
**ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
EN EL CARIBE
L'HARMONISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DANS
LE CARAÏBE
HARMONIZATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN
THE CARIBBEAN**

**ARMONIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO EN EL CARIBE
L'HARMONISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
DANS LE CARAÏBE
HARMONIZATION OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW
IN THE CARIBBEAN**

**ESTUDIOS Y MATERIALES PREPARATORIOS Y PROYECTO DE LEY
MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO DE 2014**

Coordinador

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Directores

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Bertrand ANCEL

Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO

Colaboradores

Rafael ARENAS GARCÍA

Jose Maria DEL RÍO VILLO

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

Pilar JIMÉNEZ BLANCO

Enrique LINARES RODRÍGUEZ

Claudia MADRID MARTÍNEZ

José Luis MARÍN FUENTES

Patricia OREJUDO PRIETO DE

LOS MOZOS

Lukas RASS-MASSON

Rhonson SALIM

James WHITE

Madrid, Iprolex, 2015

PARTICIPANTES EN EL PROYECTO

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ: Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela. Ha sido investigador responsable de multitud de Proyectos de investigación y es autor de más de un centenar de publicaciones científicas, principalmente en el ámbito de la persona, familia y sucesiones internacionales.

Bertrand ANCEL: Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) depuis 2012. Il a publié livres et quelques dizaines d'articles dans des Revues ou des Mélanges et de nombreux commentaires de jurisprudence et recensions d'ouvrages, spécialement à la Revue critique de droit international privé. Il est, depuis 2007, Directeur de la Revue critique de Droit international privé après en avoir été le rédacteur en chef en 1992. Il est actuellement le Président du Comité français de droit international privé.

Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ: Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de La Habana, Presidente de la Sociedad Cubana de Derecho Mercantil, Presidente de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, Árbitro de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid (CIMA). Miembro de Numero del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, Autor de 13 libros y decenas de monografías y artículos jurídicos..

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO: Catedrático de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es miembro del Instituto Hispano-Luso -Americano de Derecho Internacional y de la International Law Association.

José María DEL RIO VILLO: Teaching and Research Assistant at LLM International Commercial Litigation & Conflicts of Laws at Queen Mary University of London .Research Project at BIICL & MoJ of England and Wales en British Institute of International and Comparative Law, Work Placement en Dawson Corn. International Lawyer en Gaona Abogados.

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ: Profesora Doctora Asociada de Derecho internacional privado de la Universidad de Castilla-La Mancha.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS: Catedrático de Derecho internacional privado y Director del Departamento de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Asociado del

Institut de Droit International. Miembro y antiguo Presidente el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional. Director del Anuario Español de Derecho Internacional Privado.

Pilar JIMÉNEZ BLANCO: Catedrática acreditada de Derecho internacional privado en la Universidad de Oviedo. Su trayectoria investigadora, con cuatro monografías y un centenar más de publicaciones, se ha desarrollado en los ámbitos del comercio y la contratación internacional, la sustracción internacional de menores, el Derecho procesal civil europeo, la responsabilidad civil internacional y el Derecho de sucesiones.

Clara MADRID MARTÍNEZ: Abogado. *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Doctora en Ciencias Mención Derecho de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesora Asociado en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Becaria por la Fundación Alexander von Humboldt en la Universität zu Köln.

José Luis MARÍN FUENTES: Profesor de Contratos internacionales de la Universidad de Antioquia. LL.M. Derecho Internacional de los Negocios de la Universidad de París 2 – Instituto de Derecho Comparado. Autor de numerosos libros y artículos de Derecho internacional privado y de Derecho de los negocios internacionales.

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid. Autora de más de un centenar publicaciones, ha participado en seis proyectos del Plan nacional de I+D. Tiene líneas de investigación abiertas en Derecho de extranjería, Derecho internacional privado, Derecho procesal civil internacional, Derecho contractual comparado y Derecho de los negocios internacionales.

Rhonson SALIM: Lecturer at Coventry University. Rhonson. Tutor in Law. He previously worked as a Research Assistant at the British Institute of International and Comparative Law and as an Academic Consultant for the Open University Law School. Rhonson holds an LLB (Business Law) from University of Wales, Aberystwyth and an LLM in International Commercial Law from UCL. His teaching interests include property law, tort law, contract law and employment law.

James WHITE: is a graduate of the University of Exeter and Brasenose College, University of Oxford. He was called to the Bar of England & Wales in 2014, and currently works in litigation as a Fox Scholar, in Canada.

SUMARIO

Participantes en el Proyecto	7
Sumario	9
Abreviaturas	15
Presentación	19

PRIMERA PARTE ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Jose Maria DEL RIO VILLO, Rhonson SALIM y James WHITE <i>Private International Law in the Commonwealth Caribbean and British Overseas Territories</i>	29
Bertrand ANCEL <i>Départements et collectivités territoriales françaises dans l'espace ca- raïbe</i>	49
Lukas RASS–MASSON <i>Enquête sur le droit international privé des territoires de l'Ohadac – l'héritage des Pays–Bas</i>	63
José Luis MARÍN FUENTES <i>Caracteres generales del sistema de Derecho internacional privado co- lombiano</i>	89
Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS <i>Le droit international privé colombien et le projet de Loi modèle de l'Ohadac</i>	119
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ <i>El Derecho internacional privado de Cuba</i>	135

Enrique LINARES RODRÍGUEZ	
<i>Le droit international prive du Nicaragua et le projet de loi modèle de l'Ohadac</i>	157
Ana FERNÁNDEZ PÉREZ	
<i>El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui</i>	175
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS	
<i>Pourquoi la République Dominicaine a-t-elle besoin d'une loi de droit international prive ?</i>	229
Claudia MADRID MARTÍNEZ	
<i>Características generales del sistema de Derecho internacional privado venezolano</i>	247

SEGUNDA PARTE

PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA OHADAC

I. Integración económica y cooperación jurídica en el área OHADAC	277
1. La unificación jurídica como instrumento de la integración económica	277
A) Marco general	277
B) Integración en América latina	286
C) Especialidades de la integración caribeña	288
D) Manifestaciones de la integración caribeña	291
E) Contribución del Derecho internacional privado	297
2. Incremento regional de las relaciones del tráfico privado externo ...	299
A) Factores condicionantes	299
B) Contribución del Derecho internacional privado	304
II. Diversidad y heterogeneidad jurídica en la OHADAC	308
1. Estados y territorios en presencia	308
2. Panorama del Derecho internacional privado y su proyección en el área OHADAC	310
A) Balance de la unificación e implementación de las soluciones nacionales	310
B) Modelos de codificación estatal de DIPr	312

C) Proyectos gubernamentales y de carácter académico	329
D) Participación limitada en la codificación internacional	335
E) Repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr	338
F) Repercusión de la obra de la CIDIP	343
G) Inadecuación e insuficiencia del Código Bustamante	346
III. Diseño de una Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional pri- vado	350
1. Cuestiones de técnica legislativa	350
2. Metodología codificadora	353
A) Problemas de la uniformidad y diversidad de técnicas norma- tivas	353
B) Inconvenientes de los tratados internacionales como método de unificación	356
C) Ventajas de las Leyes modelo	360
3. Orientaciones de la Ley Modelo OHADAC	363
A) Caracteres preferente civilista de la regulación	363
B) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de re- sultado imprevisible	365
C) Dejación de las construcciones basadas en la ley de la nacio- nalidad	367
D) Modernización del sistema	370
4. Opciones en orden a su aceptación	372
5. Estructura del texto propuesto	375

PARTE TERCERA

COMENTARIOS AL TEXTO ARTICULADO

TÍTULO I. Disposiciones comunes	383
Art. 1. <i>Objeto de la Ley</i>	383
Art. 2. <i>Materias excluidas</i>	386
Art. 3. <i>Tratados internacionales</i>	388
Art. 4. <i>Leyes especiales</i>	390
Art. 5. <i>Determinación del domicilio y de la residencia habitual</i>	390
TÍTULO II. Extensión y límites de la jurisdicción caribeña en materia civil y comercial	395
Capítulo I. Ámbito de la jurisdicción caribeña	395
Art. 6. <i>Alcance general de la jurisdicción</i>	395
Art. 7. <i>Inmunidad de jurisdicción y de ejecución</i>	399

Art. 8. <i>Excepción de arbitraje</i>	403
Capítulo II. Foros de competencia	406
Art. 9. <i>Competencias exclusivas</i>	406
Art. 10. <i>Prórroga de competencia a la jurisdicción caribeña</i>	413
Art. 11. <i>Foro general del domicilio del demandado y competencia especiales</i>	421
Art. 12. <i>Derogatio fori</i>	424
Art. 13. <i>Derecho de la persona y de la familia</i>	427
Art. 14. <i>Derecho patrimonial</i>	433
Art. 15. <i>Forum necessitatis</i>	439
Art. 16. <i>Medidas conservatorias</i>	441
Art. 17. <i>Incompetencia de los tribunales caribeños</i>	442
Art. 18. <i>Forum non conveniens</i>	445
Art. 19. <i>Litispendencia</i>	447
Art. 20. <i>Excepción de conexidad</i>	451
Art. 21. <i>Competencia interna</i>	452
TÍTULO III. Determinación del Derecho aplicable	454
Capítulo I. Normas reguladoras	454
Sección Primera. Persona	454
Art. 22. <i>Goce y ejercicio de derechos</i>	454
Art. 23. <i>Capacidad y estado civil</i>	456
Art. 24. <i>Derechos de la personalidad</i>	459
Art. 25. <i>Nombres y apellidos</i>	462
Art. 26. <i>Declaración de desaparición o de fallecimiento</i>	466
Art. 27. <i>Sociedades comerciales y empresas individuales de responsabilidad limitada</i>	466
Art. 28. <i>Traslado de la sede social</i>	472
Sección Segunda. Relaciones de familia	474
Art. 29. <i>Celebración del matrimonio</i>	474
Art. 30. <i>Relaciones personales entre los cónyuges</i>	479
Art. 31. <i>Relaciones patrimoniales en el matrimonio</i>	482
Art. 32. <i>Nulidad del matrimonio</i>	486
Art. 33. <i>Divorcio y separación judicial</i>	489
Art. 34. <i>Uniones no matrimoniales</i>	493
Art. 35. <i>Determinación de la filiación</i>	496
Art. 36. <i>Adopción de menores</i>	499
Art. 37. <i>Adopción de mayores</i>	503
Sección tercera. Protección de incapaces y obligaciones alimentarias	503
Art. 38. <i>Responsabilidad parental y protección de menores</i>	503
Art. 39. <i>Protección de incapaces mayores</i>	507

Art. 40. <i>Obligaciones alimenticias</i>	510
Sección cuarta. Sucesiones y donaciones	514
Art. 41. <i>Sucesión por causa de muerte</i>	514
Art. 42. <i>Forma de las disposiciones testamentarias</i>	520
Art. 43. <i>Sucesión del Estado</i>	521
Art. 44. <i>Donaciones</i>	522
Sección Quinta Obligaciones contractuales	525
Art. 45. <i>Autonomía de la voluntad</i>	525
Art. 46. <i>Determinación de la ley aplicable a falta de elección</i>	529
Art. 47. <i>Contratos de trabajo</i>	534
Art. 48. <i>Contratos celebrados por consumidores</i>	536
Art. 49. <i>Ámbito de la ley aplicable</i>	538
Art. 50. <i>Incapacidad</i>	540
Art. 51. <i>Forma</i>	541
Sección Sexta. Obligaciones extracontractuales	542
Art. 52. <i>Norma general</i>	542
Art. 53. <i>Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos</i>	545
Art. 54. <i>Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia</i>	546
Art. 55. <i>Daño medioambiental</i>	549
Art. 56. <i>Infracción de los derechos de propiedad intelectual</i>	549
Art. 57. <i>Ámbito de la ley aplicable</i>	551
Sección Séptima. Bienes	553
Art. 58. <i>Posesión y derechos reales</i>	553
Art. 59. <i>Derechos reales sobre los bienes en tránsito</i>	554
Art. 60. <i>Derechos reales sobre medios de transporte</i>	555
Art. 61. <i>Derechos de propiedad intelectual</i>	555
Art. 62. <i>Derechos sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta</i>	556
Capítulo II. Normas de aplicación	557
Art. 63. <i>Determinación de la ley extranjera</i>	557
Art. 64. <i>Interpretación</i>	567
Art. 65. <i>Derecho público extranjero</i>	572
Art. 66. <i>Adaptación</i>	575
Art. 67. <i>Exclusión del reenvío</i>	581
Art. 68. <i>Orden público</i>	583
Art. 69. <i>Disposiciones imperativas</i>	589
Art. 70. <i>Ordenamientos jurídicos plurilegislativos</i>	594
Art. 71. <i>Derechos adquiridos</i>	598

TÍTULO IV. Eficacia de las resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros	602
Capítulo I. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras	602
Art. 72. <i>Concepto de resolución</i>	602
Art. 73. <i>Reconocimiento y ejecución en general</i>	603
Art. 74. <i>Causas de denegación del reconocimiento y ejecución de resoluciones</i>	608
Art. 75. <i>Procedimiento</i>	614
Art. 76. <i>Adopciones pronunciadas en el extranjero</i>	616
Art. 77. <i>Inmunidad de ejecución</i>	618
Capítulo II. Eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros	620
Art. 78. <i>Documentos públicos extranjeros</i>	620
Art. 79. <i>Traducción</i>	628
TÍTULO V. Disposiciones transitorias y final	629
Art. 80. <i>Aplicación en el tiempo</i>	629
Art. 81. <i>Disposición derogatoria</i>	633

PARTE CUARTA
TEXTOS DEL PROYECTO DE
LEY MODELO OHADAC DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Proyecto de Ley de Derecho internacional privado de la OHADAC	639
Avant-projet de loi modèle ohadac de droit international privé	663

ABREVIATURAS

<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AEC	Asociación de Estados del Caribe
<i>AEDIPr</i>	<i>Anuario Español de Derecho internacional privado</i>
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALBA	Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
<i>Am. J. Int'l L.</i>	<i>American Journal of International Law</i>
<i>Ann. fr. dr int.</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
<i>Ann. suisse dr. int.</i>	<i>Annuaire suisse de droit international</i>
<i>Anuario IHLADI</i>	<i>Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional</i>
APPRIIs.	Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
<i>Ariz. J. Int'l & Comp. L.</i>	<i>Arizona Journal of International & Comparative Law</i>
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
<i>British. Yearb. Int'l L.</i>	<i>British Yearbook of International Law</i>
CALC	Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños
CARICOM	Comunidad del Caribe
CARIFORUM	Foro del Caribe
Cass.	Cour de cassation
Cc	Código civil
CCI/ ICC	Cámara de Comercio Internacional (París)
CCIM	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 abril 1980
	Código de comercio
Ccom	Comisión Económica de las Naciones Unidas para América latina y el Caribe
CEPAL.	
CG	Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 abril 1961
<i>Chi. J. Int'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>

CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIADI / ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDIP	Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho internacional privado
CJI	Comité Jurídico Interamericano
CNY	Convenio sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 junio 1958
<i>Columbia J. Transn 'l L.</i>	<i>Columbia Journal of Transnational Law</i>
CONC.	Concordancias
DIPr	Derecho internacional privado
<i>Dir. comm. int.</i>	<i>Diritto del commercio internazionale</i>
<i>Dir. int.</i>	<i>Diritto internazionale</i>
<i>Disp. Res. J.</i>	<i>Dispute Resolution Journal.</i>
DO	Diario Oficial
DPCI	<i>Droit et pratique du commerce international</i>
DRB	Dispute Review Board
<i>Fla. J. Int 'l L.</i>	<i>Florida Journal of International Law</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
<i>German Yearb. Int 'l. L.</i>	<i>German Yearbook of International Law</i>
<i>Harv. Int 'l L.J.</i>	<i>Harvard International Law Journal</i>
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>Hous. J. Int 'l L.</i>	<i>Houston Journal of International Law</i>
IBA	International Bar Association
ICC	Iniciativa de la Cuenca del Caribe
ICSID	International Center for Settlement of Investment Disputes
<i>ICSID Rev.</i>	<i>ICSID Review—Foreign Investment Law Journal</i>
ILM	<i>International Legal Materials</i>
<i>Int 'l Arb. L. Rev.</i>	<i>International Arbitration Law Review</i>
<i>Int 'l Bus. Law.</i>	<i>International Business Lawyer</i>
<i>Int 'l Comp. L.Q.</i>	<i>International & Comparative Law Quarterly</i>
<i>Int 'l. Law.</i>	<i>The International Lawyer</i>
<i>J. Int 'l Arb.</i>	<i>Journal of International Arbitration</i>
<i>Journ. dr. int.</i>	<i>Journal du droit international</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista Jurídica Española, La Ley</i>
MASC	Métodos alternativos de solución de conflictos
Mercosur	Mercado Común del Sur
<i>Mich. J. Int 'l L.</i>	<i>Michigan Journal of International Law</i>
<i>Minn. L. Rev.</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
NCPC	Nouveau Code de Procedure Civile
NU	Naciones Unidas

OEA	Organización de Estados Americanos
OECO/OECS	Organización de Estados del Caribe Oriental
OHADAC	Organisation pour l'Harmonisation du droit des affaires dans la Caraïbe
OMC	Organización Mundial del Comercio
<i>RebelsZ</i>	<i>Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RDEA	<i>Revista de Derecho Español y Americano</i>
RDM	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>Recueil des Cours</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
REDI	<i>Revista Española de Derecho Internacional</i>
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. belge dr. int.</i>	<i>Revue belge de droit international</i>
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>Rev. dr. aff. int.</i>	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
<i>Rev. dr. int. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i>
<i>Rev. dr. unif./Unif. L. Rev.</i>	<i>Revue de droit uniforme/Uniform Law Review</i>
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>Rev. urug. DIPr</i>	<i>Revista uruguayana de Derecho internacional privado</i>
<i>Revista mex. DIPr</i>	<i>Revista mexicana de Derecho internacional privado</i>
RIE	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
<i>Riv. dir. civ.</i>	<i>Rivista di diritto civile</i>
<i>Riv. dir. int. pr. proc.</i>	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>
<i>Riv. dir. proc.</i>	<i>Rivista di diritto processuale</i>
<i>Riv. trim. dr. proc. civ.</i>	<i>Rivista trimestrale di diritto e procedura civile</i>
S	Sentencia
<i>St. Mary L.J.</i>	<i>Saint Mary's Law Journal</i>
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>Tex.Int 'l.L.J.</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TLCAN / NAFTA	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
<i>Travaux Com. fr. dr. int. pr.</i>	<i>Travaux du Comité français de droit international privé</i>
<i>Tul. J. Int 'l & Comp. L.</i>	<i>Tulane Journal of International and Comparative Law</i>
<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
UE	Unión Europea

UIBA	Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados
Uncitral/Cnudmi	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Unidroit	Instituto para la Unificación del Derecho Privado
<i>Va. J. Int'l L.</i>	<i>Virginia Journal of International Law</i>
<i>Vand. J. Transnat'l L.</i>	<i>Vanderbilt Journal of Transnational Law</i>
<i>Yearbook Comm. Arb'n</i>	<i>Yearbook of Commercial Arbitration</i>

PRESENTACIÓN

La preparación de una Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado, cuya justificación y eventual utilidad constituye el objeto central del presente libro, se ha llevado a cabo a partir de una colaboración entre ACP Legal, con sede en Guadalupe (Francia), y la entidad Iprolex, S.L., de Madrid, financiada por fondos europeos del proyecto INTERREG para realizar acciones en el ámbito de la armonización del Derecho mercantil en El Caribe. La iniciativa comenzó con la constitución de un equipo dirigido por los siguientes especialistas: Prof. Dr. Santiago Álvarez González, Catedrático de DIPr de la Universidad de Santiago de Compostela, Prof. Dr. Bertrand Ancel, Catedrático de DIPr de la Universidad París II-Assas, Prof. Dr. Pedro A. De Miguel Asensio, Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid, Prof. Dr. Rodolfo Dávalos Fernández, Profesor Principal de la Universidad de La Habana y Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas, Catedrático de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid. En la realización de este ambicioso proyecto Iprolex, S.L. ha contado también con el concurso de un nutrido grupo de especialistas que han trabajado a lo largo de tres etapas bien definidas por un periodo de más de un año.

* * *

El punto de partida del proyecto consistió en la confección de un cuestionario destinado a conocer la situación legal y convencional en los 43 territorios y 29 Estados que integran la OHADAC en lo que concierne a las soluciones concretas que mantienen en materia de Derecho internacional privado. Dicha encuesta fue preparada, inmediatamente después del encargo de ACP Legal, por los cinco integrantes del equipo de redacción y remitida a un grupo reducido, pero especializado y de acreditada solvencia, para su respuesta con carácter de urgencia. La selección de sus componentes estuvo en función, principalmente, de los modelos legislativos utilizados en la zona acotada, insistiéndose en aquellos más alejados del conocimiento habitual de los profesionales dedicados a esta materia pues, no cabe duda, que algunos de los sistemas vigentes en el área eran suficientemente conocidos (v.gr., México o Venezuela).

En términos generales, tras una breve descripción de la situación política, social y económica del territorio o Estado concernido, la encuesta buscaba respuesta a dos cuestiones condicionantes del marco regulador. De un lado, su pertenencia del a un sistema de integración económica regional o a un Tratado de Libre Comercio; y, de otro lado, la vinculación de su modelo normativo con una determinada familia jurídica, tanto desde la perspectiva del Derecho material como desde la pers-

pectiva del DIPr. Tras ello las preguntas iban dirigidas a perfilar los siguientes extremos:

i) *Características del sistema interno de DIPr, esto es, si cuentan con una ley especial o con proyectos de reforma en la materia, si las disposiciones descansan en distintos cuerpos legales, si el Código civil es la base de la ordenación o, por último si las soluciones derivan de la propia creación de los jueces.*

ii) *Relación de las normas internas que dan respuesta a las cuestiones de competencia judicial internacional, a las cuestiones de Derecho aplicable y, a las cuestiones de reconocimiento y ejecución de decisiones;*

iii) *Participación en tratados internacionales de DIPr, con referencia a la fecha de incorporación y a la eventual existencia de reservas o de declaraciones interpretativas: Tratados multilaterales (de la Conferencia de La Haya de DIPr, de la UNCITRAL, de UNIDROIT, de las Conferencias Especializadas sobre DIPr, y otros); Tratados bilaterales: de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, de asistencia judicial en materia civil, de nacionalidad, de adopción internacional, de protección de menores, y otros.*

iv) *Líneas jurisprudenciales del sistema (“les grands arrêts de la jurisprudence en matière de droit international privé”). Esto es, la obtención de la mayor información posible en torno a las decisiones de los tribunales de los territorios y Estados miembros concernidos en materia de tráfico jurídico externo.*

La información así obtenida ofrecía de una utilidad inapreciable a la hora de construir el texto de la Ley Modelo y optar por una de las solución concreta en la regulación de las distintas materias que van a ser objeto de consideración.

En particular, el conocimiento del elenco convencional precisó la determinación del alcance de la participación de los Estados y territorios que conforman la OHADAC en los tratados internacionales de DIPr, tanto en su dimensión multilateral, atendiendo principalmente a los emanados de la CIDIP y de la Conferencia de La Haya DIPr, como en su dimensión bilateral. Este examen permitió cubrir dos sectores esenciales, en primer lugar, la observancia del nivel de aceptación en el territorio considerado de las normas convencionales a los efectos de que pudiesen servir de inspiración de la Ley Modelo que se proyectaba redactar; y, en segundo lugar, la evidencia de las contradicciones que estos instrumentos pudieran suscitar a una moderna reglamentación del DIPr, advirtiendo de las bondades de su eventual renuncia caso de que el proyecto de Ley Modelo fuese aprobado, total o parcialmente, por los destinatarios de la misma.

Las contestaciones a dichos interrogantes debían de ir acompañadas por unos anexos legislativos y jurisprudenciales relativos al Estado o territorio concernido y, en la medida de lo posible, un estudio sistemático de dichos materiales. En dicho estudio, una vez sentada la base legal o jurisprudencial de los sistemas en presencia a partir de las respuestas al cuestionario, se buscaba, de un lado, ofrecer las respuestas a los tres interrogantes básicos del Derecho internacional privado, en

primer lugar, la ordenación de la competencia judicial internacional de los tribunales, en segundo lugar, la determinación de la ley aplicable y, por último, el régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras; de otro lado, cumplir las respuestas a las cuestiones del tráfico jurídico externo strictu sensu, con inclusión del Derecho de la persona, tanto física como jurídica, y de la familia, el Derecho de sucesiones, el Derecho obligaciones y contratos y el régimen de los derechos reales. Como puede observarse, se siguió desde el primer momento una perspectiva ratione materiae esencialmente civilista considerándose aconsejable excluir en las cuestiones relativas al Derecho de los negocios internacionales por ser objeto de otros estudios paralelos en el marco del proyecto de la OHADAC, dirigidos por los profesores Sixto Sánchez Lorenzo (principios de la contratación internacional) y Rodolfo Dávalos Fernández (sociedades y arbitraje).

La metodología adoptada en esta etapa se basó en la recopilación, análisis y selección de la información disponible sobre el DIPr de los Estados de la zona acotada a partir de estudios sectoriales, unos basados en un sistema estatal concreto y otros centrados en el denominador común de pertenencia actual a una orientación jurídica. Es el caso de los territorios en los que rige de alguna manera el sistema británico, francés, holandés y estadounidense. Esta metodología permitió procesar información cuantitativa y cualitativa para proporcionar una visión sistemática y multidimensional de las regulaciones en presencia en el área concernida.

En esta fase el equipo fue numeroso y cubrió diversos espacios caribeños. El estudio de los territorios británicos de ultramar fue realizado por Jose María del Rio Villo, Rhonson Salim y James White quienes, tras evaluar los datos de la encuesta efectuada en estos territorios, publicaron un documentado informe titulado “Collective Notes on Private International Law in Certain Caribbean States”; Lukas Rass–Masson, investigador de la Université Paris II–Assas en otro documentado informe evidenció la vitalidad de la influencia holandesa en un contexto de diversidad de modelos de emancipación; por último, un estudio del profesor de la Universidad de París II–Assas Bertrand Ancel puso de relieve la solidez actual de la soberanía francesa en el espacio de la OHADAC, en particular sobre cuatro grupos insulares y un territorio continental, habitados por una población de más de un millón cien mil habitantes.

Pasando al estudio de los sistemas nacionales de DIPr se contó con un estudio global, también a partir de los resultados del cuestionario previamente formulado, sobre las normas de DIPr de Colombia a cargo de Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Profesora titular de DIPr de la Universidad Complutense de Madrid y de José Luis Marín Fuentes Docente a tiempo Completo de la Universidad de Medellín (Colombia); la Profesora Ana Fernández Pérez de la Universidad de Castilla la Mancha prestó atención a los sistemas de Costa Rica y Puerto Rico, este último de extraordinario interés por dos razones, de un lado, por constituir la confluencia de dos modelos tradicionalmente enfrentados (civil law y common law) y, de otro lado, por existir una importante iniciativa de reforma a partir de un texto en el que

fue relator especial el profesor Symeon C. Symeonides de la Universidad de Willamette; los profesores José Carlos Fernández Rozas y Rodolfo Dávalos Fernández estudiaron el sistema cubano y el primero de estos profesores, junto con el Profesor Nathanael Concepción de la Fundación Global Democracia y Desarrollo de la República Dominicana, el sistema vigente en este último país junto con el análisis detallado del Proyecto de Ley de DIPr presentado al Parlamento en 2014 (que más tarde se convertiría en Ley) en el que ambos participaron como miembros de su comisión redactora. Volviendo a centroamérica, las normas nicaraguenses fueron examinadas por Enrique Linares, becario de investigación de la Universidad Complutense de Madrid, mientras que las hondureñas han corrido a cargo de la profesora Gaudy Bustillo de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras; para el estudio del sistema panameño y el Proyecto de Reforma de 2013 (que daría lugar al Código de DIPr de 2014) el Dr. Juan Carlos Aráuz Ramos, vicedecano del Colegio de abogados de Panamá, tuvo muy en cuenta las aportaciones del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá Gilberto Boutin. Las soluciones de ambicioso Código de DIPr mexicano fueron objeto de consideración por el profesor José Carlos Fernández Rozas a partir de los estudios de Leonel Péreznieto y de Jorge Albero Silva; por último, el completo modelo venezolano contó con un examen exhaustivo por parte de la Dra. Claudia Madrid Martínez, Profesora Asociada en la Universidad Central de Venezuela y en la Universidad Católica Andrés Bello. La mayor parte de estos estudios se recogen en el presente volumen.

