desnaturalizar el Derecho extranjero aplicable según el mandato de la norma de conexión venezolana.