* * *

Tras examinar los resultados de la encuesta, y recibidos los estudios sectoriales preliminares, los cinco miembros del equipo responsable del proyecto designaron al profesor José Carlos Fernández Rozas para que realizase un borrador preliminar de Anteproyecto donde se determinase el modelo a seguir, desde la perspectiva de la técnica legislativa, y se estudiase la viabilidad de una ley especial como resultado. Para llevar a cabo su tarea el relator tuvo muy en cuenta, en primer lugar, la documentación producida en la primera fase anteriormente relatada, en segundo término, los resultados de los procesos de la codificación internacional en América latina, concretamente en el marco de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP), evaluando en algunos casos los logros efectuados en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr y de la Unión Europea; por último, prestó especial atención a los aportes de la codificación interna que se produjeron en Europa a partir de las experiencias austríaca, turca, suiza, belga, italiana y polaca y en América Latina, tomando como referencia el proceso seguido en Venezuela, que concluyó satisfactoriamente, y los hitos que se han producido en Puerto Rico (proyecto Symeonides) y en Uruguay y, más recientemente, los que se desarrollaron en Panamá (que culminó con el Código de DIPr de 2014),

México (*Proyecto de Código Modelo de DIPr octubre 2006*) y la República Dominicana (*utilizándose el Anteproyecto que daría lugar a La Ley de DIPr de 2014*).

A partir de esta documentación el relator consideró más adecuada, frente a una opción que tomase como referencia la materia regulada, una estructura tripartita en la que la determinación de la competencia judicial internacional precediese a la solución de los problemas de Derecho aplicable concluyéndose con una respuesta a las cuestiones referentes al reconocimiento y ejecución de decisiones. Despejada esta cuestión, en lo que atañe a la determinación del Derecho aplicable debió considerar si el sistema debía orientarse hacia un modelo de normas de conflicto unilaterales, manteniendo la denominada concepción estatutaria, por el contrario, de carácter multilateral, opción que prevaleció. También hubo de optar por introducir conexiones rígidas o flexibles, a partir de la solución de un interrogante previo: si la base del modelo que se iba a proponer debía descansar en la ley nacional o en la ley del domicilio o residencia habitual; los resultados de la encuesta fueron determinantes pues está última alternativa. Por último, el ponente tuvo que dar respuesta al tratamiento de los problemas de aplicación de la norma de conflicto en el sentido de si estos últimos debían tener una consideración amplia en el texto, como propuso en su día la CIDIP, o por el contrario reducirse sustancialmente como ha acontecido en la codificación del DIPr que efectuada en el área de la Unión Europea.

* * *

Una vez finalizado por el ponente el borrador del proyecto, incluyendo un texto articulado, donde se despejaron las cuestiones anteriores, éste se remitió a los miembros del equipo para que realizasen las observaciones que tuviesen por conveniente, las cuales fueron reenviadas al referido ponente. Éste último, a partir de las numerosas consideraciones que le fueron enviadas, preparó un nuevo texto articulado destinado a la discusión. Dichas discusión tuvo lugar en unas sesiones de trabajo realizadas en Madrid mediados diciembre 2013 apareciendo discrepancias sobre alguno de los extremos (v.gr. conveniencia de regular autónomamente la ley aplicable a la forma de los actos, ventajas de incluir una cláusula de excepción en el sentido del art. 15 de la LDIPr suiza...) que dieron lugar a una solución consensuada plasmada en un tercer texto articulado cuyas versiones en francés y en español se incluyen en el presente volumen.

En el encuentro descrito anteriormente los miembros del equipo se distribuyeron el texto articulado resultante a los efectos de realizar los comentarios oportunos con el objeto de justificar la opción elegida en cada uno de los preceptos, desde una perspectiva de técnica legislativa y doctrinal, con respaldo en los datos suministrados por las contestaciones al cuestionario previamente elaborado, con las referencias oportunas de Derecho comparado a los diversos sistemas jurídicos de los Estados y territorios que conforman la OHADAC y ejemplos de aplicación. En la preparación de dichos comentarios individualizados la Comisión redactora

contó con el concurso del profesor Rafael Arenas García Catedrático de DIPr de la Universidad Autónoma de Barcelona y de M^a Pilar Jiménez Blanco, Profesora titular, habilitada Catedrática de DIPr de la Universidad de Oviedo.

* * *

Como resultado de estas tres etapas se cuenta con un texto articulado comentado, similar al de otros proyectos de unificación jurídica que han utilizado similar metodología unificadora. El texto articulado del Proyecto que ahora se presenta no es un fin en si mismo. No es más que la conclusión de un periodo de estudio preliminar cuyo propósito fue presentar en forma sistematizada toda una serie de estudios elaborados por una Comisión en el marco de un acuerdo de colaboración con ACP legal. La difusión de estos resultados pretende contribuir al conocimiento de la situación actual y plantear un debate sobre las estrategias, instrumentos y gestión de una codificación futura de esta materia. Paralelamente el texto se ha remitido a diversas instituciones científicas especializadas de ámbito latinoamericano para que expresen su parecer acerca de su contenido.

Teniendo en cuenta la gran importancia política o económica de la Ley Modelo, y habida cuenta que la regulación propuesta es por esencia compleja y muy amplia, la participación con los agentes interesados (a través de los lobbies o bien directamente) siendo muy importante pueden ser insuficiente o incompleta. Por esta razón, es menester proceder a una difusión pública de este instrumento con el fin de dar a conocer sus puntos de vista y algunas de sus ideas en estudio, invitando a todos los agentes o individuos interesados en participar a hacerle llegar sus impresiones, opiniones, proposiciones o temores acerca de una posible regulación de esta materia. La deliberación que se abrirá paso tras la difusión del presente Anteproyecto resultará esencial al poder disponerse de una perspectiva suficiente de las opiniones y preocupaciones manifestadas y estar en disposición de proceder a elaborar una propuesta definitiva, que posteriormente habrá de seguir su curso legislativo.

Se trata de establecer un mecanismo de participación de los sectores implicados que les permita presentar sus propuestas, opiniones o discrepancias en el proceso de adopción del Texto final de la Ley Modelo. Un Congreso internacional debería valorar los resultados y establecer el mecanismo de redacción definitivo. No debe olvidarse que quienes experimentan directamente las consecuencias de las normas de DIPr no son los Estados, sino los propios particulares: la sujeción a una u otra jurisdicción estatal o la aplicación de uno u otro Derecho material son consecuencias que benefician o padecen directamente los particulares implicados y sólo indirectamente los Estados.

En suma, a través de los materiales incluidos en el presente volumen, entendidos como conjunto estructurado de reflexiones y propuestas generales, se pretenden: dos cosas. De un lado, mostrar de forma coherente una serie de datos cuantitativos

e información cualitativa que permita una valoración de los instrumentos actuales, de sus potencialidades y de sus demandas, lo que puede ser de utilidad para la optimización de la codificación del DIPr en el marco geográfico acotado; se ofrece al respecto un conjunto de recursos y procedimientos esenciales para elaborar un proyecto de regulación a partir de una justificación y de la redacción del contenido material de manera accesible a los sujetos a los que está destinado. De otro lado, concretar la necesidad, demanda social o institucional que se quiere satisfacer mediante la regulación que se va a abordar y delimitación del ámbito regulado con estimación sobre viabilidad jurídica y material y los trámites e informes que se estimen procedentes.

En esta fase la última palabra la tienen los Parlamentos nacionales, los únicos depositarios de la soberanía popular.

José Carlos Fernández Rozas
Barranquilla, 19 marzo 2015

PRIMERA PARTE
ESTUDIOS LEGISLATIVOS

PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE COMMONWEALTH CARIBBEAN AND BRITISH OVERSEAS TERRITORIES

Jose María DEL RÍO VILLO
Rhonson SALIM
James WHITE

Summary: I. Overview the Legal Landscape in these States. 1. Legal History. 2. Retention of or Departure from English Legal Tradition. 3. The role of the Economy. II. Supranationalism in the Caribbean. 1. Institutional Framework. 2. Enforcement. 3. Comparison with the EU. III. Participation in international treaties on private international law. 1. Multilateral Treaties: A) Hague Conference on Private International Law (PIL); B) UNCITRAL; C) Specialized Conferences on Private International Law (CIDIP). IV. Bilateral Treaties. 1. Recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. 2. Inter-country Adoption and protection of Minors. 3. Other Bilateral Treaties. V. Discussion of Private International Law. 1. Introduction. 2. Jurisdictional rules (*actions in personam*) in Private International Law. 3. *Forum Non Conveniens* and Restraint of Foreign Actions in the Commonwealth Caribbean: A) Forum non Conveniens; B) Lis Alibi Pendens; C) Restraining Foreign Actions. 4. Enforcement of Judgements. VI. Conclusion.

This Chapter explores the nature and functioning of private international law in the Commonwealth Caribbean and British Overseas Territories. Particular attention will be paid to the growing importance of supra-national organizations in the region, as well as the interaction between common law principles and post-colonial legal developments. In our discussion of private international law, special focus will be placed upon the sources of private international law and upon substantive topics such as *in personam* jurisdiction, the operation of *forum non conveniens* and enforcement of foreign judgments. The following legal systems form the substance of our discussion and analysis: Anguilla, Antigua and Barbuda, the Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, the British Virgin Islands, the Cayman Islands, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Trinidad and Tobago, and Turks and Caicos.

I. Overview the Legal Landscape in these States

Before looking at specific features of private international law in these states, it is important to gain a preliminary understanding of the multiple legal systems operative in the region in order to approach the law with some perspective.

1. Legal History

All of the states listed above were once part of the British Empire and, as such, were subject to the exportation of the common law and principles of equity. In the Caribbean, this resulted in centuries of legal development through a common law framework, with this system continuing to provide the foundation for legal innovation and decision making upon the dissolution of the Empire. However, this common thread of history does not mean that English common law is, or ever was, applied in an homogenous manner in former colonies. Indeed, it is submitted that there is little room for reductionist thinking when looking at the role of the common law in the various countries or territories; each legal system is highly unique. The origins of legal difference date from as early as the time at which the common law was initially imposed. Colonization took multiple forms, necessitating different approaches to securing imperial legal order. For example, in some instances, the British simply claimed land for the Crown by establishing settlements in a territory. This was the case in Antigua and Barbuda, where British residents migrated from what is now St. Kitts and Nevis in 1632 and, in doing so, ‘took’ English law with them¹. This is in clear contrast to instances where control was realized through military triumphs. In these cases, the law in force at the time of the conquest often remained in place until it was altered by the state, something that has led hybrid legal systems². A good example of this is the British colonization of St. Lucia, an island that remained a French colony until 1814, when it was ceded to the British after the Napoleonic Wars. The Anglicization of the law of St. Lucia was a steady rather than sudden process, with key changes coming through the incremental introduction of statutory provisions and the training of lawyers in the common law tradition³.

This meant that the legal transformation was piecemeal in nature, with certain features of the civilian law tradition remaining to this day. Similarly, legal hybridity forms part of the Guyanese legal system. There, before the British formally gained control in the early 19th century, the state was a Dutch colony operating under a system of Roman–Dutch law. Whilst the common law quickly became the dominant legal tradition in Guyana as a result of numerous statutes (particularly The Civil Law of Guyana Act), the old Roman–Dutch law remains in place in, for example, certain aspects of property law⁴.

¹ Kodilinye & Kodilinye, *Commonwealth Caribbean Contract Law* (Routledge 2014) p. 5.

² *Ibid* (K&K).

³ Antoine, *Commonwealth and Caribbean Legal Systems* (Routledge–Cavendish 2008) p. 60.

⁴ *Ibid* pp.62–3.

2. Retention of or Departure from English Legal Tradition

The decolonization and independence process in the region saw different states opt for different continuing relationships with Britain. These differences are manifest through the constitutional positions adopted throughout the region with some states opting for total independence (for example, Guyana) whilst others became British Overseas Territories (for example, Anguilla). By way of specific example, Guyana, Trinidad and Tobago, and Dominica have rejected the British monarch as the Head of State, whilst the Queen retains her constitutional position elsewhere in the region. Additionally, different countries and territories continue to make different decisions as to whether the London based Judicial Committee of the Privy Council should be retained as the final court of appeal. Guyana, Belize and Barbados have rejected the jurisdiction of the Privy Council and have adopted the appellate jurisdiction of the Caribbean Court of Justice (CCJ) in its place. Several other states are considering taking a similar course of action, with Dominica receiving British approval to adopt the CCJ as its final court of appeal in January 2014, and with Jamaica continuing in public debate and Governmental announcements as to the options of adopting the appellate jurisdiction of the CCJ, retaining the *status quo*, and establishing a Jamaican final court of appeal⁵.

One common departure from the English legal tradition in all Commonwealth Caribbean states is the adoption of a written Constitution. Each of the states with which this Chapter is concerned has a written Constitution setting out the fundamental rights protected by law and the organization of the government. It is perhaps inevitable that these states have written Constitutions given the history of shifting forms of governance, something that makes the English model of an evolving part-written and part unwritten Constitution particularly inappropriate. Some difference can be seen between British Overseas Territories and Commonwealth Caribbean states in that, for example, the Turks and Caicos Constitution Order 2011 provides that barristers and solicitors of the UK (and other part of the Commonwealth) may sit as judges in the Supreme Court, whereas the Constitution of Belize 1981 limits that right to qualified attorneys in Belize⁶. There is therefore some manifestation of relative political affiliation (or lack thereof) with England in the constitutions.

In terms of the post-colonial use of the common law itself, all of these states continue to use it, as the foundation for their legal system, yet there is a difference between states that have developed a distinctly national approach to its principles and those choosing to continue developing the law in accordance with the law of England. Those falling into the latter category often see the maintenance of a close

⁵ http://www.jamaicaobserver.com/news/CCJ-all-the-way_11438687; <http://jamaica-gleaner.com/latest/article.php?id=50513>

⁶ The Turks and Caicos Constitution Order 2011, Art. 77(4)(a); Constitution of Belize 1981, Article 97(3)(a)

relationship between national and English common law as a key factor in attracting offshore business activity due to the benefits of legal certainty and familiarity⁷. In some instances, states have gone further than simply applying the common law in an English fashion and have adopted analogous legislative initiatives, whether or not they are 'English' in origin – for example, Bermuda has taken steps to adopt the principles of the EU's Solvency II Directive⁸. This position is in contrast with the legal system in St. Lucia, which adopted the St. Lucia Commercial Code in reflection of the civil law tradition in order to placate French business interests⁹. Further, certain states were quick to assert their legal autonomy, whether directly or indirectly. For example, even before the dissolution of the Empire, Jamaican case law made it clear that, whilst Jamaica employed the private international law rules on 'connecting factors', the reason for this was due to Jamaican legislative decisions, rather than simple adherence to English law¹⁰.

Another clear example of retaining a close connection with England and English law is seen in British Overseas Territories, which are still, to a limited extent, subject to certain decisions of the UK government. For example, these states only become a party to international conventions when the UK signs and ratifies the instrument in question on their behalf¹¹. As *Antoine* describes it, the legal systems of British Overseas Territories are limited in their independent legal identity, despite their complex legal and political relationship with Britain¹².

For the avoidance of doubt, a greater degree of independence does not simply mean that English common law is no longer a significant part a state's legal system. For example, the sovereign state of Guyana directly imports English law in through The Civil Law of Guyana Act, which provides that, where the Guyanese Wills Act is silent, the Wills Act 1837 of the UK shall apply (except for s.7 of the latter Act)¹³. Further, that Act also states that the English doctrines of equity apply in Guyana and that the High Court of Guyana shall have the same powers as the High Court in London in applying these doctrines¹⁴.

3. *The role of the Economy*

In addition to these legal and political differences, the various economies of the states have had a significant bearing on the legal landscape in any given jurisdic-

⁷ Elkinson, 'Bermuda' in Spitz and Clarke (eds), *Offshore Service* (LexisNexis 2013).

⁸ [http://www.bma.bm/solvency2/Class/Bermuda%20Insurance%20Solvency%20Framework%20-%20The%20Roadmap%20to%20Regulatory%20Equivalence%20\(May%202012\).pdf](http://www.bma.bm/solvency2/Class/Bermuda%20Insurance%20Solvency%20Framework%20-%20The%20Roadmap%20to%20Regulatory%20Equivalence%20(May%202012).pdf).

⁹ Antoine, *Commonwealth and Caribbean Legal Systems* (Routledge-Cavendish 2008) p. 64.

¹⁰ *Simpson v McCallum* 1869 vol. 1 SCJB 88, 993.

¹¹ For example, the UK extended the UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances 1988, in 1995.

¹² Antoine, *Commonwealth and Caribbean Legal Systems* (Routledge-Cavendish 2008) p. 14.

¹³ Civil Law of Guyana Act 1917, s.6.

¹⁴ *Ibid*, s.3(b).

tion. This is particularly so in those states with an emphasis on international finance and offshore business activity. In such states there is often a sophisticated regime of codification to regulate the way in which businesses may be formed and run. Specifically, legislation is established to govern incorporation, taxation, and investment vehicles in order to provide legal certainty for investors and businesses, as well as in order to receive international seals of approval in ensuring the law is not used as a mechanism for foreign tax evasion. In the latter sense, most states have developed comprehensive tax information exchange agreements with countries throughout the world. This secures a place on the Organization for Economic Co-operation and Development's "white list" of states having transparent systems of taxation.

By way of specific example of the role of national economies in shifting the legal system beyond the paradigm of English common law and principles of equity, the Bahamian Purpose Trust Act 2004 (amended 2011) demonstrates significant innovation. This statute establishes that non-charitable purpose trusts are recognized and enforced in the Bahamas provided that the purpose is possible and sufficiently certain, that the purpose is not contrary to public policy and that the trust instrument specifies the event upon which the trust terminates and provides for the disposition of surplus¹⁵. Further, the Act allows the trust instrument to empower the trustee to rectify an uncertainty as to the way in which the trust is to be administered¹⁶. These provisions depart from the ordinary provisions of English law on purpose trusts and demonstrate a progressive approach to traditional legal concepts, with the clear intention of attracting business and investment to the islands. Similarly, Grenada has an Act specifically dealing with private international law issues concerning international trusts, thereby providing an accessible instrument guaranteeing legal certainty¹⁷. Legislation to regulate international business companies has also been a prevalent area of legal innovation in many Commonwealth Caribbean states. For example, Belize's International Business Company (IBC) Act sets out that all income of an IBC, and any dividends, interest, rent, royalties and capital gains paid to by the IBC to persons not resident in Belize are exempt from all income and business taxation¹⁸. Similarly, Bahamian legislation ensures that an international business company is not liable to pay any business licence fee, income tax, capital gains tax, or any other tax connected to a transaction to which the IBC is a party¹⁹. Specific regulatory legislation is not, however, limited to business and finance. Guyana, a state with a sizable mining industry, has specific legislation regulating numerous aspects of mining in the country²⁰. In particular, the Act estab-

¹⁵ Purpose Trust Act 2004 (Bahamas), s.3.

¹⁶ *Ibid.*, s.5.

¹⁷ The International Trust Act 1996 (Grenada).

¹⁸ International Business Companies Act 2000 (Belize), s.130(1).

¹⁹ International Business Companies Act Ch. 309 (Bahamas) s.187(1).

²⁰ Mining Act 1991 (Guyana).

lishes intricate systems of licensing as well as health and safety provisions for workers.

It is hoped that this overview of the legal landscape in these states provides a workable basis from which the reader can better understand and analyse the specific issues that this Chapter raises.

II. Supranationalism in the Caribbean

In a basic legal definition, supranationalism means that sovereign states agree to abide by norms, which are adopted at a higher level of organization. Both in Latin America and Caribbean countries, supranational institutions are increasingly important. However, they have not yet reached the level of development of the European Union. At present, the EU is the most important supranational entity because of its great development and functioning that covers almost all European countries. Therefore, other supranational institutions such as CARICOM (still under development) may take inspiration from the European model and thus establish a supranational entity based on reinforced political and economic values.

The Caribbean Community and Common Market (CARICOM) was founded through the Treaty of Chaguaramas, 4th July 1973 as a system based on intergovernmental cooperation to promote “the economic integration of the Member States by the establishment of a common market regime and the coordination of the foreign policies of Member States”²¹. This was initially set up as a forum of sovereign and independent states²² for the promotion of trade, investment and technology transfer. Its scope evolved from what was a limited Common Market to CARICOM Single Market and Economy (CSME); this aimed at the removal of barriers to free movement of goods, services, capital, technology and people through mobility and harmonization of economic policy.

The motivation behind the intention to design this intergovernmental framework roots in the shared belief by Britain and the former colonies (West Indies) that given the size of the Member States, political independence is only sustainable under the form of a federation²³. This inherited desire to uphold state sovereignty led to the inefficiencies of this system²⁴. Because of this objective, the community deci-

²¹ Art. 4, “Treaty establishing the Caribbean Community, Chaguaramas, 4th July 1973, available at: http://www.caricom.org/jsp/community/original_treaty-text.pdf.

²² The initial members, as defined by Art. 2 (a) of the Treaty, where: Antigua, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Grenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts–Nevis–Anguilla, St. Lucia, St. Vincent and Trinidad and Tobago.

²³ This is exemplified through the attempt to set up the West Indian Federation in 1958.

²⁴ “Desintegration of virtually all integration initiatives in developing countries may be largely blamed on rigid adherence to the state sovereignty doctrine”, P. Kenneth Kipolgat, “An Institutional and Structural Model for Successful Economic Integration in Developing Countries”, 29 *Tex. Int'l Ex. L.J.* 39, 43–44.

sions only became binding when adopted through a separate legislative or administrative decision by each Member State, causing delays²⁵. For example, the Jamaican Senate passed the bill to repeal legislation under the 1973 Treaty and implement the CSME only in March 2004. It is the sovereign state that makes the decision whether regional commitments are to be implemented. In light of this, CARICOM was seen as employing a weak institutional framework that catered for an inadequate dispute settlement, lack of enforcement measures and a slow integration of CARICOM Treaty obligations into national law²⁶. In order to remedy some of these deficiencies, the revised CARICOM Treaty was passed in 2001²⁷.

The Caribbean community (CARICOM) is made up of 15 full member Caribbean nations, 5 associate members and 7 observers. The full member countries are responsible for establishing the different objectives of the organization, which must be approved unanimously by the Heads of Government of each country. This consensus model of voting is one of the main differences between the organization of CARICOM and the European Union, because while in the organization of Caribbean countries unanimity is needed in the vote, the European Union has a mix of unanimity and Qualified Majority Voting²⁸. Moreover, the role of the associate members²⁹, which are all British overseas territories, is not established yet. The most characteristic benefits of being a merely associate member of CARICOM includes the ability to vote as a member of CARICOM in international organisations such as the United Nations and the benefits from technical co-operation from organisations such as European Development Fund among many others.

²⁵ Art. 234 of the revised Treaty states: "This Treaty shall enter into force on the deposit of the last instrument of ratification by the States mentioned in paragraph 1 of Art. 3".

²⁶ "The Caribbean Community intends to create a Single Market and Economy with each Member State retaining maximum national sovereignty. It intends to do so apparently through a mode of discretionary intergovernmental cooperation. These objectives clearly are contradictory. The effects of this approach are manifest in the failure to achieve any significant progress in respect of the program of legislative harmonization, the removal of barriers to the movement of people, services and capital, and the merely titular commitments made to macroeconomic coordination, fiscal harmonization and monetary integration", H.R. Brewster, *The Caribbean Single Market and Economy: Is It Realistic Without Commitment to Political Unity?*, available at http://www.caricom.org/jsp/speeches/csme_politicalunity_brewster.jsp?null&pmf=1.

²⁷ For example, Art. 28 and 29 of the revised treaty provides that decisions of Community Organs are binding subject to the ability of the Member State to opt-out.

²⁸ D. Pollard (ed.) *The CARICOM System: Basic Instruments*, Kingston: The Caribbean Law Publishing Co., 2003, 460.

²⁹ The associate Members of CARICOM are Anguilla, Bermuda, the British Virgin Islands, the Cayman Islands, and Turks and Caicos.

1. Institutional Framework

According to Art. 10 of the revised Treaty, the principal organs of CARICOM are the Conference of Heads of Government and the Community Council of Ministers. The former is the supreme policy making organ. Art. 28 state that unanimity is required for a decision to be adopted. As such, the revised Treaty does not provide for an independent supranational decision making body but merely designs a framework for cooperation.

The Council is responsible for the efficient operation and development of the common market. There are decreased opportunities for political ground standing as the Council serves merely an administrative role.

2. Enforcement

The Caribbean Court of Justice Agreement established the CCJ³⁰. It's function is established in Article III of the Agreement. This is to serve as a final court of appeal for CARICOM Member State's domestic courts and as a judicial organ for the Community. Although, the CCJ acts as a body with a supranational decision power³¹, there are no enforceable legislative instruments such as regulations or directives. It can be said, as a summary, that the CCJ has one jurisdiction that affects all States and the appellate jurisdiction is currently quite limited in its uptake.

3. Comparison with the EU

First, it is interested a comparison between CARICOM and the EU as Latin American and the Caribbean countries have not achieved the full economic integration to support sustained development along the lines of the European Union. The common objective of both EU³² and CARICOM³³ is to create a single economic market though regional integration.

The following was achieved at the European level through:

- Limited opt-out opportunities,
- Doctrine of direct effect and supranationalism³⁴,
- Removal of barriers,

³⁰ Available at http://www.caricom.org/jsp/secretariat/legal_instruments/agreement_ccj.pdf.

³¹ CCJ's decisions are final and binding. *Vid.* Art. III and Article XV of the Agreement.

³² Art. 26 TFEU states: "1. The Union shall adopt measures with the aim of establishing or ensuring the functioning of the internal market, in accordance with the relevant provisions of the Treaties.

2. The internal market shall comprise an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of the Treaties"

³³ *Vid.* Art. 6 Treaty of Chaguaramas, 2001.

³⁴ Case 6/64, *Costa v Enel Nazionale per L Energia Elettrica*, 1964 ECR 585 – explains the doctrine of direct effect of EU regulations and directives in light of the supremacy of EU obligations.

- Legitimate dispute settlement mechanism with enforcement powers,
- Strategic decision making mechanism.

On the other hand, CARICOM can merely be seen as a “community of foreign states in which sovereignty is pulled but never ceded with the nation state being the locus of decision-making in respect of the implementation of regional commitments”³⁵.

The following failures can be noted in CARICOM:

- Maintenance of Member State governmental control,
- Maintenance of State sovereignty obstructing regional cohesion,
- Failure to create a supranational body to implement legislative instruments aimed at regional integration,
- Weak enforcement mechanism system,
- Lack of meaningful involvement of the Member States in the integration process³⁶.

Finally, it is necessary to emphasize two main differences between CCJ (inaugurated by the CARICOM in 2005) and the ECJ. One of the main differences lies in the CCJ’s hybrid institution³⁷, which has one jurisdiction to replace the role of the Judicial Committee of the Privy Council and the other as a dispute settlement mechanism in light of the single market. It can be noted two main functions. First, the original jurisdiction of the CCJ and secondly, the intention of the court to replace the Judicial Committee of the Privy Council as the court of last resort for Anglophone Caribbean states. It can be seen that a significant differences between the CCJ and the ECJ is the former intends to carry out a dual role. The second most relevant difference is their legal impact. This mainly follows from the vastly greater jurisprudence of the ECJ and the large number of cases it is constantly handling, as compared to a very limited activity of the Caribbean Court. As the new CCJ became in 2005, it is still in its infancy and it needs some time until it can be fairly compared with the European system

Nevertheless, the Revised Treaty shows a commitment to integration. This is seen through the steps taken to eliminate the unanimity requirement for the adoption of Community decisions and to develop the CCJ.

³⁵ Vid. D. Jessop, *Caribbean Should Follow EU’s Lead*, The Jamaica Observer Internet Edition, http://www.jamaicaobserver.com/columns/html/20031220t220000-0500_53290_obs_caribbean_should_follow_eu_s_lead.asp.

³⁶ K.E. Bravo, “CARICOM, the Myth of Sovereignty, and Aspirational Economic Integration”, 31, *N.C. J. Int’l L. & Com. Reg.*, 145, 166.

³⁷ J. Kocken and G. van Roozendaal, “Constructing the Caribbean Court of Justice: How Ideas Inform Institutional Choices”, *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, 93, October 2012 | 95–112, 97.

III. Participation in International Treaties on Private International Law

These treaties highlight the importance of unity within the framework of the Caribbean countries under private international law.

1. *Multilateral Treaties*

A) Hague Conference on Private International Law (PIL)

The analysis of the corresponding countries includes three distinct groups.

i) Countries, which are not members of the Hague Conference on Private International Law and have not ratified or acceded to any Convention: Jamaica and Guyana.

ii) Countries which are not a Members of the Hague Conference on Private International Law, but have ratified some conventions (Bahamas, Barbados, Trinidad and Tobago, Belize, Antigua and Barbuda, Dominica, Grenada, St. Kitts and Nevis, Saint Lucia, St. Vincent and the Grenadines).

Convention of 5 October 1961 Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents ratified by these countries³⁸.

iii) The U.K Overseas countries (Anguilla, Turks and Caicos, Bermuda, BVI, Montserrat, Cayman Islands).

Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (Bermuda, Turks and Caicos, Montserrat, BVI)³⁹.

Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction (Cayman Islands, Montserrat, Bermuda and Anguilla)⁴⁰.

³⁸ Art. 2 of the Convention states: "Each Contracting State shall exempt from legalisation documents to which the present Convention applies and which have to be produced in its territory. For the purposes of the present Convention, legalisation means only the formality by which the diplomatic or consular agents of the country in which the document has to be produced certify the authenticity of the signature, the capacity in which the person signing the document has acted and, where appropriate, the identity of the seal or stamp which it bears." Available at: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=41

³⁹ The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition was concluded on 1 July 1985 and entered into force 1 January 1992. The Convention aims to harmonise not only the municipal law definitions of a trust, but also the Conflict rules for resolving problems in the choice of the *lex causae*.

⁴⁰ The aim of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction is to restore the status quo by mean of the prompt return of wrongfully removed or retained children through a system of cooperation among central authorities appointed by its Contracting Parties.

B) UNCITRAL

In regard to the texts in UNCITRAL, it can be clearly established a classification between those countries participating in some conventions and those countries that do not participate in the conventions established in the UNCITRAL.

i) Countries, which have not signed or ratified any convention of UNCITRAL as Anguilla, Montserrat and Guyana.

ii) Countries which have signed or ratified any convention of UNCITRAL as Turks & Caicos and Belize (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996)⁴¹, BVI (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency 1997)⁴² and Grenada, St. Kitts and Nevis and Saint Lucia (Signed and Ratified the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures 2001).

iii) Countries which have signed or ratified some conventions and have an active participation in UNCITRAL such as the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958)⁴³, ratified by the United Kingdom, which extend the territorial application of the Convention, for the case of awards made only in the territory of another contracting State, to the following territories: Bermuda (14 November 1979) and Cayman Islands (26 November 1980). Also, the Convention ratified by other countries as Bahamas, Barbados, Jamaica, Trinidad and Tobago, Antigua and Barbuda, Dominica and St. Vincent and the Grenadines.

C) Specialized Conferences on Private International Law (CIDIP)

The results of these Conferences are those, which have obtained greater acceptance in Belize. In other countries such as Antigua and Barbuda, Bahamas and

⁴¹ “The Model Law on Electronic Commerce (MLEC) purports to enable and facilitate commerce conducted using electronic means by providing national legislators with a set of internationally acceptable rules aimed at removing legal obstacles and increasing legal predictability for electronic commerce. In particular, it is intended to overcome obstacles arising from statutory provisions that may not be varied contractually by providing equal treatment to paper-based and electronic information. Such equal treatment is essential for enabling the use of paperless communication, thus fostering efficiency in international trade.” Available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

⁴² “It focuses on authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions, rather than attempting the unification of substantive insolvency law, and respects the differences among national procedural laws. For the purposes of the Model Law, a cross-border insolvency is one where the insolvent debtor has assets in more than one State or where some of the creditors of the debtor are not from the State where the insolvency proceeding is taking place.” Available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html.

⁴³ Available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

Barbados there are some participations but on a limited basis. There are many texts that are currently in force in Belize. These are:

Inter-American Convention on conflict of laws concerning the adoption on minors (1984) ratified by Belize in 1997 (*CIDIP III*)⁴⁴.

Inter-American Convention on the international return of children (1989) ratified by Belize in 1997 and by Antigua and Barbuda in 2005 (*CIDIP IV*)⁴⁵.

Inter-American Convention on support obligations (1989) ratified by Belize in 1997 (*CIDIP IV*)⁴⁶.

Inter-American Convention on international traffic in minors (1994) ratified by Belize in 1997 (*CIDIP V*)⁴⁷.

Antigua and Barbuda, Bahamas, Barbados and Belize participated in the Final Act of the Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law in June 2003 (*CIDIP VII*)⁴⁸.

IV. Bilateral Treaties

1. Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters

There is no bilateral treaty discussing the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. However, UK's Administration of Justice Act 1920⁴⁹ established reciprocal enforcement of judgments obtained in the UK and UK territories across the world. It could be said that a judgment obtained in any of these countries is enforceable in the UK, provided it is registered with the High Court in England / Court of Session in Scotland.

Reciprocal Enforcement of Judgments Act (Cap 65) 1922 (BVI) judgments given in Guyana a simplified system for registration in the BVI⁵⁰.

⁴⁴ The Art. 1 states "This Convention shall apply to the adoption of minors in the form of full adoption, adoptive legitimation and other similar institutions that confer on the adoptee a legally established filiation, when the domicile of the adopter (or of the adopters) is in one State Party and the habitual residence of the adoptee is in another State Party".

⁴⁵ The purpose of this Convention is to secure the prompt return of children habitually resident in one State Party who have been wrongfully removed from any State to a State Party or who, having been lawfully removed, have been wrongfully retained. This Convention further seeks to secure enforcement of visitation and custody rights of parties entitled to them.

⁴⁶ Available at <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-54.html>.

⁴⁷ Adopted at Mexico, D.F., Mexico, on March 18, 1994, at the Fifth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (*CIDIP-V*).

⁴⁸ *CIDIP-VII* was convened by the General Assembly in June 2003. Member States selected consumer protection and electronic registries as the topics for *CIDIP-VII*.

⁴⁹ Available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/10-11/81/section/9;%20http://www.out-law.com/en/topics/dispute-resolution-and-litigation/enforcement/enforcing-england-and-wales-judgments-abroad/>.

⁵⁰ It is also possible to register judgments of inter alia in the following countries in England & Wales under the 1920 Act: Anguilla, Antigua and Barbuda, Grenada, Dominica, Montserrat, St Kitts and Nevis, St

The Foreign Judgments Reciprocal Enforcement (Australia and its External Territories) Order 1993, although judgments obtained in jurisdictions subject to the Foreign Judgments Reciprocal Enforcement Law (1996 Revision) (Enforcement Law) can be registered in the Cayman Islands within six years of being obtained.

2. *Inter-country Adoption and protection of Minors*

Since 1 June 2003, the General Register for England and Wales may register a Convention or overseas adoption when the adoptive parent was a habitual resident in England or Wales at the time of the adoption. A Convention adoption is one made under the Convention on the Protection of Children and the Co-operation in Respect of Inter-country Adoption concluded at The Hague on 29 May 1993⁵¹.

3. *Other Bilateral Treaties*

The Cayman Islands has signed a total of 27 Tax Information Exchange Agreements, and has a further 7 agreements awaiting signature, including Spain, Italy, Greece, Indonesia and South Korea. Cayman has also enacted the tax information exchange provisions of the EU Savings Directive.

Barbados' double taxation Treaty with the UK, which includes a mutual assistance clause⁵².

Trinidad and Tobago has a tax cooperation agreement with the United States (Trinidad And Tobago Bilateral Investment Treaty 1994)⁵³.

Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of Antigua and Barbuda concerning Air Services (2007)⁵⁴.

Saint Kitts and Nevis has double taxation agreements in places as Jamaica, Monaco, Switzerland and San Marino. St. Kitts and Nevis, in late 2012, has concluded 21 TIEAs and 13 Double Tax Agreements.

Bilateral Investment Treaty for the promotion and reciprocal protection of investments between Spain and Jamaica made in Kingston on March 13, 2002.

Lucia, St Vincent and the Grenadines (all countries falling within the BVI Commercial Court jurisdiction and the Eastern Caribbean Supreme Court region).

⁵¹ The UK automatically recognizes an adoption made in any of the countries named on a Designated List since 2003. Anguilla, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Dominica, Guyana, Jamaica, Montserrat, St Christopher and Nevis, St Vincent, Trinidad and Tobago are part of this list. The Designated List is currently being reviewed under the provisions of the Adoption and Children Act 2002.

⁵² Barbados has updated its 1970 double taxation agreement with the United Kingdom to provide for tax information exchange between respective authorities in both countries.

⁵³ Available at <http://www.state.gov/e/eb/afd/43363.htm>.

⁵⁴ Available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/238775/7313.pdf.

V. Discussion of Private International Law

1. Introduction

The states mentioned in the introduction of this chapter form part of the Commonwealth Caribbean and British Overseas Territories⁵⁵. The private international law of the Caribbean states originates from a variety of sources. The pre-eminent of these sources is the constitution of each state. Other sources include national legislation and, as indicated earlier in this chapter, the common law.

The constitution of each Caribbean state sits at the pinnacle of the legal hierarchy. Each constitution is viewed as the supreme law of the state⁵⁶. To this extent, common law rules and private international law statutory legislation are subservient to the terms of the constitution of a state. This omnipotence of a state's constitution operates to constrain the operation of many rules of private international law in the Caribbean. Anderson argues that in relation to arbitration, parties are free to stipulate this mechanism as a dispute resolution method. However, to the extent that the arbitration agreement places a dispute outside the jurisdiction of the courts, this would arguably, violate the provisions of most constitutions⁵⁷. Constitutional considerations also affect the recognition of foreign judgements⁵⁸ and a court's exercise of jurisdiction over foreign disputes.

The development of specific private international law legislation in the Caribbean is sporadic. Predominantly, the states have implemented legislation that facilitates the reciprocal enforcement of Anglo-Caribbean judgments and the judgements of other states offering reciprocal enforcement themselves⁵⁹. Other developments in the use of legislation to facilitate the development of private international law in the region include legislation to facilitate the collection of local evidence for

⁵⁵ The continued reference to Caribbean states or Commonwealth Caribbean states in this part of the chapter is to be read as including the British Overseas Territories mentioned in the introduction of this chapter.

⁵⁶ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, The Caribbean Law Publishing Company, 2003, p. 12.

⁵⁷ *Ibid. Vid.* in particular the establishment of the Supreme Court as a superior court of last resort and the guarantee of freedom of access to courts for the resolution of disputes.

⁵⁸ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, p. 12. *Vid.* also for further discussion: W. Anderson, "Enforcement of Foreign Judgements Founded upon a cause of action Unknown in the Forum" (1993) *Int'l Comp. L.Q.* 697 at 704.

⁵⁹ The Administration of Justice Act 1920 (UK), Commonwealth Judgments (Reciprocal Enforcement) Act of 1922 (Dominica), The Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) act 1964 (BVI), Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1958 (Bermuda).

use in foreign proceedings⁶⁰. In Dominica, a unique statute also exists that affects the bringing of claims in mass tort actions⁶¹.

Notwithstanding the developments in legislation, all the countries under discussion in this chapter apply the doctrines of common law and equity in their private international law jurisprudence⁶². Each state uses the common law with some deviations in some areas. They do not directly follow English decisions per se, rather they use the legal framework of the common law and national statutes to make their own decisions⁶³. This is particularly so after the advent of the CCJ and the UK's adherence to EU law⁶⁴. The continued use of the Privy Council as the final court of appeal by most Commonwealth Caribbean Countries also has some relevance. As the final court of appeal, the Privy Council reaffirms the prominence of English decisions in the Caribbean states subjected to its authority and because of its territorial applicability, creates uniformity in the application of conflict rules⁶⁵.

2. Jurisdictional rules (*actions in personam*) in Private International Law

The rules on *actions in personam* jurisdiction within the Caribbean Commonwealth states are less diverse than their counterpart(s) in the UK and the EU. Unlike the English courts, which are subjected to three different sets of rules on jurisdiction, jurisdiction in the Commonwealth Caribbean states follows a singular set of rules—the traditional common law rules of English jurisprudence on jurisdiction. In *actions in personam*, jurisdiction is founded on three bases: by service of process pursuant to the defendant's presence in a jurisdiction⁶⁶, by voluntary submission and where the court allows service of process upon the defendant outside the jurisdiction pursuant to Order 11 of the Rules of the Supreme Court or its equivalent⁶⁷. The claimant is also required to satisfy the 'obstacle' conditions set down in *Amin Rasheed v Kuwait Insurance Company* before service is allowed.⁶⁸

⁶⁰ Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act 1981 (Barbados) enacted to give effect to the Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters 1970.

⁶¹ Transnational Causes of Action (Product Liability) Act of 1997.

⁶² G. Kodilinye and M. Kodilinye, *Commonwealth Caribbean Contract Law*, Routledge, 2013, pp. 5–6.

⁶³ *Vid.* for example Anguilla: <https://www.anguillalaws.com/Acts.asp>.

⁶⁴ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, pp.13–14.

⁶⁵ *Ibid.* At the time of writing, Barbados, Belize and Guyana are the only contracting parties to the CCJ who have adopted it as their final court of appeal instead of the JCPC. It is argued that in relation to these three states, the CCJ creates uniformity in the conflict jurisprudence of those states.

⁶⁶ The focus on presence is different to the establish trend in EU states to establish jurisdiction based upon the defendant's domicile. The requirement of presence is arguably easier to satisfy than the requirement of domicile.

⁶⁷ Order 11 RSC is now mainly subsumed by Part 7 the ECSC Civil Procedure Rules 2000.

⁶⁸ 3 WLR 241. W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, p. 132. In relation to service *ex juris*, Anglo–Caribbean courts would not allow service *ex juris* if such service would be contrary to local legislative provisions: *McCarthy v. Pawan*

As an exception to the traditional rules of jurisdiction, an Anglo–Caribbean court may deny competence because the court perceives that it does not have jurisdiction over the subject matter of the dispute. Anderson argues that the subject matter exception is linked to the idea that if an action is based on rules or situations to which the interests of a foreign state is paramount, the courts of that foreign state should have exclusive jurisdiction over that action⁶⁹.

The exception is typically exercised in two main types of cases. First, where the questions of law of a cause of action is the public law of a foreign state such as tax law⁷⁰. Second, where the court is asked to adjudicate on matters relating to property in a foreign state. This second category has been expanded beyond land disputes to include intellectual property and copyright law⁷¹.

3. *Forum Non Conveniens* and Restraint of Foreign Actions in the Commonwealth Caribbean

A) *Forum non Conveniens*

As with the jurisdictional rules, the concept of *forum non conveniens*, has been adopted into the legal systems of the Commonwealth Caribbean⁷². Indeed the *Spiliada* approach is recognised as the *locus classicus* of the principle in the Bahamas⁷³.

Despite its incorporation within the legal systems, its assimilation into the legal hierarchy has not been without fault. Two major objections exist as to its suitability in the legal systems of the Commonwealth Caribbean. Anderson argues that the elements of the principle and the understanding of its judicial existence have been misunderstood in Caribbean jurisprudence⁷⁴. A typical example can be seen in the High Court of Barbados's approach to the case of *The Cooper Stevedoring Co. Inc. v The Owners, Master and Crew of the Ship M.V. Passat Bonaire*⁷⁵. In *Cooper*, the plaintiff, a foreign company incorporated in the USA, instituted proceedings against the owners, master and crew of a foreign vessel, *M. v. Passat Bonaire* which was registered in Curacao, claiming remuneration for stevedoring services provided in the ports of Houston and New Orleans. The High Court of Barbados nevertheless

⁶⁹ *Ibid* at p. 122.

⁷⁰ *Vid. Sanctis v Bowen* Unreported, High Court, Grenada, Suit No.198 of 1966 where the Grenadian High Court refused to accept competence over a tax claim on the basis that the claim was based upon the law of New York.

⁷¹ *Tyburn Productions Ltd v Conan Doyle* [1991] Ch. 75

⁷² *Societe Nationale Industrielle Aeropatiiale v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC). *Vid. also Continental Finance Trading Company S.A. v Geosurvey Holdings Limited*. Unreported. Bahamas Supreme Court, No. 230 of 1992, *Barclays Bank v Kenton Capital* (1994–1995) CILR 489.

⁷³ *Continental Finance Trading Company S.A. v. Geosurvey Holdings Limited*. Unreported. Bahamas Supreme Court, No. 230 of 1992, at 54.

⁷⁴ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, p 170.

⁷⁵ (1977) 12 Barb. LR 142.

heard and decided the case without any consideration of whether Barbados was a suitable forum for the dispute.

The other major hurdle lies in the reconciliation of the principle with the guarantees afforded by the constitutions of the Caribbean states. It has been argued that the *forum non conveniens* principle, in its entirety, cannot be reconciled with the constitutional right of access to court and protection of the law guaranteed under the constitutions of the Caribbean states⁷⁶. The crux of Anderson's argument is that these constitutional guarantees create a procedural right and that this procedural right is designed to support proceedings relating to the determination of a dispute. As *forum non conveniens* litigation is not geared towards a determination of the merits of a claim, it solely interferes with this procedural right⁷⁷. It is also arguable that insofar as the principle creates or fosters a delay in the determination of a party's civil rights and obligations, this would constitute an infringement of the constitutional guarantees mentioned above⁷⁸. Despite this, the continued application of the principle within Caribbean states has led some commentators to describe the evolution of the Caribbean jurisprudence on this principle as "unconscious"⁷⁹.

It is submitted that it is this potential for constitutional infringement that creates unease amongst civil law systems in Continental Europe about the concept and one of the reasons why it has no operation in the courts of EU states under the scope of the Brussels and Lugano regimes.

The operation of the *forum non conveniens* doctrine within Commonwealth Caribbean legal systems has also been severely curtailed by legislative efforts in some states. Of particular note, is the passage of the Transnational Causes of Action (Product Liability) Act 1997 ("TCA") in the Commonwealth of Dominica. After the refusal of court to exercise jurisdiction in the case of *Delgado v. Shell Oil*⁸⁰, the TCA was passed to provide a forum for nationals of the Caribbean who suffered harm caused by exposure to the fumigant dibromocloropropane (DBCP). The TCA is limited in scope as it applies only to transnational product liability actions brought against a foreign defendant where: (a) any such action was dismissed in a foreign forum on the basis of *forum non conveniens*; or (b) on the basis of comity or other similar basis to the effect that the Courts in Dominica provide a more conven-

⁷⁶ W. Anderson, "Forum non Conveniens and the Constitutional Right of Access: A Commonwealth Caribbean Perspective" (1993) 2 *Journal of Transnational Law and Policy* 51. *Vid.* also, W. Anderson, "Forum Non Conveniens Strikes Again!" (1998) 23 (3) *Journal of Eastern Caribbean Studies* 76. Relevant constitution examples include the Barbadian Constitution Ch. III, § 11(C); Trinidad & Tobago Constitution Ch. 1, Pt. 1, § 4(B), St. Kitts and Nevis Constitution § 3(A).

⁷⁷ W. Anderson, "Forum non Conveniens and the Constitutional Right...", *loc. cit.*, p. 51. *Vid.* also, W. Anderson, "Forum Non Conveniens Strikes Again!", *loc. cit.*, p. 79. A.L. at 10 (citing *Spiliada*, [1987] 1 App. Cas. at 464).

⁷⁸ W. Anderson, *Elements of Private International Law* (The Caribbean Law Publishing Company, 2003) p 181.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ 890 F. Supp. 1324 (S.D. Tex. 1995).

ient forum for trial of the action⁸¹. Section 4(1)⁸² of the TCA in effect, abolishes the *forum non conveniens* principle in relation to transnational product liability actions where the plaintiff sues as of right⁸³. Anderson argues that through this limited abolition of the doctrine, the constitutionality of the right of access provision in the Dominican constitution is affirmed whilst avoiding any impingement upon the independence of the judiciary⁸⁴.

B) *Lis Alibi Pendens*

The concept of *lis alibi pendens* forms part of the common law jurisprudence of the Commonwealth Caribbean states⁸⁵. Unlike the approach taken in civil law jurisdictions within the EU⁸⁶, the concept of *lis alibi pendens* is not a stand-alone doctrine but rather a part of the wider *coveniens* principle used by the courts to determine their suitability as a forum for a dispute. In *Owens Bank v Bracco*⁸⁷ the Vincentian court took the view that irrespective of the commencement of proceedings in Italy, St. Vincent was still the most standard forum for the dispute.

C) Restraining Foreign Actions

As with most common law jurisdictions, Commonwealth Caribbean courts can restrain foreign proceedings via the use of anti-suit injunctions. The grant of an anti-suit injunction in the Commonwealth Caribbean courts is governed by the principles espoused by Lord Goff in *Societe Nationale Industrielle Aeropatielle v Lee Kui Jak*⁸⁸.

4. Enforcement of Judgements

The enforcement of foreign personal judgments in the Commonwealth Caribbean is facilitated through a mixture of Conventions and Treaties, common law and

⁸¹ Section 3 TCA.

⁸² Section 4(1) provides that “subject to subsection (3) where the High Court or Court of Appeals in Dominica has jurisdiction to hear a civil matter, the Court shall assume jurisdiction in all cases to which this Act applies and shall not dismiss or stay proceedings on the basis of forum non conveniens, comity or any similar basis”.

⁸³ *Vid.* W. Anderson, “Forum Non Conveniens Checkmated? – The Emergence Of Retaliatory Legislation” (2001) 10 *Journal of Transnational Law & Policy* 183 at 195.

⁸⁴ *Ibid.*, at 198.

⁸⁵ *Vid. McHenry v Lewis* (1882) 22 Ch.D 397. *Vid.* also *Touche Ross and Company v Bank Intercontinental Limited* [1987] CILR 268 (Cayman Islands).

⁸⁶ *Vid.* also a similar approach under Brussels Regulation 44/2001.

⁸⁷ Unreported. High Court, St. Vincent and the Grenadines, Suit No. 287 of 1981.

⁸⁸ [1987] AC 871.

national legislation⁸⁹. The established trend in the Caribbean states in relation to enforcement legislation is to give recognition and enforcement to the judgements of a foreign country who is prepared to offer similar treatment to the Caribbean states' judgements. The Eastern Caribbean Supreme Court Civil Procedure Rules 2000 (CPR) provide a comprehensive framework for the enforcement of judgments and orders in Parts 43–55⁹⁰. The CPR rules work alongside national legislative provisions within the jurisdictions it is applicable to and set out the practical requirements to achieve enforcement of a foreign judgement in state.

In addition to the complexities of using a concoction of common law and statute to govern enforcement of foreign judgements, particular aspects of the Commonwealth Caribbean enforcement regime are of concern. Under the common law of the Caribbean states, there is no merger of the original cause of action with the enforcement action. Claimants are therefore doubly advantaged in that once they are successful in the foreign court, they are provided with the choice of either selecting to pursue their action against the defendant in the Caribbean either based on the original cause of action or based on the foreign judgement⁹¹. Although clearly advantageous to a claimant, this legal consequence jeopardises the finality of any court decision and may deny a party's right to utilise the benefit of estoppel⁹².

Another concern lies in the constitutional implications of the current foreign judgements enforcement regime. Anderson argues that the current rules on enforcement of a foreign decision on the rights and obligations of a citizen of a Commonwealth Caribbean state may infringe the constitutional guarantees of right of access to courts and the protection of the law⁹³.

VI. Conclusion

As can be seen from the above discussion, the jurisprudence within the Commonwealth Caribbean territories and British Overseas territories is in a state of continuous evolution. With the current efforts to achieve regional integration and

⁸⁹ *Vid.* fn. 6 and above for examples of enforcement legislation. In some instances, Caribbean states which have not signed up to a specific Convention, may give effect to that Convention / Treaty through national legislation—See for example the Arbitration Act 1991 of the British Virgin Islands. The Agreement establishing the Caribbean Court of Justice is a typical example of treaties being used to facilitate foreign judgment enforcement— *Vid.* particularly Art. XXVI(a) of the agreement.

⁹⁰ *Vid.* also CPR r 72.2 on the registration requirements for a foreign judgement. Similar

⁹¹ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, p. 207. The effect of registration of a foreign judgement imposes costs obligations upon a claimant. Furthermore, specific provisions on restrictions of actions brought under reciprocal enforcement legislation may restrict a claimant's choice under this rule. (see Anderson, *Ibid.*) Statutory examples include: s.13 of the Foreign and Commonwealth Judgments (Reciprocal Enforcement) Act (Cap. 201) (Barbados), S.3(3), The Judgements (Foreign) (Reciprocal Enforcement) Act (Cap. 184) (Jamaica).

⁹² *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner and Keeler Ltd (No.2)* [1967] 1 AC 853 at 966.

⁹³ W. Anderson, *Elements of Private International Law*, *op. cit.*, p. 210.

cooperation, dynamism is likely to remain on the agenda.

DÉPARTEMENTS ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES FRANÇAISES DANS L'ESPACE CARAÏBE

Bertrand ANCEL

Sommaire : I. Territoire et population. II. Sources nationales et européennes. III. La loi, la jurisprudence, la doctrine. IV. Le facteur européen. V. Sources internationales. 1. Les traités multilatéraux.: A) Conférence de La Haye de droit international privé ; B) Organisation des Nations Unies ; C) Cnudci ; D) Unidroit ; E) Commission internationale de l'état civil. 2. Conventions bilatérales.

I. Territoire et population

1. La souveraineté française aujourd'hui dans l'espace OHADAC s'exerce sur quatre groupes insulaires et un territoire continental, habités par une population d'environ un million et cent mille habitants.

Les trois circonscriptions les plus peuplées sont celles de la Martinique et de la Guadeloupe, au nord des Petites Antilles (chacune réunissant de part et d'autre de la Dominique environ 400 000 habitants sur respectivement 1128 Km² et 1628 Km²), et la Guyane, entre Brésil et Surinam, avec sur 83 846 Km² environ 250 000 habitants, auxquels il faut ajouter un nombre important, plusieurs dizaine de milliers, d'étrangers en situation irrégulière ; les circonscriptions de Saint-Barthélemy et Saint-Martin sont nettement moins peuplées et moins étendues ; la première regroupe sur 25 Km² environ 9000 habitants et la seconde qui ne couvre qu'une partie de l'Île de Saint Martin (et quelques îlets) accueille sur 53 Km² environ 37 000 habitants, l'une et l'autre comportant une population plus âgée et réunissant une forte proportion d'étrangers (12% à Saint Barthélemy et 32% à Saint Martin).

La prospérité économique relative de ces cinq territoires est inégale. L'échelle du PIB par tête semble descendre du plus petit vers le plus étendu ; en haut se trouve en effet Saint-Barthélemy atteignant €26 000 et, en bas, la Guyane qui ne dépasse guère les €14 000, tandis que Martinique et Guadeloupe oscillent autour de €20 000 (un peu plus pour la première et un peu moins pour la seconde) ; les chiffres pour Saint-Martin sont trop anciens pour être mentionnés. Cependant ces données statistiques ne peuvent en occulter d'autres : le chômage dans les trois Départements tend à dépasser les 20% tandis que les emplois dans la fonction publique représentent plus de 10% de la population active... et que la croissance économique, là où elle a pu être observée encore au début de la présente décennie, tend aujourd'hui à s'essouffler...

Au sein de la République dont elles sont parties intégrantes, ces cinq collectivités ont des statuts différents. La Guadeloupe et ses îlets, la Martinique et ses îlets, la Guyane sont des « Départements et Régions d’Outre mer » (DROM) relevant de l’art. 73 de la Constitution de 1958, tandis que Saint Barthélemy (et ses îlets), et la partie française de Saint Martin (et ses îlets) sont des « Collectivités d’Outre mer » relevant de l’art. 74 de ladite Constitution.

La différence tient à l’organisation de la gouvernance et de la représentation politique, aux institutions administratives et au degré d’autonomie par rapport aux composantes du territoire métropolitain. A la fois Départements et Régions, Guadeloupe, Guyane et Martinique fusionnent à cet égard les éléments du modèle métropolitain ; Saint-Barthélemy et Saint-Martin, quoique associées l’une à l’autre sur le plan de la gestion administrative (il y a une préfecture commune établie à Saint-Martin), sont parfaitement distinctes l’une de l’autre sur le plan des institutions et jouissent l’une et l’autre d’une autonomie supérieure à celle des Départements et Régions, spécialement dans le domaine de la fiscalité, dans celui de l’urbanisme, de l’environnement, du tourisme, etc .

2.-3. Néanmoins, en principe, dans les domaines qui n’ont pas été réservés à la compétence des institutions locales et notamment dans les matières de droit privé, les lois et règlements adoptés au niveau national sont applicables de plein droit dans toutes ces parties du territoire de la République, de sorte que le droit international privé n’y est pas différent de celui qui a cours dans les Départements de la métropole et dans les Départements Régions d’Outre mer ; le principe d’identité ou d’assimilation législative, d’une part, maintient donc jusqu’à présent ces territoires au sein de la famille à laquelle appartient le droit français (romano germanique, *civil law*, « droit français ») et, d’autre part, ne remet pas en cause l’unité du droit international privé de la République. Il faut seulement signaler que ce principe d’identité autorise néanmoins des « adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités » (art. 73 de la Constitution, v. aussi pour Saint-Barthélemy et Saint-Martin, art. 74 de la Constitution et art. LO 6213-1 et 6313-1 du Code gén. coll. terr.¹), mais cette possibilité ne semble pas avoir été exploitée jusqu’à présent pour le droit international privé.

¹ Ces dispositions du Code général des Collectivités territoriales énoncent en des termes semblables : « Les dispositions législatives et réglementaires sont applicables de plein droit à Saint-Barthélemy (Saint-Martin), à l’exception de celles intervenant dans les matières qui relèvent de la loi organique en application de l’art. 74 de la Constitution ou de la compétence de la collectivité en application de l’article LO 6214-3 (LO 6314-3).

L’applicabilité de plein droit des lois et règlements ne fait pas obstacle à leur adaptation à l’organisation particulière de la collectivité de Saint-Barthélemy (Saint-Martin).

Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, les lois et règlements relatifs à l’entrée et au séjour des étrangers ainsi qu’au droit d’asile ne sont applicables à Saint-Barthélemy (Saint-Martin) que sur mention expresse. »)

Cependant un facteur de diversification est intervenu le 1^{er} janvier 2012. Depuis cette date, la collectivité de Saint-Barthélemy se distingue des autres en ce qu'elle est sortie du territoire de l'Union européenne, passant du statut de Région Ultra-Périphérique (RUP) qu'elle partageait avec Saint-Martin et les Départements et Régions d'Outre mer, au statut de Pays et Territoire d'Outre mer (PTOM²) ; elle y a gagné la compétence douanière et aussi d'être désormais affranchie des normes européennes³. Depuis le 1^{er} janvier 2012, les directives et règlements de l'Union ne sont donc plus applicables sauf *opting-in* du pouvoir législatif local et sauf ceux qui garantissent ou renforcent les droits afférents à la citoyenneté de l'Union. C'est là une donnée dont il faut désormais tenir compte sur le terrain des sources du droit international privé étant donné la fécondité des institutions de l'Union en ce domaine.

4. Sous la réserve qui vient d'être indiqué et dont il faudra mesurer la portée, les sources du droit international privé français dans l'espace OHADAC sont donc celles-là mêmes qui ont alimenté le système actuel de droit international privé de la Métropole.

A l'intérieur de ce système il convient de distinguer, d'une part, les sources nationales, desquelles sont inséparables les sources européennes, et d'autre part, les sources internationales.

² Les pays et territoires d'outre-mer, dont le statut a été créé dès le traité de Rome en 1957, ne font pas partie de l'Union européenne et ne sont pas membres de l'espace Schengen bien qu'ils dépendent de pays en faisant partie.

Le régime applicable à ces pays et territoires est celui d'une association renforcée avec l'Union européenne et fait l'objet de la quatrième partie du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 198 à 204, lesquels ont remplacé en 2009 les articles 182 à 188 de l'ancien traité sur la Communauté européenne), mais ils ne rentrent pas directement dans le territoire de l'Union, au contraire des régions ultrapériphériques de l'Union européenne. Toutefois, tous les citoyens de ces pays et territoires et qui disposent de la citoyenneté d'un État membre de l'Union disposent automatiquement de la citoyenneté européenne (ils sont donc électeurs au Parlement européen et participent donc aux élections de leurs représentants nationaux ou régionaux, même si leur territoire n'est pas dans l'Union européenne mais seulement associé à elle grâce à leur statut de PTOM, et même si le droit européen ne s'impose pas à eux ou à leur territoire).

Le droit dérivé communautaire ne s'applique pas directement aux pays et territoires d'outre-mer, mais ils peuvent bénéficier de fonds européens de développement de la Banque centrale européenne.

Bien que la législation européenne ne s'y impose pas (sauf si la législation nationale ou locale prévoit d'appliquer certaines dispositions communes), leurs citoyens nationaux disposent de la citoyenneté européenne et participent aux élections des représentants de leur pays au Parlement européen. Un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne a condamné les Pays-Bas qui n'accordaient pas le droit de vote aux élections européennes aux habitants d'Aruba³. Ce même droit communautaire impose également aux États membres de l'Union de permettre à tous leurs citoyens de voter aux élections européennes, même lorsqu'ils résident hors de leur territoire national ou même hors du territoire de l'Union.

³ Cette sortie du territoire de l'Union européenne n'empêche pas de conserver, les droits relatifs à la citoyenneté européenne (déterminée par la nationalité française) ni l'utilisation de l'euro comme monnaie ayant cours légal. L'euro est donc l'unique monnaie officielle, même si le dollar américain est accepté dans nombre de commerces au taux de change du jour.

II. Sources nationales et européennes

Le Code civil des Français ou Code Napoléon de 1804 a consommé en son temps la rupture avec la vue traditionnelle d'un droit international privé universaliste, c'est à dire constitué de règles supra-étatiques communes à l'ensemble des ordres juridiques ; cette nouvelle orientation particulariste est désormais et de longue date adoptée par l'ensemble des Etats : sous réserve de celles qui sont issues de traités internationaux, les règles de droit international privé sont des règles de droit national issues des sources nationales du droit, opérant essentiellement dans l'intérêt de l'Etat qui les édicte. Cependant, cette conception ne permettait pas à la discipline de remplir parfaitement son office, notamment du point de vue des intérêts privés qui appellent une certaine unité et continuité de traitement sur le plan international ; cet objectif restait hors de portée d'un système conçu pour complaire au seul point de vue d'un Etat légiférant en toute souveraineté, dans l'indifférence aux positions des autres Etats, alors que les situations soulevant des questions de conflits de lois ou de conflits de juridictions, par hypothèse, se développent simultanément dans plusieurs ordres juridiques. Aussi bien, dès le dix-neuvième siècle, la jurisprudence s'efforça de tempérer les effets de cette option et elle a trouvé depuis le renfort de la Communauté, puis Union européenne – au regard de laquelle l'harmonie des solutions représente un facteur de cohésion et d'efficacité de première importance. Il ne faut donc pas être surpris que la nomenclature traditionnelle – à la vérité très restreinte – des sources nationales dans le domaine du droit international privé se singularise par rapport à ce qui s'observe dans les autres composantes du système juridique français.

III. La loi, la jurisprudence, la doctrine

Dans l'optique positiviste légaliste qui dominait encore au début de vingtième siècle, la loi était la source du droit par excellence ; la coutume n'avait qu'un rôle subsidiaire de complément tandis que la jurisprudence et la doctrine étaient réputées stériles. Cette articulation des sources n'a jamais fonctionné en droit international privé. Le Code civil avait été trop discret en la matière ; il ne propose que quelques dispositions éparses, dont l'économie générale contredit d'ailleurs le concept même de codification ; si bien qu'il a fallu que les juges, dans le respect mais le plus souvent à côté de ces dispositions lacunaires, ont dû inventer ou réinventer la discipline sans d'ailleurs trouver grand secours du côté de la coutume au sens propre du terme. La jurisprudence s'est donc révélée être la source principale, rôle qu'elle a pu remplir avec brio grâce à l'attention et au travail de la doctrine.

i) Le *Code civil* comporte quelques règles qui sont soit trop générales, soit trop spéciales pour constituer un véritable système. Règles générales et incomplètes :

l'art. 3 du Code civil qui se borne à indiquer grossièrement les cas dans lesquels le juge français est tenu d'appliquer la loi française (loi de police, immeuble situé en France, état et capacité des Français), articles 14 et 15 affirmant de manière imprécise la compétence des tribunaux français à l'égard des plaideurs Français, art. 2123 subordonnant la force exécutoire des décisions étrangères à l'obtention d'un jugement français, etc. Règles spéciales : art. 170 autorisant le Français à l'étranger à se marier dans les formes usitées dans le pays, art. 999, autorisant le Français à l'étranger à tester dans les formes usitées dans le pays, art. 980 subordonnant à la nationalité française la capacité d'être témoin de la rédaction d'un testament public etc. Tout cela était bien insuffisant et si le législateur a pu apporter d'autres éléments notamment au vingtième siècle, il ne s'est pas décidé à codifier la discipline. Diverses tentatives ont été amorcées en ce sens (Projet Niboyet 1950–52, Projet Batiffol–Holleaux–Ancel 1959, Projet Foyer 1967) ; aucune n'a eu de suite. Le seul domaine où s'est déployé un dessein codificateur est celui de l'arbitrage international qui ressortit au pouvoir réglementaire et non législatif ; timidement et imparfaitement en 1981, plus clairement en 2011, le code procédure civile a défini un statut moderne et structuré pour ce mode de règlement des différends⁴. Hormis cette brillante exception, c'est sans conception d'ensemble que les innovations législatives sont survenues ; elles ont apparu souvent de manière inopinée, sans préparation approfondie, à l'occasion de réformes du droit civil ou du droit commercial ; ainsi dans le Code civil : art. 311–14 et s. sur la filiation en 1972, art. 309 (ex 310) sur le divorce en 1975, art. 1837 sur les sociétés en 1978, art. 515–2 et 515–7.1 sur le pacte civil de solidarité en 2006 et 2009, art. 2221 sur la prescription en 2008, art. 202–1 et 202–2 sur le mariage en 2013 etc. A chaque fois le législateur s'est surtout préoccupé de fixer le domaine incompressible de la loi française, en fonction de la politique législative qu'il poursuivait sur le plan interne lorsqu'il réformait telle ou telle institution...

ii) Cette carence du législateur aurait laissé un espace très large à la coutume si celle-ci avait pu s'établir ; en réalité, lorsque les tribunaux ont invoqué la coutume, ils cherchaient essentiellement à masquer une jurisprudence constituée, de manière à conférer à celle-ci une légitimité qui abrite les décisions qui en faisaient application du reproche d'empiètement sur le pouvoir du législateur (v. par exemple, Cass. 19 juin 1939, *Labedan, Grands arrêts*, n°18).

iii) C'est bien la *jurisprudence* qui a été le véritable bâtisseur du système français de droit international privé. Cela apparut clairement dès que la Cour de cassation abandonna la réserve timorée qu'elle avait d'abord montrée à l'égard de la discipline, dans la première moitié du dix-neuvième siècle, lorsqu'elle se bornait à contrôler le respect des dispositions légales définissant le champ d'application de la loi française. A partir des années 1860, elle ne s'est plus contentée d'imposer de

⁴ C. pr. civ., art. 1504 et s.

strict respect de la lettre de la loi, elle s'est efforcée de lui donner de l'esprit. C'est ainsi qu'elle a admis, bien après l'arrêt *Busqueta* de la Cour de Paris de 1814⁵, la bilatéralité des règles de conflit légales, qu'elle a revigoré dans le silence du Code nombre de solutions traditionnelles (par exemple en matière de loi applicable au régime matrimonial : *Orsini*, Civ. 11 juillet 1855⁶ ou en matière de reconnaissance des décisions : *Bulkley*, Civ., 28 février 1860⁷), qu'elle a dégagé des voies de neutralisation des dispositions apparemment les plus restrictives (en matière de compétence des tribunaux français) et surtout qu'elle a progressivement mis en place une théorie générale des conflits de lois et des conflits de juridictions, beaucoup moins particulariste, en isolant et résolvant les questions du renvoi (la célèbre affaire *Forgo*⁸), de la qualification⁹, de l'ordre public¹⁰ et, plus péniblement, de la condition de la loi étrangère¹¹. Ainsi face aux difficultés que soulevaient les causes dont elle était saisie, elle ne s'est pas limitée à définir des solutions particulières aux espèces, elle a peu à peu construit un véritable système de droit international privé. Au demeurant, son rôle ne doit pas seulement être apprécié sur la base des résultats directs de son action, il se mesure aussi aux réactions qu'elle a suscitées chez le législateur. A diverses reprises, celui-ci a combattu la jurisprudence, sans doute par lui jugée trop peu attentive à la poursuite de ses propres politiques législatives ; ainsi l'art. 314 du Code civil, imposant l'application de la loi personnelle de la mère comme rattachement de principe de l'établissement de la filiation, l'art. 309 prescrivant l'application de la loi française du divorce aux époux dès lors qu'ils sont domiciliés en France, abstraction faite de leur commune nationalité étrangère, l'art. 202-1 al. 2 écartant le rattachement distributif par la nationalité en faveur des personnes de même sexe lorsque la loi nationale de l'une d'entre elles prohibe le mariage homosexuel, etc.

iv) Evidemment, ces réactions du législateur ont le plus souvent encouru les critiques de la *doctrine*. C'était inévitable tant la jurisprudence paraît avoir partie liée avec la doctrine.

Le fait est que si les tribunaux et, à leur tête, la Cour de cassation ont pu mettre en place un système cohérent de droit international privé, c'est en grande partie parce que depuis les années 1880, la doctrine s'est astreinte à penser le droit autrement qu'à travers l'hypothétique et aléatoire intention d'un législateur aussi frileux qu'impulsif ; les auteurs se sont appliqués à déceler la signification des solutions

⁵ Paris, 13 juin 1814, *Grands arrêts*, n°1.

⁶ S. 1855. I. 699.

⁷ *Grands arrêts*, n°4.

⁸ Cass. Civ. 24 juin 1878 et Req. 22 février 1882, *Grands arrêts*, n°s 7-8.

⁹ Alger, 24 décembre 1889, *Bartholo*, Cass. civ. 22 juin 1955, *Caraslanis*, *Grands arrêts*.

¹⁰ *Lautour*, Civ. 25 mai 1948, *Grands arrêts*, n°19.

¹¹ Le recueil des *Grands arrêts* atteste les hésitations de la jurisprudence en retenant sur cette question aux multiples ramifications pas moins de 10 décisions, allant de l'arrêt *Bisbal*, 12 mai 1958 n°32 à l'arrêt *Société Itraco*, 28 juin 2005...

dans l'application qui en était faite concrètement et réellement et tout ce travail d'élucidation les a naturellement portés à dégager et formuler des solutions générales, des principes dont les juridictions en retour ont su faire leur profit. Facilité et enrichi par l'accueil à la Cour de cassation de maîtres de l'Université (tels qu'Aubry et Rau, Lerebours-Pigeonnière, Ponsard), par la création d'enceintes d'échange (tel le *Comité français de droit international privé*, à l'initiative de J.-P. Niboyet), par la stature intellectuelle d'un certain nombre de magistrats et par la persévérance de publications périodiques spécialisées diffusant décisions et commentaires, articles et chroniques (tels le *Journal du droit international* et la *Revue critique de droit international privé*), ce dialogue intense et continu a permis la structuration de la jurisprudence et de la discipline.

Mais depuis quelques décennies déjà, vient peser sur le développement des sources internes un facteur désormais envahissant : le facteur européen.

IV. Le facteur européen

Le facteur européen agit sous la double enseigne de l'Union Européenne et du Conseil de l'Europe, spécialement quant à ce dernier sur le terrain de la protection-promotion des droits de l'homme.

i) L'influence du *Conseil de l'Europe* sur le droit international privé français s'exerce essentiellement par le truchement des mécanismes institués par la Convention de Rome de 1950 : La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Bien que celle-ci ne vise pas spécialement les relations privées internationales, elle s'y applique et la Cour européenne des droits de l'homme, par une interprétation offensive des droits et libertés protégés, a pu dénoncer un certain nombre d'atteintes qui seraient imputables à la teneur de règles de conflit de lois ou de conflit de juridictions¹². Ces décisions dont, en principe, l'autorité est limitée à la cause qui les a suscitées, exercent cependant une influence diffuse sur les tribunaux et sur le législateur. Par exemple, la jurisprudence française relative à la non-reconnaissance des répudiations homologuées à l'étranger se fonde sur l'art. 5 du Protocole du 22 novembre 1984, n°7 additionnel à la Convention¹³, tandis que, au bout de deux siècles, le Conseil constitutionnel découvre dans l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 une violation du principe de non-discrimination qui résulterait de l'attribution aux seuls héritiers de nationalité fran-

¹² CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, p. 106, note L.-L. Christians ; 29 avril 2008, *Mc Donald*, *Journ. dr. int.*, 2009, p. 193, note F. Marchadier, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008, p. 830, note P. Kinsch ; 28 juin 2007, *Wagner*, *Journ. dr. int.*, 2008, p. 183, note L. d'Avout, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007, p. 807, note P. Kinsch ; 6 juillet 2010, *Green et Farhat*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, p. 665, note L. d'Avout, 18 novembre 2010 *Romanczyk*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, p. 675, note L. d'Avout, 3 mai 2011, *Negrepointis*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, p. 889 et comm. P. Kinsch, p. 817.

¹³ Cass. Civ ; 1^{re}, 17 février 2004, *Grands arrêts*, n° 64.

çaise d'un droit de prélèvement leur garantissant, contre la loi étrangère de la succession, le bénéfice des dispositions de la loi française¹⁴. Ainsi, la vie familiale normale, l'égalité des époux, la protection juridictionnelle effective, la non-discrimination, le droit de propriété etc, forment l'objet d'autant de principes qui s'imposent aux solutions du droit international privé français, que ce soit par la voie législative ou réglementaire ou que ce soit par les moyens, tel l'ordre public, à la disposition des tribunaux. En somme, le droit international privé français est passé sous le contrôle des droits de l'homme.

ii) Plus manifeste encore est l'action du droit de l'*Union européenne*, car celui-ci ne se contente pas d'exercer avec le droit primaire une influence diffuse par voie de contrôle, il produit en outre, de manière directe ou semi-directe avec le droit dérivé, des normes de droit international privé complétant ou remplaçant l'appareil normatif de chaque Etat membre.

«Système juridique propre, intégré aux systèmes juridiques des Etats membres»¹⁵, le droit de l'Union européenne rejoint les sources nationales auxquelles il s'associe et qu'il prétend dominer¹⁶. En conséquence, les solutions que celles-ci déterminent dans le domaine du droit international privé sont subordonnées aux objectifs substantiels du droit de l'Union et notamment au développement des libertés communautaires (circulation des personnes, des marchandises, des services, des capitaux ; liberté d'établissement ; libre concurrence etc.), au bon fonctionnement du marché intérieur, à la réalisation de l'« espace de liberté, sécurité et justice ». Ainsi est-il permis de s'interroger sur le temps de survie dont jouit encore le rattachement des sociétés par le siège social réel, que sa faible compatibilité avec les exigences de la liberté d'établissement et de la liberté de prestations de service¹⁷ semble vouer à s'effacer devant le critère du siège statutaire ; ainsi, encore au nom de liberté d'établissement et de la liberté de circulation, a été récusé le principe de la primauté de la nationalité du for sur une question d'état et de capacité des

¹⁴ C. Const. 5 juillet 2011, *Dame Elke B.*, *Journ. dr. int.*, 2012, p. 135, note S. Godechot-Patris, *Dr. & Patr.*, n^{os} 209, 211, 93, obs. M.-E. Ancel, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2013, 457, note B. Ancel ; le Conseil ne mentionne pas la Convention de 1950, mais s'appuie sur une disposition (l'art. 6) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont l'éveil en matière de droit privé est imputable au mouvement lancé par la CEDH.

¹⁵ *Costa c. Enel*, 1964

¹⁶ Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *Grands arrêts*, n^o 55 énonçant que le traité CE du 25 mars 1957 « institue un ordre juridique propre intégré à celui des Etats membres ; qu'en raison de cette spécificité l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et s'impose à leur juridiction ». *Vid.* aussi Cons. d'Et., 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Grands arrêts*, n^o 56.

¹⁷ CJCE, 9 mars 1999 *Centros*, *Journ. dr. int.*, 2000, 484, note M. Luby, 5 novembre 2002, *Überseering*, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003, p. 508, note P. Lagarde

personnes, la détermination du nom patronymique, concernant un « bi-national » et relevant en principe de la loi nationale de l'intéressé¹⁸.

L'intégration du système juridique de l'Union se traduit aussi et de manière de plus en plus importante par la production de normes de droit dérivé. Initialement le droit international privé français n'avait été affecté que par la voie intergouvernementale qui s'est révélée d'une efficacité limitée ; elle a néanmoins débouché sur deux instruments remarquables : la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (et ses avatars successifs) conclue en application de l'art. 293 CE et la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Mais l'évolution de la Communauté européenne et sa métamorphose en Union européenne ont au fil des traités de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1999) puis de Lisbonne (2009) considérablement accru le champ d'intervention du droit dérivé, spécialement sous la forme des Règlements. Déjà quelques directives comportaient des dispositions de droit international privé qu'il incombait à chaque Etat membre de transposer. Alors que certaines, les moins nombreuses, représentent des tentatives d'uniformisation des solutions de conflit de lois (telles les Dir. 88/357/CEE et 92/42 relatives à l'assurance non-vie, et 90/619 et 92/96 sur l'assurance vie), d'autres constituent des normes d'encadrement et d'orientation en matière contractuelle :

Dir. 93/13/ CEE concernant les *clauses abusives* dans les contrats conclus par les consommateurs (art. 6§2 garantissant à ceux-ci lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres la protection de la directive au besoin à l'encontre du choix de la loi d'un pays tiers par les parties, alors que la Dir. 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs s'en remet au Règlement Rome I),

Dir. 97/7/ CE sur les *contrats à distance*,

Dir. 94/47/CE concernant la protection des acquéreurs d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers (*Timeshare*),

Dir. 96/71/CE sur le *détachement des travailleurs* dans le cadre d'une prestation de services,

Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le *commerce électronique*...

Mais cette technique législative est aujourd'hui moins ambitieuse, relayée à vrai dire par la voie des Règlements de plus en plus utilisée depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam dont l'art. 61, affirmait le pouvoir du Conseil, dans le domaine de la coopération judiciaire, de favoriser la compatibilité des règles de conflit de lois et de conflits de juridictions, et a été interprété de manière extensive. Cet art. 61 qui se retrouve aujourd'hui dans l'art. 81 TFUE, a servi de base au reformatage du droit conventionnel.

¹⁸ CJCE 2 octobre 2003, *García Avello*, *Journ. dr. int.*, 2004, p. 1219, note S. Poillot-Peruzzeto, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004, p. 184, note P. Lagarde

La convention de Bruxelles est ainsi devenue le Règlement 44/2001, dit Bruxelles I, dernièrement refondu en Bruxelles I bis, (UE) 1215/2012 ; la Convention de Rome est devenue le Règlement Rome I, (CE)593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Les conventions négociées mais non ratifiées en matière de procédure d'insolvabilité et de compétence reconnaissance, exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale sont devenues des Règlements (CE) n° 1346/2000 et (CE) n°1347/2000, lequel a d'ailleurs été abrogé et remplacé par le Règlement (CE) 2201/2003 ;

Il faut encore mentionner les Règlements¹⁹

- (CE) n°864/2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II)
- (CE) n°4/2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaire
- (UE) n°1259/2010 instaurant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce (Rome III)
- (UE) n°650/2012 relatif aux successions internationales (applicable au 17 août 2015)... en attendant un futur règlement relatif aux régime matrimoniaux.

Il apparaît ainsi que les sources nationales traditionnelles sont de plus en plus largement concurrencées et même évincées par les sources européennes. La communautarisation du droit international privé français peut sembler irrésistible ; elle constitue indéniablement un facteur de complexité. Mais sur ce terrain, il faut encore relever l'intervention de sources internationales.

V. Sources internationales

5. Pas plus que les sources nationales et européennes, les sources internationales du droit international privé français ne sont systématisées. Sans doute, par précaution, faut-il y faire figurer la coutume et la jurisprudence internationale, quoique de celles-ci il soit malaisé de dégager des règles ; tout au plus peut-on déceler des tendances auxquelles il n'est pas toujours inconvenant de se rallier. Le gisement

¹⁹ Auxquels s'ajoutent des Règlements intéressant les seules relations intra-européennes :

- (CE) n°1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale.
- (CE) n°1206/2001 sur l'obtention des preuves.
- (CE) n°805/2004 instituant le titre exécutoire européen.
- (CE) n°1386/2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer.
- (CE) n°86/2007 instituant une procédure de règlement des petits litiges.

normatif principal est constitué par le droit conventionnel, spécialement celui qui est issu des traités multilatéraux.

1. Les traités multilatéraux.

Ces instruments sont le fruit des travaux d'organismes internationaux auxquels la France participe. Les plus importants méritent d'être signalés ; à cette fin sont indiquées ci dessous et classées selon leur origine les principales conventions auxquelles la France est actuellement partie.

A) Conférence de La Haye de droit international privé

i) Conventions en matière de conflits de juridictions : Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile ; Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers ; Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale ; Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires ; Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice ; Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

ii) Conventions en matière de conflits de lois : Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants ; Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires ; Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière ; Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ; Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ; Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation ; Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits ; Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

iii) Convention mixtes : Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ; Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes ;

B) Organisation des Nations Unies

Convention de Genève du 26 septembre 1927 sur l'exécution des sentences arbitrales étrangères ; Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ; Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides ; Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger ; Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (avec une annexe) signée à Genève le 21 avril 1961 ; Convention de Vienne du 24 avril 1953 sur les relations consulaires ; Convention de New York du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

C) Cnudci

Convention de New York 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales ; Convention de Vienne 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ;

D) Unidroit

Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par route, Genève, 19 mai 1956 ; Convention portant loi uniforme sur la forme d'un testament international, Washington, 26 octobre 1973 ; Convention sur l'affacturage international, Ottawa 28 mai 1988 ; Convention sur le crédit bail international, Ottawa 28 mai 1988 ;

E) Commission internationale de l'état civil

La France est membre de cette organisation dont elle accueille le siège à Strasbourg ; elle est actuellement liée par quinze des trente quatre conventions proposées à la signature. Il s'agit des conventions n°1 à 6 n°9, n°12 n°16 et 17, n°21 à 26.

2. Conventions bilatérales

C'est sans doute dans le domaine des conflits de juridictions que la pratique des conventions bilatérales est la plus développée. Il est vrai qu'elle a été favorisée par le phénomène de la décolonisation ; la présence et l'activité de nombreux citoyens français sur les territoires autrefois placés sous la souveraineté ou la protection de la France justifiaient l'institution de règles garantissant une certaine fluidité et un certaine sécurité dans le traitement des contentieux de droit privé qui pouvaient en résulter. Naturellement ces considérations valaient aussi dans les rapports avec les pays voisins de l'Hexagone. De fait, diverses conventions ont été signées avec la Belgique, le Royaume Uni, l'Espagne, la Suisse ou l'Italie, mais elles n'ont plus

aujourd'hui qu'un domaine d'application résiduel du fait de l'appartenance de ces pays à l'Union européenne²⁰.

Ces traités en matière de conflit de juridictions ont souvent un domaine assez large ; il s'agit de « conventions judiciaires » couvrant l'accès à la justice, la transmission et la remise des actes, l'obtention des preuves, la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires, la dispense de légalisation (v. par exemple la convention franco-sénégalaise du 29 mars 1974). Cependant la plupart de ces traités conclus après l'indépendance ne comportaient pas de disposition définissant les mécanismes de coopération entre les autorités alors que certains contentieux exigeaient pour leur règlement une coordination plus précise de l'action des institutions judiciaires. C'est pourquoi une seconde vague de conventions élargies ou spécialement dédiées à la question de l'enlèvement international d'enfants s'est amorcée dans les années quatre-vingt, débordant le périmètre des anciennes colonies ; ainsi ont été conclues des conventions avec le Maroc (10 août 1981), la Tunisie (18 mars 1982), Djibouti (27 septembre 1986) l'Algérie (21 juin 1988), mais aussi par exemple avec le Portugal (20 juillet 1983), l'Égypte (15 mars 1982), le Brésil (28 mai 1996), la Russie (18 novembre 2011).

Les conventions bilatérales établissant des règles de conflit de lois communes sont plus rares. A titre d'exemple on peut mentionner les conventions : France-Pologne 5 avril 1967 relative à la loi applicable, à la compétence et à l'exequatur dans le domaine du droit des personnes et de la famille ; France-Yougoslavie du 18 mai 1971 relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille, laquelle est en vigueur entre la France et les différents Etats ayant succédé à la Fédération yougoslave.

En fait, le cadre bilatéral n'est pas jugé être le plus approprié pour l'établissement sur le plan de la loi applicable d'une véritable communauté de droit ; il débouche sur des normes de conflit qui, à l'intérieur du système de droit international privé de chaque Etat partie, constituent des éléments hétérogènes.

6. Ainsi configuré, le droit international privé des territoires caribéens de la République française paraît avoir su se soustraire aux archaïsmes dont le menaçait la lettre demeurée inchangée des règles du Code Napoléon. Cependant, il n'est pas possible de se dissimuler que cette lente, progressive et parfois peu visible transformation est due principalement à une jurisprudence et à un droit conventionnel sans doute très pragmatiques, mais qui n'ont pas porté une attention particulière au problème des relations intercaribéennes : le droit international privé français des Antilles (et de la Guyane) est celui de la métropole et des autres territoires de la République, autant que l'impose le principe d'assimilation ou d'identité législative. Hors la possibilité d'adaptations locales prévue par la Constitution mais qui n'a pas

²⁰ Cette observation ne vaut évidemment pas pour la Principauté de Monaco, le Principat d'Andorre, ni la République de San Marin qui ne sont pas membres de l'Union européenne.

été encore exploitée dans le champ des conflits de lois ou de juridictions, la seule différenciation concerne la Collectivité territoriale d'Outre mer de Saint-Barthélemy qui s'étant écartée de l'Union européenne, n'est plus tenue depuis le 1^{er} janvier 2012 par les directives et règlements européens ; ainsi par exemple, puisque le Règlement UE 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de succession et à la création d'un certificat successoral européen, publié le 27 juillet 2012 au Journal officiel de l'Union européenne pour entrer en vigueur le 16 août 2012, Saint-Barthélemy reste sous le régime du droit international privé français dans sa composition au 1^{er} janvier 2012. Cette situation pourra créer quelques difficultés²¹; mais elle appelle certainement à une réflexion plus large et approfondie sur l'opportunité et la teneur d'un droit international privé régional – intercaribéen – qui ferait exception au droit international privé national. Au fond elle encourage une entreprise comme celle que représente le projet OHADAC.

²¹ Par exemple, pour les successions de personnes décédées à partir du 17 août 2015 domiciliées à Saint-Barthélemy où l'on applique la *lex rei sitae* et comportant des immeubles situés sur d'autres territoires de la République ou dans un autre Etat membre où l'on appliquera la loi de la « résidence habituelle »...

ENQUÊTE SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ DES TERRITOIRES DE L’OHADAC – L’HÉRITAGE DES PAYS–BAS¹

Lukas RASS–MASSON

Sommaire : I. Introduction: la vitalité de l’influence néerlandaise dans un contexte de multiplicité des formes d’émancipation. II. Brève description de la situation politique, sociale et économique du territoire concerné. 1. Le Suriname. 2. Aruba. 4. Curaçao. 5. Sint Maarten. 6. Bonaire. 7. Saint–Eustache (Sint Eustatius). 8. Saba. 9. Le Suriname. 10. Les pays et territoires des anciennes Antilles néerlandaises. III. Liens du système juridique avec une famille de droit déterminée. 1. Sur le plan du droit matériel (civil et commercial): A) Le Suriname ; B) Points communs aux pays du Royaume des Pays–Bas et aux communes néerlandaises à statut particulier ; C) Particularités des Îles BES (Bonaire, Saint–Eustache et Saba). 2. Sur le plan du droit international privé. IV. Système national de droit international privé [sources internes]. V. Orientations jurisprudentielles du système (Les grands arrêts de la jurisprudence en matière de droit international privé). VI. Sources internationales de droit international privé

I. Introduction: la vitalité de l’influence néerlandaise dans un contexte de multiplicité des formes d’émancipation

L’influence des Pays–Bas dans les Antilles prend politiquement des formes diverses. Le Suriname est complètement indépendant et le seul pays de ceux faisant l’objet de cette étude à être Etat membre des Nations–Unies. Aruba, Curaçao et Sint Maarten ont le statut de pays, mais restent rattachés au Royaume des Pays–Bas. Enfin, les Îles BES (Bonaire, Saint–Eustache et Saba), également appelées les Pays–Bas caribéens, sont des entités publiques faisant partie de l’Etat des Pays–Bas. Chronologiquement, les différentes formes d’émancipation des anciennes colonies néerlandaises sont allées de l’indépendance du Suriname effective depuis 1975², au

¹ Concernant la bibliographie, outre les références citées en note de bas de page et les sites web gouvernementaux et institutionnels, les sites web suivants sont également une source d’informations très utile : <http://www.doingbusinessdutchcaribbean.com/>, <http://www.dutchcaribbeanlegalportal.com/>, <http://www.curacao-law.com/> et <http://www.spigtdutchcaribbean.com/>. Tous les sites web auxquels il est fait référence dans la présente étude ont été consultés pour la dernière fois en février 2014.

² Le Suriname obtint son autonomie en 1954, à l’exception des domaines de la défense et des affaires étrangères dont les Pays–Bas conservèrent le contrôle. En 1973, le gouvernement local entama des négociations avec le gouvernement néerlandais en vue de l’indépendance, qui fut officielle le 25 novembre 1975.

statut particulier d'Aruba effectif depuis 1986³ et ont débouché sur une importante réforme de la structure du Royaume des Pays-Bas, effective depuis 2010⁴.

La réforme de 2010 s'est traduite par un important processus de refonte de la structure étatique concernant les Antilles néerlandaises⁵. La réforme a conduit à : i) l'octroi du statut de pays aux deux plus grandes îles des Antilles néerlandaises, Curaçao et Sint Maarten⁶ ; ii) la disparition des Antilles néerlandaises en tant que pays⁷ ; iii) l'établissement d'un nouveau lien direct entre les trois îles les plus petites des Antilles néerlandaises – Bonaire, Saba et Saint-Eustache – et les Pays-Bas⁸.

La réforme de la structure politique n'a pas modifié la défense des intérêts du Royaume à l'étranger, ce qui a une incidence directe sur les nombreuses conventions internationales de droit international privé éventuellement applicables dans les anciennes Antilles néerlandaises. En effet : i) les frontières extérieures n'ont pas été modifiées ; ii) les relations extérieures, tout comme la défense, restent du ressort du Royaume ; iii) l'ensemble du Royaume conserve un ministre des Affaires étrangères unique, qui garde la responsabilité en dernier ressort ; iv) le ministère des Affaires étrangères de La Haye et les postes à l'étranger continuent à assurer la représentation de l'ensemble du Royaume et de toutes ses parties ;

³ En 1983, des représentants de la Couronne néerlandaise, de chacune des îles des Antilles néerlandaises et des Pays-Bas acceptent le principe de l'autonomie de l'île d'Aruba, autonomie vis-à-vis des Antilles néerlandaises et non du Royaume. L'autonomie devient effective le 1^{er} janvier 1986. Le Royaume est alors constitué de trois entités, les Pays-Bas, les Antilles néerlandaises et Aruba. L'accord de 1983 prévoyait l'indépendance en dix ans, c'est-à-dire pour 1996, mais le gouvernement arubaï a préféré demander la suspension de cette clause, ce qui vaut encore aujourd'hui.

⁴ Vid. sur ces questions les sites du Gouvernement des Pays-Bas, « Réforme de la structure du Royaume des Pays-Bas », http://lafrance.nlabassade.org/annexes/les_services/questions-frequentes/reforme-de-la-structure-du-royaume-des-pays-bas-kopie.html et « New Kingdom structure », <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/new-kingdom-structure.html> (consultés en Février 2014); vid. également D. Kochenov, « Relation fédérale, Antilles néerlandaises, le droit européen et le fédéralisme néerlandais : une dynamique en évolution progressive » in *Destins des collectivités politiques d'Océanie*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

⁵ Ces réformes se basent sur le résultat des référendums tenus entre 2000 et 2005 dans chacune des îles des Antilles néerlandaises. Toutes s'étaient alors prononcées sans équivoque en faveur de la dissolution des Antilles néerlandaises en tant que pays, sans pour autant remettre en cause leur lien au Royaume.

Avant 2010, le Royaume se composait de trois territoires possédant un statut équivalent, celui de pays : les Antilles néerlandaises, Aruba et les Pays-Bas. Les entités situées dans les Caraïbes n'étaient donc pas des territoires d'outre-mer appartenant aux Pays-Bas, mais des partenaires autonomes à part entière au sein du Royaume. Ils définissaient librement leur propre ligne politique intérieure, à l'exception des questions de défense et de politique étrangère, qui relevaient du Royaume. Celui-ci était gouverné par le Conseil des ministres du Royaume, qui siégeait à La Haye et au sein duquel chaque pays des Caraïbes était représenté par un ministre plénipotentiaire.

⁶ Ce statut est comparable à celui qui possédait auparavant les Antilles néerlandaises et Aruba.

⁷ Le Royaume des Pays-Bas compte donc quatre, et non plus trois, pays autonomes : les Pays-Bas, Aruba, Curaçao et Sint Maarten.

⁸ Le statut de ces îles en tant qu'entités publiques (*openbare lichamen*) est comparable à celui des communes néerlandaises, exception faite des ajustements exigés par leur situation géographique.

Le Royaume, et non l'une ou l'autre de ses parties, est seul habilité à conclure des traités, dont le champ d'application peut cependant être réduit à l'une ou l'autre des parties du Royaume.

Concernant les affaires intérieures, la réforme a principalement eu les conséquences suivantes :

– un collège de contrôle financier, placé sous l'autorité du Conseil des ministres du Royaume, a été créé aux Antilles néerlandaises⁹ ;

– l'actuelle Cour commune de justice d'Aruba et des Antilles néerlandaises est devenue la Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes (les îles BES)¹⁰ ;

– le maintien de la sécurité et de l'ordre publics ainsi que l'organisation des secours dans les îles de Curaçao et de Sint Maarten sont passés sous l'autorité des ministres de la Justice de ces deux nouveaux pays. Pour les îles BES, cette responsabilité incombe aux ministres néerlandais de l'Intérieur et de la Justice ;

– la nouvelle organisation prévoit un seul procureur général pour l'ensemble des territoires appartenant antérieurement aux Antilles néerlandaises¹¹. Chaque nouveau pays est en outre doté d'un avocat général pour diriger le ministère public, placé sous l'autorité du gouvernement du pays¹².

II. Brève description de la situation politique, sociale et économique du territoire concerné

1. Le Suriname¹³

Le Suriname est un pays d'une superficie de 163 270 km² dont la capitale est Paramaribo. La langue officielle du Suriname est le néerlandais, mais le sranan tongo, un créole à base d'anglais et d'un peu de français est également couramment utilisé. La monnaie du Suriname est le Dollar surinamais (SR\$). Le pays compte 539 000 habitants et on estime à plus de 320 000 la population surinamaïse ou d'origine

⁹ Sa mission est de contrôler les finances publiques de Bonaire, de Saba et de Saint-Eustache, afin de veiller au maintien de l'équilibre budgétaire et au non-dépassement du plafond de dette publique. La compétence de ce collège a été élargie aux îles de Curaçao et de Sint Maarten. Il est prévu de conserver un organe de surveillance de ce type dans la nouvelle structure politique. Pour plus de renseignements, voyez : <http://www.afm.nl/nl>.

¹⁰ <http://www.spigtdutchcaribbean.com/index.php?site/home/nl>.

¹¹ C'est-à-dire les nouveaux pays de Curaçao et de Sint Maarten, ainsi que les trois îles BES qui passeront aux Pays-Bas.

¹² Comme dans tous les autres domaines, la situation reste inchangée à Aruba, qui conserve son propre procureur général.

¹³ *Vid.* notamment <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/suriname/presentation-du-suriname/>.

surinamaïse installée aux Pays-Bas¹⁴. L'économie repose sur la production de matières premières¹⁵. Le secteur agricole (banane, riz et bois) représente 5% du PIB mais occupe un quart de la population. Le PIB, en croissance régulière depuis 2010 devrait atteindre 5,3 Md USD en 2013¹⁶. Concernant la situation politique, le Suriname est une démocratie établie par la constitution de 1987. Le corps législatif est l'Assemblée nationale, composée de 51 membres élus tous les cinq ans. L'Assemblée nationale élit le chef de l'exécutif, le président. Le chef de l'Etat est aussi chef du Gouvernement¹⁷.

2. Aruba

Aruba est une île qui se trouve dans la partie sud de la mer des Caraïbes, 25 km au nord de la côte du Venezuela et 68 km au nord-ouest de Curaçao. Sa capitale est Oranjestad. Ensemble avec Bonaire et Curaçao, ces trois îles forment les Îles-Sous-le-Vent, souvent appelées Îles ABC. La population d'Aruba, constituée d'une grande variété de nationalités, est d'environ 107 000 habitants. Les langues officielles d'Aruba sont le néerlandais et depuis 2003 le papiamentu. Outre les langues officielles de nombreuses personnes parlent aussi l'anglais et l'espagnol. L'économie d'Aruba est un système ouvert, le tourisme fournissant actuellement la part principale des revenus du pays. En raison de la croissance rapide au cours des vingt dernières années, les industries connexes comme le secteur du bâtiment ont également prospéré. D'autres industries primaires comprennent le raffinage et le stockage de pétrole et la culture des aloès. Les activités bancaires offshore jouent également un rôle important, tandis que la haute technologie, les finances et les communications sont encore dans une phase de développement¹⁸. La monnaie offi-

¹⁴ La composition ethnique de la population est très diverse : Hindoustanis : 27 % ; Créoles : 18 % ; Javanais : 15 % ; Noirs Marrons : 15 % ; Métis : 12,5% ; Amérindiens : 3,7 % ; Chinois : 1,8 %, tout comme l'appartenance religieuse : Hindous 27%, Protestants 25%, Catholiques 23%, Musulmans 20% ; croyances locales 5 % ; les Eglises évangéliques commencent à apparaître.

¹⁵ La bauxite, l'or et le pétrole représentent 50% du PIB, 80% des exportations et 35% des recettes fiscales.

¹⁶ Sorti depuis 2004/05 de la catégorie des pays à faible revenu, le Suriname devrait afficher en 2013 un revenu par habitant d'environ 9 506 USD (augmentation d'un tiers par rapport à 2006) devenant un pays à revenu moyen. Cependant, 27,5% de la population vit encore dans la pauvreté. Les carences en matière d'éducation et de santé sont révélées par un Indice de développement humain en 2012 moyen (105ème rang sur 186), malgré les progrès accomplis.

Les principaux partenaires économiques sont les Emirats arabes unis (26,1% des exportations), le Canada (18,6%), l'UE (13,6%), les Etats-Unis (11,2%) et la Suisse (9,4%). Les principaux fournisseurs sont : Etats-Unis 26,7%, Trinité-et-Tobago 25,4%, UE 20,3%, Chine 6,5%, Brésil 3,2%.

¹⁷ Pour plus d'informations, voyez notamment le site web officiel de la République du Suriname : <http://www.gov.sr/>.

¹⁸ Aruba a actuellement une zone franche. La zone franche est opérationnelle depuis les années 1950. Au cours des dernières années, elle a connu un regain d'intérêt de la part de sociétés européennes, canadiennes et états-uniennes.

cielle d'Aruba est le Florin arubais (ou AWG). Le taux de change est indexé au Dollar américain. Le Dollar américain est aussi largement accepté sur l'île. Le système monétaire de l'île est réglementé par la Banque centrale d'Aruba¹⁹. Aruba a acquis son propre *status aparte* au sein du Royaume des Pays-Bas lui assurant une autonomie quasi-complète en 1986²⁰. Le système de gouvernement d'Aruba est celui d'une démocratie parlementaire fondée sur le modèle néerlandais et des élections libres ont lieu tous les quatre ans.

4. Curaçao

Curaçao est une île située dans la partie sud de la mer des Caraïbes au large des côtes du Venezuela. Sa capitale est Willemstad. Curaçao est la plus grande des Îles ABC. Sa population est d'environ 149 000 habitants. En raison de son histoire, cette population provient de très diverses origines ethniques. Les langues officielles de Curaçao sont le néerlandais et, depuis 2007, le papiamentu. Outre ces langues officielles, de nombreuses personnes parlent aussi l'anglais et l'espagnol. L'économie de Curaçao est basée sur le tourisme, le raffinage et le transport du pétrole, le secteur des services financiers et le commerce et l'industrie. Les revenus tirés des activités liées au port de Willemstad apportent une contribution substantielle à l'économie locale²¹. La monnaie officielle de Curaçao est le Florin des Antilles néerlandaises (ou ANG, couramment abrégé par NAf). Le taux de change a été indexé au Dollar américain depuis 1971. Le Dollar américain est aussi largement accepté sur l'île. Le système monétaire de l'île est réglementé par la Banque cen-

Hormis le contrôle des changes, les réglementations monétaires et le principe de disposer d'au moins un directeur agissant localement dans des entreprises situées à Aruba, qui n'est pas une obligation légale, mais un principe fondé sur la politique du Département des affaires économiques d'Aruba, il n'y a pas de restrictions spécifiques ou autorisations pour les investissements étrangers. Certaines autorisations sont cependant requises dans quelques secteurs réglementés, tels les services bancaires et financiers.

Le tourisme est le pilier de l'économie d'Aruba. Environ 1,5 millions de touristes par an visitent Aruba, avec près de 60 % venant des États-Unis. En 2011, les États-Unis ont représenté plus de 8,5% des exportations d'Aruba et plus de 47 % en valeur des importations d'Aruba. Pour plus de précisions sur les relations entre Aruba et les États-Unis, voyez notamment : <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/22491.htm>.

¹⁹ <http://www.cbaruba.org/cba/home.do> et <http://www.doingbusinessdutchcaribbean.com/aruba/banking-insurance-companies-pension-funds-a-trust-companies/role-of-the-central-bank-of-aruba>.

²⁰ *Vid. supra*, en Introduction.

²¹ Les États-Unis sont un important fournisseur de biens de consommation et d'équipement importés par Curaçao. En 2010, les États-Unis ont représenté 40 % des exportations de Curaçao et 37 % des importations de Curaçao. Pour plus de renseignements sur les relations entre les États-Unis et Curaçao, voyez : <http://www.state.gov/r/pa/ei/bgn/161154.htm>.

Curaçao dispose actuellement de deux zones franches, l'une dans le port et l'autre à l'aéroport. Hormis le contrôle des changes et les réglementations monétaires, il n'y a pas plus qu'à Aruba de restrictions ou autorisations requises pour les investissements étrangers ; néanmoins certaines autorisations sont requises dans quelques secteurs réglementés, tels les services bancaires et financiers.

trale de Curaçao et Sint–Maarten²². En dehors de certaines affaires qui relèvent du Royaume²³, Curaçao est entièrement autonome. Le système de gouvernement de Curaçao est comparable à celui d'Aruba²⁴.

5. *Sint Maarten*

Sint Maarten est situé dans la zone nord des petites Antilles sur l'île de Saint–Martin, dont il englobe environ 40 % du territoire, le reste, la Collectivité d'outre–mer de Saint–Martin, faisant partie de la France²⁵. Saint–Martin est bordé par la mer des Caraïbes. L'île se situe au sud de l'île d'Anguilla, au nord–ouest de l'île de Saint–Barthélemy, et à l'est de Porto Rico. La capitale de Sint Maarten est Philipsburg et ses langues officielles sont le néerlandais et l'anglais. La population de la partie néerlandaise, environ 38 000 personnes, a connu une très forte croissance en raison du développement du tourisme depuis 1960²⁶. Le système monétaire de Sint Maarten est identique à celui de Curaçao²⁷. L'économie de Sint Maarten est presque entièrement basée sur le tourisme. On estime que 85% des emplois sont liés directement ou indirectement au tourisme. Sint Maarten bénéficie d'un des revenus moyen par habitant les plus élevés dans les Caraïbes. Outre le tourisme, y compris les casinos, l'activité économique repose également sur les services financiers offshore et le commerce avec les îles voisines. Sint Maarten produit très peu de biens de consommation²⁸. La situation politique de Sint Maarten est analogue à celle de Curaçao, que ce soit à l'égard des Pays Bas ou que ce soit à l'égard de l'UE²⁹.

²² <http://www.centralbank.an/ethhttp://www.doingbusinessdutchcaribbean.com/curacao/banking-insurance-companies-pension-funds-a-trust-companies/role-of-the-central-bank-of-curacao-and-st-maarten>.

²³ Comme la défense, les affaires étrangères et la nationalité. *Vid. supra* en Introduction pour plus de détails.

²⁴ *Vid.* donc les développements précédents.

²⁵ L'île de Saint Martin est la plus petite île habitée à être divisée entre deux nations, et ce depuis 1648.

²⁶ Elle est devenue très cosmopolite (plus de 101 nationalités), mais avec une prépondérance d'immigrants issus des autres îles des Antilles et particulièrement d'Haïti, de la République dominicaine et de la Jamaïque, mais également du continent américain. Même si le néerlandais est aussi la langue officielle de Sint Maarten, la langue la plus couramment parlée est l'anglais (68 %), suivi de l'espagnol (13%) et du créole (8%). Seul 4% des habitants utilisent principalement le néerlandais. La population de Sint Maarten est majoritairement néerlandaise.

²⁷ *Vid.* donc les développements qui précèdent au sujet du système monétaire de Curaçao.

²⁸ Le gouvernement cherche des moyens de diversifier l'économie, en particulier en développant l'industrie ou en créant des zones franches, mais sans nuire à la principale activité économique qu'est le tourisme. Le régime des investissements étrangers est comparable à ceux qui ont cours à Aruba et à Curaçao.

²⁹ *Vid.* donc les développements précédents.

6. Bonaire

Bonaire est une île qui se trouve dans la partie méridionale de la mer des Caraïbes 80 km au nord de la côte du Venezuela, à 50 km de Curaçao et 138 km à l'est d'Aruba et fait partie des Îles-Sous-le-Vent (Îles ABC). Le chef-lieu de l'île est Kralendijk. La population de Bonaire, d'environ 17 000 habitants, est constituée d'une multiplicité de nationalités³⁰. La langue officielle est le néerlandais. Le papiamentu est également reconnu comme une autre langue sur l'île. De nombreuses personnes parlent aussi l'espagnol et l'anglais. À compter du 1^{er} Janvier 2011, le Dollar américain est devenu la monnaie officielle de Bonaire³¹. Le système monétaire de l'île est réglementé par la Banque des Pays-Bas (« *de Nederlandsche Bank* »)³². L'économie de Bonaire est basée pour une part importante sur le tourisme et le développement de l'immobilier et, dans une moindre mesure, sur les services, le commerce et l'industrie³³. Concernant la situation politique, les îles de Bonaire, Saba et Saint-Eustache (îles BES ou Pays-Bas caribéens) sont selon le droit néerlandais des « entités publiques » (« *openbare lichamen* »)³⁴, c'est-à-dire des entités comparables aux communes néerlandaises mais qui bénéficient d'un statut différent³⁵. Les Pays-Bas caribéens ne font partie ni de l'espace Schengen, ni de l'Union européenne. Ils sont reconnus comme des pays et territoires d'outre-mer par l'Union européenne, conformément au Traité de Lisbonne³⁶. De nombreuses lois

³⁰ La majorité de la population est néerlandaise. La plupart des immigrants sont originaires d'Amérique du Sud (Venezuela et Colombie), de la République dominicaine et d'autres îles des Caraïbes. Pour des statistiques sur la population des Pays-Bas caribéens, *vid.*: <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publication/?DM=SLNL&PA=80534ned&D1=a&D2=0&D3=a&D4=1-3&D5=8-11&HDR=T,G3,G4&STB=G1,G2&VW=T>.

³¹ Le Florin des Antilles néerlandaises n'est donc plus accepté sur l'île.

³² La Banque des Pays-Bas fait partie du Système européen des banques centrales (SEBC), mais certaines adaptations aux conditions locales particulières sont prévues. Le régime des investissements étrangers est analogue à celui des autres composantes caribéennes de l'héritage néerlandais. Pour plus de renseignements, voyez le site web de la Banque des Pays-Bas : <http://www.cnb.nl/en>.

³³ Le gouvernement et des organisations privées ont décidé favoriser le développement de toutes ces industries à travers diverses incitations à l'investissement, y compris sous forme d'exonérations fiscales.

³⁴ Loi du 17 mai 2010, *houdende regels met betrekking tot de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba (Wet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba)*.

³⁵ Les gouvernements de ces trois îles fonctionnent *de facto* en tant que municipalités à caractère spécial des Pays-Bas réintégrées à l'État néerlandais après la dissolution des Antilles néerlandaises en 2010. La loi décrit notamment l'organisation administrative, la composition et les pouvoirs dévolus aux conseils insulaires. La mise sur pied de ces organismes publics a été calquée sur le régime municipal néerlandais. La population est représentée au conseil insulaire qui est lui-même régi par un conseil d'administration (*bestuurscollege*) composé d'un lieutenant-gouverneur et de délégués insulaires.

³⁶ L'Office national des Pays-Bas caribéens (*Rijksdienst Caribisch Nederland*), une agence administrative du gouvernement néerlandais, pourvoit à l'éducation, aux transports, à la sécurité publique, à la régulation de l'immigration, à l'administration et le prélèvement des taxes, à la santé et aux services sociaux sur ces trois îles. Pour plus d'informations, voyez : <http://www.rijksdienstcn.com/en?Icurvers=engels&Lang=E>. Comme les îles BES ne font partie d'aucune province néerlandaise et n'en forment pas une nouvelle, les

néerlandaises comportent des clauses sur leur application ou non-application dans les Caraïbes, et il existe de nombreuses lois spéciales applicables uniquement aux Caraïbes, appelées lois BES.

7. *Saint-Eustache (Sint Eustatius)*

Située dans la zone nord des Petites Antilles, au sud de Saint Martin, au voisinage de Saba, mais éloignée de Bonaire, Saint-Eustache est une île d'origine volcanique de modeste superficie (21 km²). Le chef-lieu de l'île est Oranjestad³⁷. Saint-Eustache compte environ 3900 habitants d'origines diverses³⁸. Les langues officielles de Saint-Eustache sont l'anglais, le néerlandais et le papiamentu. Cependant l'anglais est la principale langue parlée et écrite sur l'île. L'espagnol est également utilisé. L'économie de Saint-Eustache est basée pour une part importante sur le tourisme. Le régime des investissements étrangers, le système monétaire³⁹ et la situation politique sont identiques à ceux de Bonaire⁴⁰.

8. *Saba*

Saba est une île néerlandaise qui se situe dans le nord des petites Antilles, à l'ouest de Saint Eustache, sous Saint Martin et Saint Barthélemy. Elle est surnommée la Reine immaculée (*The Unspoiled Queen*). Le chef-lieu est The Bottom. L'île⁴¹, d'une superficie d'environ 13 km², compte approximativement 2000 habitants⁴². Y règne la même diversité linguistique qu'à Saint-Eustache et son économie se distingue surtout par l'apport de l'École de médecine de l'Université de Saba. Le régime des investissements étrangers, le système monétaire⁴³ et le régime politique sont identiques à ceux de Bonaire et de Saint-Eustache⁴⁴.

Appartenance du territoire concerné à un système d'intégration économique régionale ou à un traité de libre-échange.

pouvoirs normalement dévolus aux gouvernements provinciaux néerlandais ont été répartis entre le gouvernement insulaire et le gouvernement central, représenté par l'Office national des Pays-Bas caribéens.

³⁷ A ne pas confondre avec la capitale homonyme d'Aruba.

³⁸ La majorité de la population a la nationalité néerlandaise, mais il y a aussi beaucoup d'habitants provenant d'autres îles des Caraïbes (tels que Saint-Vincent, la Dominique, Anguilla, Saint-Domingue et Haïti) des États-Unis, du Canada et d'Amérique du Sud.

³⁹ Dollar américain et pilotage par *de Nederlandsche Bank*.

⁴⁰ *Vid.* donc les développements ci-dessus.

⁴¹ Qui se compose essentiellement d'un volcan éteint, le Mont Scenery, qui est avec ses 877 mètres le point culminant de tout le Royaume des Pays-Bas.

⁴² Ce qui comprend les 300 à 400 étudiants en médecine qui fréquentent l'École de médecine de Saba. La plupart des habitants de Saba ont la nationalité néerlandaise, mais il y a aussi de nombreuses autres nationalités représentées, telles celles des États-Unis, du Canada, de la Colombie et d'autres îles des Caraïbes, comme Saint-Vincent, la Dominique, Anguilla, la République dominicaine et Haïti.

⁴³ Dollar américain et pilotage par *de Nederlandsche Bank*.

⁴⁴ *Vid.* donc les développements ci-dessus.

A l'égard de l'Union européenne, le Suriname fait partie des pays ACP, tandis qu'Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Saint-Eustache et Saba font partie des Pays et territoires d'outre-mer (PTOM)⁴⁵. Cependant, « il semble tout à fait possible que plusieurs régions des anciennes Antilles néerlandaises puissent devenir des RUP »⁴⁶, ce qui vaut tout particulièrement pour les îles BES qui en tant qu'openbare lichamen font partie intégrante des Pays-Bas, et auraient donc vocation à être plus directement liées à l'Union européenne que les autres îles qui bénéficient du statut de pays au sein du Royaume.

Concernant les autres accords éventuellement applicables à ces pays et territoires, il convient de faire état des éléments qui suivent.

9. Le Suriname

Le Suriname est signataire de l'Accord de partenariat économique entre le CARIFORUM et l'Union européenne⁴⁷. Le Suriname fait partie des pays ACP avec lesquels l'Europe traite dans le cadre de l'accord de Cotonou. Le dialogue politique avec l'UE, sur la base de l'art. 8 de l'accord de Cotonou, s'est engagé lors d'une première session en mai 2012 et s'est poursuivi le 22 avril 2013. Pour rompre son isolement⁴⁸, le Suriname a rejoint en outre les organisations régionales en 1995 (AEC⁴⁹, CARICOM⁵⁰). Il est également membre de l'Organisation du Traité de coopération amazonienne (OTCA), de l'OEA⁵¹, de la CELAC⁵² et de l'UNASUR⁵³,

⁴⁵ Le régime d'association des PTOM vise à promouvoir plus efficacement le développement économique et social des PTOM et à développer des relations économiques étroites entre les PTOM et l'Union européenne dans son ensemble. *Vid.* Décision 2001/822/CE du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne (« décision d'association outre-mer »). Les directives et règlements de l'Union ne sont donc pas applicables sauf *opting-in* du pouvoir législatif local et sauf ceux qui garantissent ou renforcent les droits afférents à la citoyenneté de l'Union. Pour plus de renseignements, voyez également : http://europa.eu/legislation_summaries/development/overseas_countries_territories/r12301_fr.htm. Sur l'influence européenne dans les anciennes Antilles néerlandaises, voyez notamment Gert Oostindie : « Postcolonial Sovereignty Games with Europe in the Margins : the Netherlands, the Antilles, and Europe », in *European Integration and Postcolonial Sovereignty Games : the EU Overseas Countries and Territories*, éd. Par Rebecca Adler-Nissen, Ulrik Pram Gad, Routledge, London, 2013, p. 203–216.

⁴⁶ D. Kochenov, « Relation fédérale, Antilles néerlandaises, le droit européen et le fédéralisme néerlandais : une dynamique en évolution progressive » in *Destins des collectivités politiques d'Océanie*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

⁴⁷ Mais ne l'a pas ratifié à ce jour, ce qui ne s'oppose cependant pas à l'application anticipée de l'accord, conformément à l'art. 243, para. 3, de l'accord.

⁴⁸ Le Suriname est resté longtemps isolé sur la scène politique régionale du fait de son histoire (seul pays néerlandophone sur le continent), de son engagement aux côtés de Cuba, du Nicaragua, de la guérilla salvadorienne et du régime de Maurice Bishop à la Grenade au début des années 80, puis du repli sur lui-même avec l'insurrection Noir-marron à partir de 1986.

⁴⁹ <http://www.acs-aec.org/index.php?q=members/suriname>.

⁵⁰ <http://www.caricom.org/jsp/community/suriname.jsp?menu=community>.

⁵¹ http://www.oas.org/en/member_states/member_state.asp?sCode=SUR.

dont il a assuré la présidence *pro tempore* jusqu'à la fin de l'année 2013. Du fait de l'importante minorité musulmane, le Suriname a adhéré à l'Organisation de la coopération islamique (OCI⁵⁴). Le Suriname est également membre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)⁵⁵.

10. Les pays et territoires des anciennes Antilles néerlandaises

Aruba est un observateur de la Communauté des Caraïbes (CARICOM – les Antilles néerlandaises avaient ce statut d'observateur avant leur dissolution en 2010). Aucun rapport officiel n'a été publié pour le moment à notre connaissance sur l'admissibilité au statut d'observateur de Curaçao et Sint Maarten ou des îles BES. Mais un comité a été nommé en 2012 pour examiner les demandes formulées par Curaçao et Sint Maarten en vue d'une éventuelle admission à titre de membre associé, ce qui irait même au-delà du statut d'observateur qu'a actuellement Aruba⁵⁶. Aruba, Curaçao et Sint Maarten sont des membres observateurs de l'Association des États des Caraïbes⁵⁷. Par leur appartenance au Royaume des Pays-Bas, Aruba, Curaçao, Sint Maarten et les Îles BES sont également membres de l'Organisation mondiale du commerce et de l'OCDE⁵⁸. Dans ce dernier cadre, ces pays et territoires sont liés par un assez grand nombre de conventions ou accords bilatéraux, notamment en matière fiscale.

III. Liens du système juridique avec une famille de droit déterminée

1. Sur le plan du droit matériel (civil et commercial)

A) Le Suriname⁵⁹

Le système juridique du Suriname est clairement dérivé du droit néerlandais du XIX^{ème} siècle, recueillant ainsi les fruits d'une période au cours de laquelle la codi-

⁵² http://www.celac.gob.ve/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1&lang=en.

⁵³ <http://www.unasursg.org/inicio/organizacion/estados-miembros>.

⁵⁴ <http://www.oic-oci.org/oicv2/states/>.

⁵⁵ http://www.wto.org/french/thewto_f/countries_f/suriname_f.htm.

⁵⁶ <http://www.todayxm.com/2012/02/15/committee-appointed-to-handle-caricom-application/et> <http://www.caribjournal.com/2012/02/10/curacao-sint-maarten-could-become-associate-members-of-caricom/>.

⁵⁷ <http://www.acs-aec.org/index.php?q=about/members-and-associate-members>; Curaçao au titre de la succession d'États aux Antilles néerlandaises (<http://www.acs-aec.org/index.php?q=documents/osg/2013/agreement-approving-the-contribution-to-be-paid-by-curacao-to-the-acs>).

⁵⁸ Pour cette dernière, voyez : <http://www.oecd.org/general/declarationsbycertainmembercountries-relatingtotheconventionontheoecd.htm>.

⁵⁹ Les sources de législation les plus importantes pour le Suriname sont les suivantes : le nouveau code civil (livres 1 à 8), Nieuw Burgerlijk Wetboek van Suriname (<http://www.gov.sr/sr/ministerie-van-juspol/documenten/nieuw-bw/nieuw-burgerlijk-wetboek-van-suriname.aspx>) et le nouveau code de procédure civile, Nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (<http://www.gov.sr/sr/ministerie-van-juspol/documenten/nieuw-bw/nieuw-wetboek-van-burgerlijke-rechtsvordering.aspx>).

fication française imposée au début des années 1800 a été retravaillé en fonction des besoins et des mœurs néerlandais⁶⁰. En 1869, le droit romano-hollandais et le droit coutumier ont été abrogés et remplacés par une série de codes, régissant quasiment tous les aspects de l'activité juridique, à l'exception notable du droit international privé. Les codes néerlandais développés entre les années 1830 et les années 1860 ont été transposés presque mot pour mot à la colonie de Suriname. Ces lois et règlements ont eu une influence très importante presque tout le long du XX^{ème} siècle⁶¹.

En l'état actuel, le droit positif du Suriname reste encore dans une dépendance relativement étroite à l'égard de la législation néerlandaise en vigueur au moment de l'adoption de la Constitution du 30 septembre 1987, alors que celle-ci nécessite des réformes⁶². Les principales lois du Suriname, à l'exception des changements dans certaines parties du code pénal, sont vieilles de 30 ou 40 ans. Mais la conscience du caractère inadapté de ces lois et codes a entraîné récemment un important mouvement de réformes⁶³. A partir de 1997, une commission a été chargée de la

⁶⁰ Un facteur important mérite d'être souligné à cet égard : les aspects plus anciens du système juridique (le droit romano-hollandais des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles) jouissaient alors d'une autorité considérable, en particulier dans le domaine du droit « civil » des personnes et des obligations, tandis qu'un système juridique mixte s'appliquait aux biens immobiliers.

⁶¹ Le code civil néerlandais (*Burgerlijk Wetboek*) de 1869, certes modifié, reste encore la source principale du droit civil du Suriname, sous réserve des modifications, parfois importantes, nécessaires à son adaptation aux mariages islamique et hindou. Le code de procédure civile a été remplacé par un nouveau en 1936 et le code de commerce a été remplacé la même année. Le Code pénal de 1869, bien que profondément modifié par la loi de 1910 à 1915, reste en vigueur. Un nouveau code de procédure pénale, sur le modèle du code néerlandais, a été promulgué en 1977. Ainsi toute la législation en vigueur au Suriname reste d'origine néerlandaise, de temps en temps modifiée et adaptée aux particularités du Suriname. Le droit notarial, métier particulièrement important aux Pays-Bas, jouit d'une importance comparable au Suriname.

Le développement du droit au Suriname était resté assez statique après l'indépendance en 1975. L'intermittence des gouvernements révolutionnaires peu intéressés par la réforme de la législation et du système juridique du Suriname a eu pour conséquence que le droit du Suriname a reflété pour des décennies le droit privé néerlandais tel qu'il était dans les années 1970, sans tenir compte des grandes réformes du droit civil et commercial qui ont eu lieu aux Pays-Bas. De même, les aspects de droit privé ayant un effet extraterritorial, comme les questions de droit d'auteur et de propriété industrielle, sont calqués sur le droit néerlandais du XX^{ème} siècle. Le Suriname reste également lié, en raison des règles relatives à la succession d'Etat, à un nombre non négligeable de conventions de droit international privé qui ont été étendues au Suriname par les Pays-Bas au cours la période coloniale.

⁶² Le 9 Mars 2009, le ministre de la Justice du Suriname, dans un discours notant que la législation du Suriname ne peut pas faire face à des besoins réalistes, a commencé par l'observation que la législation du Suriname est désespérément surannée (« *Wetgeving Surinam kan realiteif niet vijbenen* » ; voyez sur ce point : « Suriname – Legal History », in *Foreign Law Guide*, édité par Marci Hoffman, Brill Online, 2014).

⁶³ Le Suriname, un pays multiculturel et multiethnique, a hérité à l'indépendance du système juridique et de la structure législative qui avaient été étendus ou imposés par le Royaume des Pays-Bas. Au moment de l'indépendance du Suriname, la législation néerlandaise était complète, complexe et, dans la tradition germanique à la fois savante et très détaillée. Cet héritage se composait d'un grand corps de lois et règlements qui ont été soigneusement développés à partir du début du XIX^{ème} siècle, mais en fait conçu pour la population de la partie européenne des Pays-Bas, dont les besoins étaient très différents de celle du Suriname. L'unité

révision du code civil et l'élaboration d'un code civil et commercial suivant le modèle néerlandais. La *Commissie Nieuw Surinaamse Burgerlijk Wetboek* a achevé ses travaux en février 2009 et a produit les projets de huit livres d'un nouveau code⁶⁴, accompagné de deux projets de lois d'introduction⁶⁵ et d'un projet de nouveau code de procédure civile, également finalisés en 2009⁶⁶. Retravaillés pour être publiés dans une version surinamienne du 6 mai 2011, ces codes ne sont pas encore promulgués⁶⁷. Les nouveaux codes restent très proches de la législation néerlandaise, et notamment de la législation spécialement rédigée pour les besoins des Antilles néerlandaises ou de la partie caribéenne du Royaume, à l'instar du Code civil des Antilles néerlandaises et d'Aruba du début des années 2000. Il convient de noter que les législateurs du Suriname, suivant la tradition néerlandaise, ont tendance à avoir une vision quasi-exhaustive de leur code civil⁶⁸.

B) Points communs aux pays du Royaume des Pays-Bas et aux communes néerlandaises à statut particulier

Aruba⁶⁹, Curaçao⁷⁰, Sint Maarten⁷¹ et les Îles BES ont un système de droit civil. La source principale du droit civil est le code civil⁷². Presque toute la règlementa-

longtemps caractéristique de la société néerlandaise ne se retrouvait pas au Suriname qui, bien que politiquement unifié, est culturellement et ethniquement fragmenté. En outre, à partir des années 1980, la législation néerlandaise, en particulier ses codes les plus importants, était engagée dans une vaste et fastidieuse entreprise de codification. Ces réformes ont continué à influencer, voire à retarder, la modernisation de la législation du Suriname.

⁶⁴ <http://www.gov.sr/sr/ministerie-van-juspol/documenten/nieuw-bw/nieuw-burgerlijk-wetboek-van-suriname.aspx>.

⁶⁵ <http://www.gov.sr/sr/ministerie-van-juspol/documenten/nieuw-bw/overgangswet-aanpassings-wetgeving.aspx>.

⁶⁶ Le Code de commerce, à l'exception de certaines parties sur le transport maritime, sera alors abrogé.

⁶⁷ Les raisons du retard de la promulgation de ces textes sont compréhensibles : la quasi-totalité du droit civil et de la procédure civile doit être adaptée aux besoins d'une société très différente de celle des Pays-Bas.

⁶⁸ Des lois qui seraient normalement contenues dans divers textes de loi distincts sont ainsi généralement intégrées au code civil.

⁶⁹ http://www.overheid.aw/index.asp?nmoduleid=19&sc=0&spagetype=21&n_PageID=1833#Privaatrecht. Le code civil (livres 1 à 8), *Burgerlijk Wetboek van Aruba* (<http://www.overheid.aw/index.asp?nmoduleid=4&wgid=6&nbrwsrdctn=-1&spagetype=6&docid=2000165>) et le code de procédure civile, *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van Aruba* (<http://www.overheid.aw/index.asp?nmoduleid=4&wgid=6&nbrwsrdctn=-1&spagetype=6&docid=2000189>).

⁷⁰ <http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmloutput/historie/Cura%C3%A7ao/> et <http://www.gobiernu.cw/web/site.nsf/web/639C72C235B593E50425797C00470A57?OpenDocument&language=nederlands>, le code civil (livres 1 à 8), *Burgerlijk Wetboek Boek*, et le code de procédure civile, *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (*Landsverordening van de 29ste april 2005 houdende vaststelling van een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*)

⁷¹ Les sources de législation les plus importantes pour pour Sint Maarten sont les suivantes, le code civil (livres 1 à 8), *Burgerlijk Wetboek Boek* (AB 2013, GT no. 825 à no. 831 et le code de procédure civile, *Landsverordening houdende vaststelling van een nieuw Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (A.B.

tion est, dans une large mesure, calquée sur la réglementation équivalente des Pays-Bas. La proximité avec les systèmes de droit civil est cependant nuancée par l'influence perceptible du droit du *common law*. Les anciennes Antilles néerlandaises sont des îles avec une importante activité financière offshore et des contacts intenses avec les États-Unis. Notamment en matière de droit de propriété, les risques d'insécurité juridique et d'instabilité des perspectives d'affaires ont conduit à une approche dualiste qui cherche à concilier les exigences du droit civil avec celles du *common law*, en sorte qu'on ne peut pas parler d'un système « strict » ou « rigide » de droit civil au sujet du droit des anciennes Antilles néerlandaises⁷³.

Le système juridictionnel est commun à tous ces pays et territoires et basé sur l'existence de quatre tribunaux de première instance⁷⁴, une cour d'appel et une cour suprême communes, c'est-à-dire la Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes⁷⁵ et la Cour suprême à La Haye, le *Hoge Raad*⁷⁶.

Le Statut du Royaume des Pays-Bas contient deux dispositions cardinales qui ne laissent aucun doute sur la très importante influence du droit néerlandais dans l'ensemble des pays et territoires relevant du Royaume⁷⁷.

L'art. 39 prévoit le principe de concordance⁷⁸ :

« 1. Le droit civil et commercial, le droit de la procédure civile, le droit pénal, le droit de la procédure pénale, le droit d'auteur et de la propriété industrielle, la fonction de notaire, et les dispositions concer-

2010, GT no. 1 en A.B. 2010, GT no. 30, http://decentrale.regelgeving.overheid.nl/cvdr/xhtmlout-put/Historie/Sint%20Maarten/143465/143465_1.html ; – pour les îles BES, le code civil (livres 1 à 8), Burgerlijk Wetboek BES, et le code de procédure civile, Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering BES (http://wetten.overheid.nl/BWBR0028496/geldigheidsdatum_26-02-2014).

⁷² Qui est sur de nombreux points identique entre les pays et territoires, le titre changeant cependant.

⁷³ S. van Erp, « Globalisation or Isolation in New Dutch Property Law? The New Civil Code of the Netherlands and the New Civil Codes of the Netherlands Antilles and Aruba Compared », presidential address held at the annual meeting of the Netherlands Comparative Law Association in Maastricht, 15 décembre 2002, accessible sous : www.ejcl.org/75/art75-2.doc.

⁷⁴ Établis respectivement à Aruba, Curaçao, Sint Maarten et Bonaire. Des sessions ont également lieu en principe au moins une fois par mois à Saint-Eustache et Saba.

⁷⁵ La cour d'appel et son secrétariat sont situés sur Curaçao. En théorie, les sessions de la Cour d'appel peuvent être tenues sur chacune des îles. En réalité, ils ne sont tenus qu'à Aruba, Curaçao et Sint Maarten.

⁷⁶ Qui est également la Cour suprême des Pays-Bas (pour plus de renseignements, *vid.*: <http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/Pages/default.aspx>).

⁷⁷ Pour une version anglaise de la Charte, voyez <http://www.arubaforeignaffairs.com/afa/readBlob.do?id=704>.

⁷⁸ Sur lequel, voyez notamment B. van der Velden, « Concordance in the Kingdom of the Netherlands » in *Finding the Law : Micro States and Small Jurisdictions*, conference proceedings of the University of the Netherlands Antilles, eleven international publishing, Curaçao, 2009. La réforme de la structure du Royaume de 2010 n'a pas eu d'incidence sur le principe de concordance.

nant les poids et mesures doivent être réglementés autant que possible d'une manière similaire aux Pays-Bas, à Aruba, Curaçao et Sint Maarten. »⁷⁹

L'art. 39 de la Charte énonce le principe que le droit civil, commercial et de la procédure civile, parmi autres domaines juridiques, doit autant que possible être réglementé de façon concordante au sein des pays du Royaume. L'existence d'un processus de consultation préalable doit en outre garantir le respect de cette concordance⁸⁰. Il n'est pas nécessaire que les lois soient uniformes, puisque des différences entre les diverses parties du Royaume peuvent être nécessaires en raison des conditions locales. Une très importante conséquence de ce principe constitutionnel de concordance a été l'élaboration de nouveaux codes civils à Aruba et dans les anciennes Antilles néerlandaises après la promulgation du nouveau code civil néerlandais qui constituait la loi modèle. Il en va de même au sujet du code de procédure civile. Par arrêt du 1^{er} février 2013, la Cour suprême néerlandaise a réaffirmé le principe de concordance entre les systèmes de droit des Pays-Bas et Aruba, Curaçao et Sint Maarten⁸¹.

L'autre disposition fondamentale du Statut du Royaume est l'art. 40, qui affirme le principe de reconnaissance au sein du Royaume :

« Les jugements rendus par les tribunaux aux Pays-Bas, Aruba, Curaçao et Sint Maarten, et les ordres émis par eux, ainsi que les actes authentiques qui peuvent y être passés, sont exécutoires à travers tout le Royaume, en tenant dûment compte des dispositions légales impératives du Pays où l'exécution a lieu. »⁸²

⁷⁹ 1. Het burgerlijk en handelsrecht, de burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, de strafvordering, het auteursrecht, de industriële eigendom, het notarisambt, zomede bepalingen omtrent maten en gewichten worden in Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten zoveel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld.

2. *Een voorstel tot ingrijpende wijziging van de bestaande wetgeving op dit stuk wordt niet bij het vertegenwoordigende lichaam ingediend – dan wel door het vertegenwoordigende lichaam in behandeling genomen – alvorens de regeringen in de andere landen in de gelegenheid zijn gesteld van haar zienswijze hieromtrent te doen blijken.*

⁸⁰ Prévu par le para. 2 de l'art. 39 de la Charte : « Toute proposition de changement profond de la législation existante en ce qui concerne ces questions ne doit pas être soumise ou considérée par une assemblée représentative jusqu'à ce que les gouvernements des autres pays aient eu l'occasion d'exprimer leurs points de vue sur la question ».

⁸¹ La Cour estime ainsi que la loi adoptée aux Pays-Bas peut être appliquée à Aruba, même si le droit d'Aruba n'a pas encore de disposition interne correspondante, mais qu'un projet de loi en ce sens est en discussion. Selon la Cour suprême, une telle application anticipée est conforme au principe de concordance, notamment en raison du fait que l'appréciation de l'opportunité de la loi ne sera pas différente à Aruba et aux Pays-Bas. La décision réaffirme très fermement l'importance du droit néerlandais pour Aruba, Curaçao et Sint Maarten. Les systèmes juridiques des Pays-Bas et des anciennes Antilles néerlandaises sont donc très similaires et très fortement influencé par le modèle européen (l'arrêt est consultable ici : <http://deepink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2013:BY1880>).

⁸² « *Vonnissen, door de rechter in Nederland, Aruba, Curaçao of Sint Maarten gewezen, en bevelen, door hem uitgevaardigd, mitsgaders grossen van authentieke akten, aldaar verleden, kunnen in het gehele Koninkrijk ten uitvoer worden gelegd, met inachtneming van de wettelijke bepalingen van het land, waar de tenuitvoerlegging plaats vindt* ».

Ce principe de reconnaissance s'applique à l'ensemble des décisions de justice ou actes publics, comme le montre l'arrêt du 13 avril 2007 du *Hoge Raad* dans l'affaire « Oduber–Lamers », R05/139HR⁸³. L'importance de ce principe *Full Faith and Credit* y est mise en pleine lumière avec la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe, admis dans la partie européenne du Royaume, mais rencontrant une opposition locale réelle. Le *Hoge Raad* ne s'en est pas moins appuyé sur ce principe tiré de l'art. 40 du Statut pour imposer la reconnaissance du mariage célébré aux Pays-Bas dans les autres Pays du Royaume, en l'occurrence Aruba.

C) Particularités des Îles BES (Bonaire, Saint-Eustache et Saba)

Dans les années à venir l'ancienne législation applicable aux Antilles néerlandaises sera progressivement remplacée par la législation néerlandaise. Actuellement, il existe différents types de législation applicable sur les Îles BES:

- Les traités et accords internationaux ;
- Les lois du Royaume;
- Le droit néerlandais spécialement écrit pour les îles BES;
- L'ancienne législation des Antilles néerlandaises, dont le maintien en vigueur a été décidé afin de limiter l'impact de la transition vers la législation néerlandaise⁸⁴ ; et
- La législation locale (des décrets et arrêtés de chaque île).

2. Sur le plan du droit international privé

Pour le droit international privé, l'influence du droit néerlandais est également forte, mais moins cependant que pour le droit matériel. Il faut bien sûr tenir compte du fait que jusque récemment, le droit international privé néerlandais n'était pas codifié, ce qui affaiblissait sa possible influence. La raison fondamentale de l'influence moins forte réside cependant dans les conditions particulières des anciennes colonies néerlandaises. Ces pays connaissent une immigration très importante et il serait difficile de retenir le principe de nationalité qui pendant longtemps a fondé le droit international privé néerlandais. Ces pays ont donc logiquement privilégié le rattachement par la résidence habituelle, bien plus adapté à la sociologie et aux conditions locales, fût-ce au prix d'un certain détachement pris avec le

⁸³ <http://deepink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2007:AZ6095> ; sur cette question, voyez également I. Curry–Sumner, « Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.1 (May 2007), accessible sous <http://www.ejcl.org/111/art111-8.pdf>.

⁸⁴ Applicable à partir du 10 Octobre 2010. Pour le moment l'ancienne législation BES constitue encore la plus grande part de la législation de ces îles. Cette ancienne législation sera toutefois progressivement remplacée, dans les années à venir, par une législation nouvelle.

droit international privé néerlandais. Comme l'a encore rappelé récemment la Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes dans l'affaire AR 1136/07– H. 246/10 du 10 mai 2011⁸⁵, à défaut d'applicabilité d'une convention internationale ou d'une loi particulière, il faut appliquer le droit international privé non écrit des pays et territoires antillais du Royaume, lequel repose en premier lieu sur la résidence habituelle de la ou des personnes principalement concernées. Par conséquent, le droit international privé d'Aruba ou des anciennes Antilles néerlandaises diffère sur certains points du droit international privé néerlandais⁸⁶.

Il ne faut cependant pas exagérer l'émancipation du droit international privé des anciennes colonies, qui reste encore très fortement influencé par le modèle néerlandais et la conception néerlandaise du droit international privé⁸⁷. Au Suriname, les lois qui règlent actuellement les questions de droit international privé remontent encore aux anciens temps coloniaux. Le nouveau code de procédure civile, qui contient les règles sur la compétence judiciaire internationale et sur la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, est en outre calqué sur le modèle des codes de procédure civile des pays et territoires antillais du Royaume, eux-mêmes très proches du code de procédure civile néerlandais. Un certain nombre de conventions internationales s'applique en outre au Suriname au titre de la succession d'Etat, ce qui montre là encore une influence néerlandaise directe, quoiqu'ancienne.

Concernant Aruba, Curaçao, Sint Maarten, Bonaire, Saint-Eustache et Saba, le droit des conflits de lois est principalement jurisprudentiel, comme il le fût pendant longtemps aux Pays-Bas, et alimenté par de nombreuses conventions internationales ou règles spéciales accessoires de lois principalement matérielles. Comme les conventions internationales sont négociées et conclues par le Royaume, il est loisible ensuite à chaque pays du Royaume de les déclarer applicables localement de sorte que l'influence néerlandaise n'est pas moins forte en ce domaine. L'importance des conventions internationales est confirmée par exemple par l'arrêt du 27 octobre 2011, dans l'affaire EJ G 200/09 – H 165/11, de la Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes dans le contexte de l'application des conventions de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et

⁸⁵ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ8949>.

⁸⁶ Vid. ainsi par exemple en matière de droit international privé des successions, Mathijs ten Wolde, « The international and interregional law of succession in the Kingdom of the Netherlands since October 1, 1996 », 2001, accessible sous <http://irs.ub.rug.nl/ppn/261621971> et du même auteur, *Internationaal en interregionaal erfrecht in het Koninkrijk der Nederlanden*, Kluwer, 1996, p. 132 et ss.

⁸⁷ Vid. ainsi, sur l'influence à la fois européenne et néerlandaise, C. Bollen, « The influence of European Law on Aruban and Antillean Patrimonial Law » *Finding the Law : Micro States and Small Jurisdictions*, conference proceedings of the University of the Netherlands Antilles, eleven international publishing, Curaçao, 2009, p. 13 et ss.

l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires⁸⁸. Les codes de procédure locaux qui contiennent les règles relatives à la compétence juridictionnelle internationale et la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères sont en outre, comme nous l'avons déjà dit, fortement construits sur le modèle néerlandais.

L'organisation juridictionnelle est un autre facteur qui favorise l'influence néerlandaise, puisque la Cour suprême est commune à tout le Royaume et qu'il est assez inévitable que le droit du pays le plus important en nombre d'habitants et en ressources humaines et scientifiques ait une assez nette influence, voire prédominance, institutionnalisée et renforcée par le principe de concordance. Si l'approche doctrinale et les raisonnements sont donc clairement ceux du droit néerlandais, cela n'empêche cependant pas que les solutions adoptées puissent diverger, en raison du besoin d'adapter les solutions particulières aux conditions spécifiques des Îles de la partie antillaise du Royaume.

Il ne faut en outre pas perdre de vue qu'à côté du droit international privé existe un droit des conflits internes au Royaume, dont la réglementation appartient à chaque Pays du Royaume. A défaut de règles expresses, les solutions aux conflits inter-régionaux doivent être déduites des règles de droit international privé des différents pays⁸⁹.

IV. Système national de droit international privé [sources internes]⁹⁰

Seul le Suriname dispose pour le moment d'une ordonnance spéciale censée résoudre les problèmes de droit international privé relatifs à la détermination de la loi applicable⁹¹. Ce pays a également un décret sur la reconnaissance des décisions étrangères⁹². Ces deux lois sont cependant des lois bien anciennes, notamment celle sur le droit applicable, qui remonte encore à l'époque coloniale, et leur influence et leur effectivité paraissent limitées. Il convient en outre de souligner qu'avec l'entrée en vigueur du nouveau code civil et du nouveau code de procédure civile, qui comportent des règles de droit international privé, la référence et le recours à ces deux lois seront encore plus limités. Dans l'ensemble, les systèmes de droit international privé des anciennes Antilles néerlandaises et du Suriname sont des systèmes semi-dispersés. Le code civil de chaque pays (*Burgerlijk Wetboek*) comporte des règles de droit

⁸⁸ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:OGHACMB:2011:BT7592>.

⁸⁹ *Vid.* notamment la décision du 11 juillet 2008, R07/103HR, du *Hoge Raad*, qui exclut également la possibilité d'un renvoi, à la fois en droit international privé et en droit « inter-régional » privé dans le contexte de l'application du droit des anciennes Antilles néerlandaises (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2008:BD0663>).

⁹⁰ *Vid.* notamment sur cette question « Het Nederlands-Antilliaanse Internationaal Privaatrecht, handleiding voor Burgerzakenmedewerkers », E.W.M. Gubbels, Communicatie DPG, Amsterdam, 2006.

⁹¹ *Algemeene Bepalingen der Wetgeving van de kolonie Suriname* du 23 juillet 1945, *Gouvernementsblad van Suriname*, 1945, No. 112.

⁹² *Exequaturregeling* 1980, *Staatsblad van de Republiek Suriname*, 1980, No. 150.

international privé, un peu à l'instar du code civil français. Certaines lois particulières peuvent également comprendre, à côté de leurs dispositions matérielles, des règles de droit international privé. L'importance des conventions internationales et de la jurisprudence est également considérable. S'il arrive que des lois soient spécialement élaborées pour répondre à des problèmes de conflit de lois, comme les lois sur le droit applicable aux sociétés, *Wet conflictenrecht corporaties*⁹³, ou sur le droit applicable à la responsabilité délictuelle, *Wet conflictenrecht on unrechtmatische daad*⁹⁴, ces lois restent des exceptions.

Les codes de procédure civile (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) sont également une source fondamentale du droit international privé. Ces codes ne se limitent naturellement pas au droit international privé, mais ils prévoient le régime applicable à la compétence judiciaire internationale, construite principalement autour de la résidence habituelle du défendeur, sous réserve d'adaptation, et à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, qui reposent sur la nécessité de l'obtention d'un *exequatur* et d'une liste limitative de conditions de régularité internationale, comprenant l'exigence de compétence internationale indirecte du juge étranger, la régularité de la procédure suivie à l'étranger et la conformité à l'ordre public de réception. Il peut y avoir de légères différences d'un pays à un autre, et la numérotation peut varier. Le Suriname, lorsqu'il promulguera son nouveau code civil et son nouveau code de procédure civile, suivra également ce modèle et aura une législation moderne très comparable à celle des anciennes Antilles néerlandaises⁹⁵.

Il restera à voir si l'introduction du livre 10 du code civil néerlandais sur le droit international privé aura une influence sur les systèmes de droit international privé des anciennes Antilles néerlandaises. Compte tenu du fait que ces derniers étaient dissociés du droit international privé néerlandais en raison des adaptations nécessaires aux conditions locales, il n'est cependant pas certain que les systèmes de droit international privé du Suriname ou des pays et territoires antillais du Royaume des Pays-Bas basculent également vers un système unifié en suivant le modèle des Pays-Bas.

V. Orientations jurisprudentielles du système (Les grands arrêts de la jurisprudence en matière de droit international privé)

Concernant le Suriname, il n'est guère possible de faire état de véritables orientations jurisprudentielles du système en matière de droit international privé. La raison en tient également à l'organisation du système judiciaire. Les tribunaux civils sont ainsi constitués de trois tribunaux cantonaux ou de district, d'une seule cour d'appel, et de la Cour suprême, qui est la plus haute juridiction. Mais la jurispru-

⁹³ *Staatsblad* 1967 no. 697. modifié in *Staatsblad* 1999 n° 30.

⁹⁴ *Staatsblad* 2001 no. 1907.

⁹⁵ *Vid.* par exemple concernant le code de procédure civile, les motifs et explications donnés par le gouvernement surinamais : http://www.gov.sr/media/60093/rechtsvordering.mvt.tekst_dna.pdf.

dence et les précédents ont bien moins d'influence qu'aux Pays-Bas. Il n'y a aucune collection complète de décisions ou de rapports des cours et tribunaux. Pour connaître la jurisprudence, il faut s'appuyer sur les collections publiées périodiquement et la seule revue de droit du pays. Bien qu'il existe divers textes de loi traitant ou précisant des aspects du droit administratif, il n'existe pas d'ordre juridictionnel administratif distinct. Les tribunaux ordinaires, ou le cas échéant des organismes gouvernementaux, agissent comme des tribunaux administratifs⁹⁶.

Concernant Aruba, Curaçao, Sint Maarten et les Îles BES, la jurisprudence de la Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes et du *Hoge Raad* a naturellement, à défaut de codification du droit international privé, une importance particulière. Parmi des décisions récentes marquantes peuvent être signalées les arrêts suivants⁹⁷ :

Hoge Raad, 1^{er} février 2013, 11/05047 : la Cour suprême néerlandaise a réaffirmé le principe de concordance entre les systèmes de droit des Pays-Bas et Aruba, Curaçao et Sint Maarten⁹⁸ ;

Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes, 10 mai 2011, AR 1136/07 – H. 246/10 : à défaut d'applicabilité d'une convention internationale ou d'une loi particulière, il faut appliquer le droit international privé non écrit des pays et territoires antillais du Royaume, lequel repose en premier lieu sur la résidence habituelle de la ou des personnes principalement concernées⁹⁹ ;

Hoge Raad, 13 avril 2007, R05/139HR, affaire « Oduber-Lamers » : réaffirmation du principe de reconnaissance mutuelle au sein du Royaume des décisions de justice et actes authentiques dans le contexte du mariage entre personnes de même sexe¹⁰⁰ ;

Cour commune de justice d'Aruba, de Curaçao, de Sint Maarten et des territoires néerlandais des Caraïbes, 27 octobre 2011, EJ G 200/09 – H 165/11, exemple de la prédominance des conventions internationales dans le contexte du droit international privé des anciennes Antilles néerlandaises, dans le contexte de l'application des conventions de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires¹⁰¹.

Pour des décisions plus anciennes, un recueil de jurisprudence a été préparé et publié en 1992¹⁰².

Il est cependant à surveiller dans quelle mesure le très récent livre 10 du Code civil néerlandais¹⁰³, quoique ni directement applicable dans ces territoires, ni indi-

⁹⁶ *Vid.* sur ce point : « Suriname – Courts & Legal System » et « Suriname – Legislation and the Judicial System », in *Foreign Law Guide*, édité par Marci Hoffman, Brill Online, 2014.

⁹⁷ Sur lesquels, voyez les développements qui précèdent.

⁹⁸ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2013:BY1880>.

⁹⁹ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:OGHACMB:2011:BQ8949>.

¹⁰⁰ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2007:AZ6095>.

¹⁰¹ <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:OGHACMB:2011:BT7592>.

¹⁰² *Vid.* Mathijs ten Wolde, « Nederlands – Antilliaans en Arubaans internationaal privaatrecht, Jurisprudentie », Universiteit van de Nederlandse Antillen, 1992.

rectement par des lois similaires promulguées localement, ne pourra pas exercer une influence sur le développement futur du droit international privé de cette partie du Royaume des Pays-Bas¹⁰⁴. Cette influence ne serait guère surprenante compte tenu du principe de concordance du Royaume. Les magistrats, tout comme les fonctionnaires et juristes de ces pays et territoires, sont en outre de formation néerlandaise, ce qui, au-delà de l'influence qui s'attache souvent à la promulgation de codes nouveaux, pourrait encore accentuer le phénomène de contamination. Le code nouveau s'est en outre rapproché sur certains points importants du droit international privé des Antilles néerlandaises, bien que cela ne fût pas la raison des réformes, notamment en affaiblissant en matière de statut personnel le rattachement par la nationalité au profit d'une vision plus souple et flexible des rattachements, autour d'une importance renforcée de la résidence habituelle, qui constitue le rattachement principal du droit international privé des Antilles néerlandaises.

VI. Sources internationales de droit international privé

Concernant le Suriname, le pays est aujourd'hui totalement indépendant, membre des Nations Unies et souverain dans la conduite de sa politique étrangère. L'influence des Pays-Bas n'est plus qu'historique, dans la mesure où le Suriname est Etat contractant d'un certain nombre de traités internationaux au titre de la succession d'Etat suite à son indépendance, y compris certaines conventions d'Unidroit¹⁰⁵. Les relations bilatérales avec les Pays-Bas ont donné lieu à la conclusion d'un accord bilatéral sur la reconnaissance et l'exécution des jugements¹⁰⁶. Un certain nombre d'accords bilatéraux a également été conclu avec les États-Unis et Cuba, mais ces accords ne concernent pas principalement le droit international privé¹⁰⁷. Le Suriname est en outre Membre de la Conférence de La Haye de droit

¹⁰³ Sur cette réforme, *vid.* K. Boele-Woelki & D. van Iterson, The Dutch Private International Law Codification: Principles, Objectives and Opportunities, vol 14.3 *Electronic Journal of Comparative Law* (December 2010), <http://www.ejcl.org/143/art143-3.pdf>. Pour une traduction française, voyez *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2012, p. 674 et p. 1058.

¹⁰⁴ *Vid.* le Kamerstuk 32137 nr. C « Vaststelling en invoering van Boek 10 (Internationaal privaatrecht) van het Burgerlijk Wetboek (Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek) » du Sénat des Pays-Bas (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32137-C.html>).

¹⁰⁵ Notamment la Convention de Varsovie de 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international et le Protocole de La Haye du 28 septembre 1955 (<http://unidroit.info/program.cfm?menu=contractingstates&file=instrument&lang=fr&pid=17&do=States>).

¹⁰⁶ Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Suriname concerning the reciprocal recognition and enforcement of judgments and authentic deeds in civil matters, Date of conclusion: August 27, 1976, Place of conclusion: The Hague, Parliamentary paper: 14473). Pour la liste complète des accords bilatéraux, cf the treaty database of the Netherlands (search Suriname and bilateral) <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties>.

¹⁰⁷ *Vid.* <http://foreignaffairs.gov.sr/sr/ministerie-van-buza/over-buza/departementen/onderdirectoraat-geopolitieke-zaken/afdeling-amerika%E2%80%99s.aspx>.

international privé. Il n'est cependant partie à aucune convention dans le cadre de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

Quant aux traités multilatéraux, le Suriname fait principalement partie des instruments suivants¹⁰⁸ :

Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile¹⁰⁹ ;

Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants¹¹⁰ ;

Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers¹¹¹.

Concernant Aruba, Curaçao et Sint Maarten, le Royaume des Pays-Bas négocie et conclut les traités et accords internationaux¹¹². L'art. 24 du Statut du Royaume des Pays-Bas précise que lorsqu'un traité ou accord international affecte Aruba, Curaçao ou Sint Maarten, le traité ou accord en question doit être soumis aux assemblées représentatives d'Aruba, Curaçao ou Sint Maarten¹¹³. L'art. 25 du Statut confère à Aruba, Curaçao et Sint Maarten la possibilité d'un *opt-out* en vue de ne pas faire partie d'un traité ou d'un accord international. Le traité ou accord concerné doit alors préciser que le traité ou l'accord ne s'applique pas à Aruba, Curaçao, ou Sint Maarten. L'art. 26 précise que lorsqu'Aruba, Curaçao ou Sint Maarten communiquent leur souhait pour la conclusion d'un accord économique ou financier international qui a vocation à ne s'appliquer que dans le pays concerné, le Gouvernement du Royaume doit aider à la conclusion d'un tel accord, à moins que ce soit incompatible avec les liens du pays avec le Royaume. L'art. 28 du Statut précise qu'Aruba, Curaçao ou Sint Maarten peuvent, s'ils le souhaitent, adhérer à des organisations internationales. Ces pays sont dans ce cadre lié par un très grand nombre de traités et accords internationaux. On en compte plus de 1400 pour Aru-

¹⁰⁸ Le site web de l'Assemblée nationale recensant les accords internationaux applicables au Suriname reste encore incomplet (*vid.* <http://www.dna.sr/wetgeving/surinaamse-wetten/overeenkomsten-verdragen/>). Pour une liste plus complète, voyez le site web Wikipédia, « Treaties_of_Suriname » (http://en.wikipedia.org/wiki/Category:Treaties_of_Suriname).

¹⁰⁹ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=33.

¹¹⁰ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=38.

¹¹¹ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=41.

¹¹² Le régime applicable aux traités qui n'ont pas d'incidence sur Aruba, Curaçao, et / ou Sint Maarten, est prévu par les dispositions de la Constitution du Royaume des Pays-Bas et donc de fait les Pays-Bas seuls.

¹¹³ L'article précise en outre que lorsque un tel traité ou accord est soumis à l'approbation tacite des États-Généraux des Pays-Bas (en néerlandais: *Staten – Generaal der Nederlanden*), les ministres plénipotentiaires peuvent communiquer leur souhait que le traité ou accord requiert l'approbation expresse des États-Généraux.

ba¹¹⁴, et la liste des traités s'appliquant aux anciennes Antilles néerlandaises était également très importante¹¹⁵.

Concernant les îles BES, ces territoires font désormais partie des Pays-Bas, mais leur statut particulier a pour conséquence que ni les accords internationaux ni le droit européen applicable aux Pays-Bas ne s'étendent automatiquement à ces territoires.

S'agissant des traités bilatéraux sur la reconnaissance et l'exécution des jugements conclus par le Royaume des Pays-Bas, Aruba, Curaçao, Sint Maarten et les îles BES sont liés par les instruments liant le Royaume des Pays-Bas au Royaume-Uni et à l'Allemagne. L'accord bilatéral sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile conclu entre le Royaume des Pays-Bas et l'Autriche s'applique uniquement à la partie européenne des Pays-Bas et Aruba¹¹⁶.

Quant aux traités multilatéraux conclus dans le cadre de la Conférence de La Haye, le Royaume des Pays-Bas est partie aux conventions suivantes, avec indication de l'applicabilité aux pays et territoires des anciennes Antilles néerlandaises concernés :

Convention du premier mars 1954 relative à la procédure civile, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, applicable à Aruba ;

¹¹⁴ Liste des traités Aruba (en néerlandais) : <http://www.arubaforeignaffairs.com/afa/readBlob.do?id=727>.

¹¹⁵ <http://www.arubaforeignaffairs.com/afa/readBlob.do?id=719>.

¹¹⁶ Pour tous les pays et territoires :

Convention between the Kingdom of the Netherlands and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland providing for the Reciprocal Recognition and Enforcement of Judgments in Civil Matters, Date of conclusion: November 17, 1967 ; Place of conclusion: 's-Gravenhage ; Parliamentary paper: 9471 ;

Treaty between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Germany concerning the reciprocal recognition and enforcement of judicial decisions and other enforceable orders in civil and commercial matters ; Date of conclusion: August 30, 1962 ; Place of conclusion: 's-Gravenhage ; Parliamentary paper: 7570.

Pour Aruba seulement (en plus du territoire européen) :

Treaty between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria concerning the reciprocal recognition and enforcement of judicial decisions and authentic acts in the sphere of civil and commercial law ; Date of conclusion: February 6, 1963 ; Place of conclusion: 's-Gravenhage ; Parliamentary paper: 8041.

Ce qui exclut les conventions bilatérales suivantes :

Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Suriname concerning the reciprocal recognition and enforcement of judgments and authentic deeds in civil matters ; Date of conclusion: August 27, 1976 ; Place of conclusion: 's-Gravenhage ; Parliamentary paper: 14473 ;

Convention between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Italy on the recognition and enforcement of judicial decisions in civil and commercial matters ; Date of conclusion: April 17, 1959 ; Place of conclusion: Rome ; Parliamentary paper: 6702.

Convention du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, applicable à Aruba ;

Convention du 5 octobre 1961 supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, applicable à Aruba ;

Convention du premier février 1971 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, applicable à Aruba ;

Protocole additionnel du premier février 1971 à la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale, applicable à Aruba ;

Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, applicable à Aruba ;

Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, applicable à Aruba ;

Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, applicable à tous les pays et territoires ;

Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, applicable à Aruba ;

Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, applicable dans la partie caraïbe des Pays-Bas (Bonaire, Saint-Eustache et Saba) ;

Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, applicable dans la partie caraïbe des Pays-Bas (Bonaire, Saint-Eustache et Saba) ;

Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, applicable à Curaçao et dans la partie caraïbe des Pays-Bas (Bonaire, Saint-Eustache et Saba).

Ne sont pas applicables, bien que le Royaume des Pays-Bas soit Etat contractant (les conventions ne s'appliquant donc, en ce qui concerne le Royaume des Pays-Bas, qu'en Europe) :

Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux ;

Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ;

Convention du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice ;

Convention du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance.

S'agissant d'autres conventions multilatérales pertinentes, s'appliquent également les conventions suivantes :

Convention relative à la procédure civile du 17 juillet 1905, conclue à La Haye, applicable à tous les pays et territoires¹¹⁷ ;

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères ("Convention de New York") (New York, 1958), applicable à tous les pays et territoires¹¹⁸ ;

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), applicable à Aruba¹¹⁹ ;

Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001,¹²⁰ et le Protocole portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques à la convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001¹²¹, applicables à tous les pays et territoires ;

Convention de Rome pour l'unification de certaines règles relatives à la saisie conservatoire des aéronefs du 29 mai 1933¹²², applicables à tous les pays et territoires.

Fait surprenant également, les deux conventions fondatrices du droit international privé européen qui sont aujourd'hui remplacées par des règlements subsistent dans les pays et territoires des anciennes Antilles néerlandaises. Il s'agit de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (applicable à tous les pays et territoires)¹²³ et de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (applicable à Aruba)¹²⁴.

Les instruments internationaux sont donc une source de tout premier ordre pour le droit international privé des anciennes Antilles néerlandaises. Si l'influence des sources internationales a logiquement fortement faibli pour le Suriname, en raison du relatif isolement sur la scène internationale dont il a souffert dans un premier temps après son indépendance, les pays et territoires du Royaume des Pays-Bas ont

¹¹⁷ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1905/7/003274.html>.

¹¹⁸ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1958/6/006850.html>.

¹¹⁹ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1980/4/000633.html>.

¹²⁰ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/2001/11/010297.html>.

¹²¹ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/2001/11/010298.html>.

¹²² <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1933/5/005860.html>.

¹²³ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1980/6/000651.html>.

¹²⁴ <http://www.minbuza.nl/en/key-topics/treaties/search-the-treaty-database/1968/9/003171.html>.

grandement profité de la conception du droit international privé de source internationale défendue par le Royaume des Pays-Bas et de son implication pour le développement d'un droit international privé d'abord international, puis européen. Ces sources internationales constituent donc un élément indispensable dans le raisonnement de droit international privé à suivre dans les anciennes Antilles néerlandaises.

CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOMBIANO

José Luis MARÍN FUENTES

Sumario: I. Características generales del sistema. 1. Antecedentes legales 2. Cuestiones de técnica legislativa. 3. Participación limitada en la codificación internacional y en los tratados internacionales. II. Ámbito de la jurisdicción y proceso en las relaciones transfronterizas. 1. Competencia judicial internacional de los tribunales colombianos: A) Alimentos; B) Adopción internacional; C) Protección de menores. D) Régimen matrimonial; E) Sucesiones; F) Contratos internacionales; G) Contratos de trabajo; H) Bienes muebles e inmuebles; I) Arbitraje internacional; J). Proceso con elemento extranjero; K) Derecho migratorio; L). Procedimiento civil internacional; M). Poderes. N) Información del Derecho extranjero; O) Pruebas; P) Medidas cautelares. III. Determinación de la ley aplicable. 1. Características del bloque normativo. 2. Normas reguladoras: A) Capacidad y estado civil; B) Personas jurídicas; C). Forma de los actos; D) Matrimonio y crisis matrimoniales; E). Sucesión por causa de muerte; F). Testamentos; G) Obligaciones extracontractuales; H) Obligaciones contractuales; I) Bienes. 3. Normas de aplicación. IV. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras. 1. Decisiones y actos susceptibles de reconocimiento. 2. Regímenes de exequátur.

I. Características generales del sistema

1. Antecedentes legales

Al igual que en muchos otros Estados latinoamericanos, en Colombia luego del proceso de independencia, su sistema normativo, en especial el civil, estuvo inicialmente atado al español hasta el año de 1825¹, época en la cual se crearon unas comisiones legislativas encargadas de elaborar proyectos de leyes civiles para los nuevos Estados; de tales proyectos unos estaban apoyados en el derecho español, idea propuesta por Francisco de Paula Santander, otros en el derecho francés, que era el propuesto por Simón Bolívar; sin embargo ninguno de éstos llegó a feliz término por las diferencias ideológicas que enfrentaban a ambos personajes y sumiría al país en una serie de conflictos que durarían varios años. Luego de que el país estaba en una estabilidad política más equilibrada en lugar de crear un cuerpo normativo propio se decidió adoptar en el territorio nacional un Código Civil desarrollado por Andrés Bello en Chile que tenía como fundamento el Código Napoleón y que es el que aún sigue vigente en el territorio nacional² y el cual contiene varias

¹ Leyes de recopilación de las Indias, la nueva recopilación de Castilla, las Siete Partidas de Alfonso el Sabio entre otras.

² En el poco tiempo que duró el sistema de los Estados Unidos de Colombia dicho Código sería adoptado en el año de 1858 el Estado soberano de Santander adoptó con pocas modificaciones, luego Cundinamarca y

normas propias del derecho internacional privado las cuales se complementan con algunos tratados firmados por Colombia al respecto.

2. Cuestiones de técnica legislativa

El sistema colombiano de Derecho internacional privado se componen esencialmente en una serie de normas de orden estatal que se hallan dispersas por todo el ordenamiento jurídico colombiano en especial en el Código Civil [Ley 57 y 153 de 1887], el nuevo Código General del Proceso – CGP [Ley 1564 de 2012], el Código Sustantivo del Trabajo [Decreto Ley 3743 de 1950] el Código de Comercio [Decreto No. 410 de 1971] y algunas leyes ratificatorias de tratados y convenios internacionales sobre la materia³; todo ello constituye la base del DIPr en Colombia; en consecuencia no existe un cuerpo normativo estructurado y coherente que regule las cuestiones de DIPr, por lo que cada caso particular deberá ser estudiado con relación al carácter del mismo, sea éste sustantivo o procesal.

Lo anterior puede ser un efecto del poco interés que se le ha prestado a la materia, ya que se pueden contar en los dedos de las manos los internacional privatistas que ha tenido Colombia⁴ en toda su historia, dentro de éstos, estimo que el más relevante fue Jesús María Yepes quien dirigió la delegación colombiana que estuvo presente en la conferencia Panamericana de La Habana de 1928 donde se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado o de Bustamante, el cual Colombia nunca ratificó ni adoptó, entonces ese hecho puede ser muy dicente en cuanto al interés que se le pudo haber prestado a la materia; quizás también se pudo haber debido a la situación política y social que ha atravesado Colombia especialmente en las últimas décadas donde el nivel de confrontación social interna hizo que fuera innecesario dedicarse a una materia que no era muy relevante, ello por el poco contacto que venía teniendo el país con el exterior. Hoy en día las cosas han cambiado y la situación se ha invertido lo que ha conllevado a que se le esté prestando mayor interés.

3. Participación limitada en la codificación internacional y en los tratados internacionales

No es un secreto que el Estado colombiano ha sido un poco renuente a tratar asuntos relacionados con el DIPr, ni a participar de los foros internacionales que sobre la materia existen. Prueba de ello es que no es miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sin embargo ha adoptado cinco convenciones⁵.

Cauca en 1859, Panamá en 1860, Antioquia y Boyacá en 1864; y el 26 mayo 1873 por iniciativa del presidente Murillo Toro se adoptó como código civil de la Unión el cual permanece hasta el día de hoy.

³ Estas serán analizadas posteriormente.

⁴ Fernando Vélez Barrientos, Jesús María Yepes, Alfredo Cook Arango, José Joaquín Caicedo Castilla entre otros.

⁵ Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños del 25 de octubre de 1980. Ley 173 de 1994; Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción interna-

A nivel regional ha participado en varias Conferencias Especializadas a nivel regional o CIDIP de las cuales fueron ratificadas algunas y se espera que otras sean ratificadas en los próximos años. Hay que anotar que lo relativo a las normas generales sobre DIPr, tiene aplicación la Convención de Montevideo de 1979 sobre la materia⁶ y algunas normas especiales son abordadas de acuerdo al Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional, igualmente de Montevideo del 12 febrero 1989⁷.

Desde otro ámbito, Colombia se adhirió al Estatuto Orgánico del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado – UNIDROIT del 15 marzo 1940⁸ sin embargo su participación en el mismo ha sido por no decir escasa, y no ha adoptado, al menos desde un punto de vista oficial ninguno de los instrumentos que allí se han producido. En cuanto a otro de los organismos multilaterales que trabajan sobre el tema, esto es, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, Colombia ratificó mediante la Ley 518 de 1999 la Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, y algunas de sus Leyes Modelos han inspirado la normativa interna sobre temas como el arbitraje internacional⁹, el comercio electrónico y las firmas digitales¹⁰, las garantías reales¹¹ entre otros.

II. Ámbito de la jurisdicción y proceso en las relaciones transfronterizas

1. Competencia judicial internacional de los tribunales colombianos

A) Aspectos generales

El sistema colombiano general de competencia judicial internacional está determinado esencialmente por lo contenido en los arts. 15¹² [Cláusula general o residual

cional del 29 mayo 1993. Ley 265 de 1996; Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros del 5 de octubre de 1961. Ley 455 de 1998; Convención sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en Materia Civil o Comercial del 15 de noviembre de 1965. Ley 1073 de 2006; Convenio sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial del 18 de marzo de 1970. Ley 1282 de 2009.

⁶ Ley 21 de 1981.

⁷ Ley 33 de 1992.

⁸ Ley 32 de 1992.

⁹ Ley 1563 de 2012.

¹⁰ Ley 527 de 1999 y Ley 1341 de 2009.

¹¹ Ley 1676 del 2013.

¹² Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción. Corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra especialidad jurisdiccional ordinaria. Corresponde a los jueces civiles del circuito todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otro juez civil.

de competencia], 16¹³ [Prorrogabilidad e improrrogabilidad de la jurisdicción y la competencia], 19 [Competencia de los jueces civiles del circuito en única instancia], 21 [Competencia de los jueces de familia en única instancia], 22¹⁴ [Competencia de los jueces de familia en primera instancia], 23 [Fuero de atracción], 28 [Competencia territorial], 29 [Prelación de competencia], 30¹⁵ [Competencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia] de la Ley 15645 de 2012 Código General del Proceso (en adelante CGP), y en aquellas normas que ratificaron convenios internacionales sobre la materia y que poseen un carácter especial¹⁶ respecto a su aplicación; en este caso tenemos la Ley 33 de 1992 mediante la cual se aprobó el “Tratado de Derecho Civil Internacional y el Tratado de Derecho Comercial Internacional”, firmados en Montevideo el 12 febrero 1989 el cual define en el Título XIV [De la Jurisdicción] que:

Art. 56. Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

Art. 57. La declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente.

Art. 58. El juicio sobre capacidad o incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles debe seguirse ante el juez de su domicilio.

Art. 59. Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces y de éstos contra aquéllos, se ventilarán, en todo lo que les afecte personalmente, ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores.

Art. 60. Las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallan situados.

¹³ La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo. La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente.

¹⁴ Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos: (...) 23. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y de la restitución de menores en el país.

¹⁵ La Corte Suprema de Justicia conoce en Sala de Casación Civil:

4. Del exequátur de sentencias proferidas en país extranjero, sin perjuicio de lo estipulado en los tratados internacionales.

5. Del exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero, de conformidad con las normas que regulan la materia.

¹⁶ El art. 10 Cc señala: “1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general” [*specialia generalibus derogat*].

Art. 61. Los jueces del lugar en el cual fue discernido el cargo de tutor o curador son competentes para conocer el juicio de rendición de cuentas.

Art. 62. El juicio sobre nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal.

Art. 63. Serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales los jueces del lugar en que estén ubicados esos bienes.

Art. 64. Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el art. 24.

Art. 65. Los juicios relativos a la existencia y disolución de cualquier sociedad civil deben seguirse ante los jueces del lugar de su domicilio.

Art. 66. Los juicios a que den lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios.

Art. 67. Las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga. Si comprendieren cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de cada una de ellas.

Ha de tenerse presente que entre tales normativas debe existir una armonización que permita definir con claridad cuál es el juez competente en cada caso específico¹⁷. De otro lado, cuando se presente algún conflicto entre las normas de origen nacional y aquellas de procedencia convencional, estimamos ha de darse aplicación a la regla que regule de una manera más coherente la materia en cuestión, para de esa forma proteger su carácter de norma de orden público tal y como se establece en el caso colombiano¹⁸.

Abordando de forma específica el tema aquí estudiado se puede observar lo siguiente de acuerdo a la materia tratada:

¹⁷ El nuevo Código en su art. 90 retomó el numeral 7º del art. 85 del antiguo Código de Procedimiento Civil que establecía que un juez podía rechazar de plano una demanda cuando a su arbitrio careciera de jurisdicción o competencia para lo cual debería remitirla con todos sus anexos al juez que considerara competente. Sin embargo en el plano internacional esto puede ser poco probable, a menos que se encuentre obligado por un tratado internacional de cooperación judicial, lo cual indicaría que simplemente rechaza la demanda y envía a las partes a litigar ante el juez que estime competente, o en caso de apelación sería el superior jerárquico el que defina tal competencia.

¹⁸ Art. 13. *Observancia de normas procesales*. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley. Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.

B) Alimentos

La cuestión sobre la competencia jurisdiccional en materia de reclamos sobre alimentos debidos y que tenga carácter internacional, es decir, que sean reclamados en el país o que desde el mismo se pretendan exigir al demandado ubicado en otro Estado será del resorte del Juez de Familia del domicilio o residencia donde se halle el demandante; y será de única instancia en aquellos procesos donde se discuta la fijación, disminución y exoneración alimentos; esto de acuerdo al art. 21 CGP numeral 7°, el cual se debe armonizar con el art. 2° de la Ley 471 de 1998 mediante la cual se ratificó la Convención de Nueva York de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero. De la misma forma podrán ser aplicables a esta clase de procesos los siguientes artículos de la Ley 449 de 1998 que aprobó la Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias:

Art. 8°. Competencia en la esfera internacional. Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor:

- a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor;
- b) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o
- c) El juez o autoridad del estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia.

Art. 9°. Serán competentes para conocer las acciones de aumento de alimentos, cualesquiera de las autoridades señaladas en el art. 8°. Serán competentes para conocer de las acciones de cese y reducción de alimentos, las autoridades que hubieren conocido de la fijación de los mismos.

La exigencia anterior deberá ajustarse a lo señalado en la Ley 1008 de 2006 que señala en su único artículo: “El conocimiento y trámite de los asuntos que sean materia de Tratados y Convenios Internacionales vigentes en Colombia en los que se reconozcan principios, derechos, garantías y libertades de los niños y de las familias, será de competencia de los Defensores de Familia en su fase administrativa y de los Jueces de Familia y Jueces Promiscuos de Familia en su fase judicial. En los municipios donde no haya Juez de Familia o Promiscuo de Familia, el trámite será de competencia de los Jueces Civiles y Promiscuos Municipales. El principio de celeridad será de rigurosa aplicación en la ejecución de estos Tratados y Convenios Internacionales y las disposiciones contenidas en ellos tendrán prevalencia sobre las contenidas en otras leyes”.

C) Adopción internacional

En materia de adopción internacional en Colombia la competencia está por así decirlo dividida o compartida, ya que el verdadero proceso lo adelanta una autori-

dad administrativa; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF [Autoridad Central de Colombia en la Materia de acuerdo a la Ley 265 de 1996 que aprobó La Convención de La Haya de 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional] que es la que instruye el dossier y una vez que el mismo está completo y aprobado se lo remite al juez de Familia¹⁹ del domicilio donde se halle el menor quien será en última el competente para avalar o negar dicha adopción.

D) Protección de menores

La regulación de la competencia en materia de protección de menores y su traslado ilícito a otro país está dictada esencialmente por el art. 22 CGP el cual en su inciso 23 señala que: “Los jueces de familia conoce de la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes y de la restitución de menores en el país”. En ese sentido tal potestad va unida a la que tiene en primera instancia la Autoridad Central en materia de tratados internacionales de protección a los menores que actúa como órgano de instrucción y formación del expediente, el cual luego será sometido a la decisión del juez. En este caso es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF quien actúa en tal calidad.

Colombia ha suscrito varios acuerdos internacionales en la materia los cuales definen y complementan igualmente la competencia de sus tribunales; entre éstos se encuentran: La Ley 173 de 1994 que aprobó el Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños; la Ley 470 de 1998 que aprobó la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”, hecha en México, D. F., México, el dieciocho (18) marzo mil novecientos noventa y cuatro (1994), y la Ley 880 de 2004 que aprobó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, Uruguay, el quince (15) julio mil novecientos ochenta y nueve (1989).

E) Régimen matrimonial

La competencia de los tribunales colombianos en materia de regímenes matrimoniales está atribuida concurrentemente al juez del domicilio de los cónyuges, se dice concurrentemente ya que el art. 28 CGP en su numeral 2º señala que: “también será competente el juez que corresponda al domicilio común anterior...” por lo que

¹⁹ Art. 21 CGP numeral 11: “Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asunto: de la revisión de la declaratoria de adoptabilidad”. Ello de acuerdo a la Ley 1098 del 2006 que en su art. 108 señala: “Homologación de la declaratoria de adoptabilidad. Cuando se declare la adoptabilidad de un niño, una niña o un adolescente habiendo existido oposición en la actuación administrativa, y cuando la oposición se presente en la oportunidad prevista en el párrafo primero del artículo anterior, el Defensor de Familia deberá remitir el expediente al Juez de Familia para su homologación. En los demás casos la resolución que declare la adoptabilidad producirá, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y deberá ser inscrita en el libro de varios de la notaría o de la oficina de registro civil”.

abre la posibilidad que otro juez pueda avocar competencia sobre dicho asunto. Entonces creemos que tal atribución puede ir dirigida a los jueces del domicilio del demandante en caso que no se presente un domicilio común, ello de acuerdo al numeral primero de tal artículo.

Por otro lado en materia de competencia entra también en juego los art. 62 y 63 de la Ley 33 de 1992 que igualmente otorgan competencia a los jueces del domicilio conyugal en asuntos sobre la nulidad del matrimonio, divorcio, disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos, así como las cuestiones que surjan sobre la enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales, competencia que será atribuida a los jueces del lugar en que estén ubicados esos bienes.

Hay tener también presente el hecho que el art. 23 CGP define para éstos casos un fuero de atracción en favor del juez que conozca de

“...controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios, lo mismo que de los procesos sobre el régimen económico del matrimonio y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, relativos a la rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma, las acciones que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales, la revocación de la donación por causa del matrimonio, el litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se disputa si estos son propios o de la sociedad conyugal, y las controversias sobre subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal o a favor de esta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal o sociedad patrimonial entre compañeros permanentes...”.

Frente a la competencia que posee el juez en este caso, creemos que se hace necesario aclarar que debe darse aplicación preferente al principio del *forum rei sitae* ya que si bien no existe problema en cuanto a los bienes situados en Colombia, si lo habrá con aquellos que se hallen en otro país donde probablemente dicha competencia se perdería por lo aplicación de normas de orden público de dicho Estado donde éstos se ubican.

F) Sucesiones

Con relación a la competencia judicial en materia sucesoral se presenta una de tipo dual tanto entre los jueces del último domicilio del causante en territorio colombiano, como los del lugar de la situación de los bienes inmuebles. Señala incluso la norma que en caso de que a la muerte del causante, éste hubiere tenido varios domicilios, será competente el juez que corresponda al asiento principal de sus negocios²⁰; en igual sentido también serán competentes los jueces de lugar donde se hallen situados los bienes hereditarios – *forum rei sitae*²¹ –; esto por la aplicación de normas concurrentes como las que aquí se han abordado.

²⁰ Art. 28 numeral 123 CGP.

²¹ Art. 66 Ley 33 de 1992.

Por otro lado y al igual que sucede con los regímenes matrimoniales, en Colombia se ha establecido un fuero de atracción en favor del juez que esté tramitando una sucesión de mayor cuantía; al efecto señala el art. 23 que: "...el juez que conozca de ella y sin necesidad de reparto, será competente para conocer de todos los juicios que versen sobre nulidad y validez del testamento, reforma del testamento, desheredamiento, indignidad o incapacidad para suceder, petición de herencia, reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias, controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por incapacidad de los asignatarios...". Lo que en este caso no señala la norma es si dentro de los casos aquí mencionados pueden incluirse los bienes del causante, ya que como se vio, esto puede ser un hecho que cambie tal factor de competencia.

G) Contratos internacionales

El conocimiento y juzgamiento de los asuntos que están relacionados con el campo contractual internacional, y siguiendo los lineamientos señalados en el art. 15 del Código General del Proceso, le corresponde a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil [ya que no existen tribunales de comercio como en otros países] el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción de tipo ordinaria.

Por otro lado, y si bien en Colombia no existe una norma expresa que autorice a las partes a prorrogar la competencia de los tribunales colombianos –*derogatio fori*– en favor de los de otro Estado [salvo en materia arbitral, de acuerdo al art. 69 de la Ley 1563 de 2012 – Estatuto de arbitraje nacional e internacional], en consecuencia, los jueces colombianos podrán asumir dicha competencia si han sido designados como tales en un acuerdo contractual internacional –*prorrogatio fori*–, o como resultado de un acuerdo en materia de competencia judicial con otro Estado o cuando hace parte de un tratado o convención que se ratifique sobre dicho asunto.

Entonces, en conexión con el factor territorial, y en el evento que las partes en una relación contractual internacional no hayan escogido un tribunal competente y la misma presenta algún vínculo con el país; tal hecho le otorgará competencia a los jueces del domicilio en Colombia donde se encuentre el demandado [art. 28 CGP], en caso de que éste no tenga domicilio en el país, será competente el juez de su residencia; sino tiene residencia en el país, será competente el juez del domicilio o de la residencia del demandante. Se debe tener presente que en Colombia la estipulación del domicilio contractual para efectos judiciales se tiene por no escrita²².

En este caso es importante señalar que la competencia anterior deberá estar en consonancia con la prelación que le otorga el art. 29 de la misma normativa que indica que: "Es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad

²² Numeral 3º del art. 28 CGP.

de las partes. Las reglas establecidas por razón del territorio se subordinan a las establecidas por la materia y por el valor”.

H) Contratos de trabajo

En materia laboral la competencia internacional de los tribunales colombianos se determina, siempre y cuando no exista una cláusula compromisoria que someta el litigio al arbitraje, de acuerdo a lo señalado en los siguientes artículos de la Ley 712 de 2001 que establecen:

Art. 2°. Competencia general. La jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral, y de seguridad social conoce de:

1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo. (...).

Art. 5°. Competencia por razón del lugar o domicilio. La competencia se determina por el último lugar donde se haya prestado el servicio, o por el domicilio del demandado, a elección del demandante.

La anterior normativa le brinda la potestad a la parte demandante, bien el empleador o el empleado, para que sean ellos mismos quienes definan con anterioridad, o en el acto el tribunal competente que pueda conocer del litigio que eventualmente los lleve a enfrentar; todo ello de acuerdo a sus propios intereses y a la facilidad con la que puedan acceder a dicho tribunal.

I) Bienes muebles e inmuebles

Sobre esta cuestión es importante aclarar que en Colombia confluyen dos normativas que designan la competencia de los tribunales, las cuales acogen el mismo derrotero en cuanto a la autoridad que es idónea para conocer de estos casos, aplicando el principio del *forum rei sitae*. Al efecto señala el n° 7 del art. 28 CGP que:

“En los procesos en que se ejerciten derechos reales..., será competente de modo privativo el juez del lugar donde estén ubicados los bienes...”; a su vez el art. 33 de la Ley 33 de 1992 antes citada indica que: “Las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre que la acción recaiga. Si comprendieren cosas situadas en distintos lugares, el juicio debe ser promovido ante los jueces del lugar de cada una de ellas”.

En este caso no queda duda en cuanto a la competencia jurisdiccional ya que la normativa vigente así lo señala, esto es, los jueces colombianos serán competentes siempre que el bien (mueble o inmueble) se encuentre situado dentro de su territorio, sino lo serán los del lugar donde éstos se hallen cualquiera sea su categoría.

J) Arbitraje internacional

En materia de arbitraje internacional confluyen una serie de normas de origen tanto local como convencional que definen y estructuran la materia; en ellas se encuentra todo lo relativo a la implementación de los tribunales arbitrales, el desa-

rollo del proceso y la competencia de los árbitros para conocer de los litigios ante ellos llevados, al efecto tenemos la normativa vigente que se compone por estas leyes:

Ley 1563 de 2012 Por medio de la cual se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.

Ley 16 de 1981 que aprobó la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 mayo 1979.

Ley 44 de 1986 que aprobó Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Ciudad de Panamá, el 30 enero 1975.

Ley 39 de 1990 que aprobó la Convención Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

K) Proceso con elemento extranjero – Derecho Migratorio

Para abordar lo relativo al tratamiento que se le otorga a los nacionales de otros Estados es necesario aclarar que en Colombia tal regulación se ha venido desarrollando últimamente a partir de la Constitución Política la cual señala en su art. 100 y con relación a los extranjeros que éstos:

“... disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”.

De la misma manera el Decreto 0834 del 2013 como norma complementaria define todo lo relativo a las cuestiones de entrada y permanencia en el territorio nacional de los ciudadanos de otros Estados.

Lo anterior es un indicativo del nivel de protección que se le brinda al extranjero en Colombia, quien hasta la actualidad no ha sido destinatario de medidas que limiten sus ejercicios civiles al interior del territorio nacional; incluso la legislación migratoria es bastante benévola en cuanto al establecimiento en suelo patrio, ya que un extranjero que haya ingresado legalmente en Colombia puede solicitar allí mismo su cambio de estatus migratorio sin necesidad de salir del país para ello; lo que de acuerdo al derecho comparado en la materia, es bastante avanzado y muestra junto a otras prerrogativas la protección de los derechos de aquellos.

L) Procedimiento civil internacional

Las normas que regulan en Colombia los aspectos procedimentales en una situación jurídica que presenta vínculos con un territorio extranjero se componen tanto de Derecho interno como convencional los cuales en la mayoría de los casos se

deben conjugar armónicamente para poder ofrecer una verdadera solución a los mismos. Al efecto podemos determinar aquellas materias que regulan los diferentes aspectos procesales de un litigio con elementos internacionales que se desarrolla en Colombia sometido a su ordenamiento jurídico.

M) Poderes

El régimen de los poderes otorgados por una persona a otra para que lo represente judicialmente se regula a nivel interno por los arts. 74 y siguientes CGP los cuales definen las clases²³ y los requisitos esenciales para que puedan ser válidamente presentados en el extranjero²⁴. En ese mismo sentido aquellos poderes que van a ser utilizados fuera del país se someterán a lo señalado en la Ley 80 de 1986 que ratificó la Convención de Panamá de 1975 sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero, y cuyo campo de aplicación son las mayoría de los países latinoamericanos. Dicha norma define esencialmente los requisitos de validez y la ley aplicable a la utilización de éstos²⁵. En ese sentido aquellos requisitos en cuanto a la publicidad de tales poderes, así como los efectos y el ejercicio del mismo se sujetarán a la Ley del Estado donde se piensen ejercer²⁶.

De otro lado, si se trata de la notificación de decisiones judiciales en materia civil o comercial se observará en primer lugar lo señalado en los art. 289 y siguientes²⁷ CGP donde se desarrolla lo relativo a las mismas tanto para el ámbito jurídico interno como internacional; las mismas pueden ser llevadas a cabo mediante la utilización de medios electrónicos [art. 120 Ley 1395 de 2010] y complementadas o en consonancia con lo señalado en la Ley 1073 de 2006 que aprobó la Convención

²³ Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados. El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

²⁴ Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el art. 251. Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona. Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital. Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.

²⁵ Art. 2º Ley 80 de 1986.

²⁶ *Ibid.*, art. 5º.

²⁷ Art. 290. Procedencia de la notificación. Art. 291. Práctica de la Notificación. Art. 292. Notificación por Aviso. Art. 293. Emplazamiento para notificación personal. Art. 293. Notificación en estrados. Art. 294. Notificaciones por Estado. Art. 298. Cumplimiento y notificación de medidas cautelares. Artículo 301 Notificación por conducta concluyente.

de La Haya de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

N) Información del Derecho extranjero

Lo relativo al conocimiento y utilización de un derecho no nacional a un litigio que se desarrolla en el ordenamiento jurídico colombiano al igual que en otros eventos está regulado tanto por las normas internas²⁸ también conformadas por aquellas de origen convencional lo que brinda una única referencia en cuanto al tratamiento de los preceptos legales extranjeros en Colombia.

En efecto el art. 177 CGP indica que aquella clase de normas que pretendan ser tenidas como válidas en el proceso deberán aducirse al mismo bien sea a solicitud de parte u ordenadas por el juez de conocimiento. Las mismas para que sean aceptadas como tales deberán ser expedidas por la autoridad competente del respectivo país, o por el Cónsul del mismo en Colombia o el nuestro en aquél.

De la misma forma:

“También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí”²⁹. Si se trata de una ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente.

En cuanto a lo anterior señala esta misma norma, quizás adaptándose a los medios de comunicación modernos que: “Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente”.

Igualmente deberá tenerse en cuenta que para el caso latinoamericano opera la Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho Extranjero de 1982 suscrita en Montevideo y ratificada mediante la Ley 49 de 1982 y que conmina en su art. 2º a que: “las autoridades de cada uno de los Estados Partes proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho”.

O) Pruebas

La cuestión probatoria en un proceso judicial que tenga lugar en Colombia está sometida esencialmente a los postulados CGP el cual en su Sección Tercera [arts. 164 al 274] regula todo lo necesario a la actividad probatoria la cual puede ser aplicable de forma analógica a un proceso de carácter internacional. Esta normativa se complementa con otras normas entre la que se encuentra la Ley 31 de 1987 que aprobó la Convención Interamericana de Recepción de Pruebas en el Extranjero,

²⁸ En especial los arts. 177, 178 y 179 CGP.

²⁹ Art. 177 CGP.

suscrita en Panamá el 30 enero 1975 y su Protocolo Adicional, suscrito en La Paz, Bolivia, el 24 mayo 1984.

Al señalar el art. 167 CGP que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen— actor incumbit probatio —, entonces se deja en manos de los interesados aportar al proceso sin importar su origen, todo aquél material probatorio que pueda ser idóneo para lograr los resultados buscados. Lo anterior no significa que el juez pierda su potestad de ordenar de oficio la producción de las pruebas que estime convenientes para estructurar mejor su decisión³⁰.

En materia probatoria también es de aplicación en Colombia la Convención de La Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial, la cual fue ratificada por la Ley 1282 de 2009.

De la misma forma cuando hayan de practicarse pruebas en el exterior se deberá seguir lo preceptuado por el art. 182 CGP que indica: “Cuando se requiera la práctica de pruebas en territorio extranjero y no puedan practicarse con el uso de los medios técnicos mencionados en el art. 171 [videoconferencias, teleconferencia, o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración o contradicción], se observará lo dispuesto en el art. 41”³¹; el cual igualmente se halla complementado por una norma de origen convencional como lo es la Ley 27 de 1988 que aprobó la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 1975 hecha en Panamá y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, suscrito en Montevideo el 8 mayo 1979.

³⁰ Art. 169 CGP: *Prueba de oficio ya petición de parte*. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes. Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.

Art. 170. *Decreto y práctica de prueba de oficio*. El juez deberá decretar pruebas de oficio, en las oportunidades probatorias del proceso y de los incidentes y antes de fallar, cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia. Las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes.

³¹ Art. 41. *Comisión en el exterior*. Cuando la diligencia haya de practicarse en territorio extranjero, el juez, según la naturaleza de la actuación y la urgencia de la misma, y con arreglo a los tratados y convenios internacionales de cooperación judicial, podrá: 1. Enviar carta rogatoria, por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, a una de las autoridades judiciales del país donde ha de practicarse la diligencia, a fin de que la practique y devuelva por conducto del agente diplomático o consular de Colombia o el de un país amigo. 2. Comisionar directamente al cónsul o agente diplomático de Colombia en el país respectivo para que practique la diligencia de conformidad con las leyes nacionales y la devuelva directamente. Los cónsules y agentes diplomáticos de Colombia en el exterior quedan facultados para practicar todas las diligencias judiciales para las cuales sean comisionados. Para los procesos concursales y de insolvencia se aplicarán los mecanismos de coordinación, comunicación y cooperación previstos en el régimen de insolvencia transfronteriza.

En cuanto a los requisitos exigidos en años anteriores para ciertas pruebas que debían ser allegadas a los procesos judiciales, muchos de ellos desaparecieron con la entrada en vigor de la Ley 455 de 1998 que aprobó la Convención de La Haya de 1961 sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros, también conocida como la de la apostilla.

P) Medidas cautelares

En cuanto a esta clase de medidas de tipo procedimental, la competencia para tomarlas está dividida en dos clases de tribunales; los jurisdiccionales y los arbitrales. En cuanto a los primeros, será el juez de conocimiento el que las puede ordenar bien sea de oficio o a petición de parte bien sea que la solicitud proviene del extranjero. En ese sentido el art. 298 CGP señala que:

“Las medidas cautelares se cumplirán inmediatamente, antes de la notificación a la parte contraria del auto que las decreta. Si fueren previas al proceso se entenderá que dicha parte queda notificada el día en que se apersona en aquel o actúe en ellas o firme la respectiva diligencia. Los oficios y despachos para el cumplimiento de las mencionadas medidas solamente se entregarán a la parte interesada. La interposición de cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada. Todos los recursos se consideran interpuestos en el efecto devolutivo”.

Lo anterior también es desarrollado por los arts. 588 al 602 de la misma normativa, la cual también recibe apoyo por parte de la Ley 42 de 1986 que aprobó la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, hecha en la ciudad de Montevideo el 8 mayo 1979.

Respecto a la potestad de los árbitros para dictar esta clase de medidas, indica el art. 32 de la Ley 1563 de 2012 que regula el arbitraje internacional que:

“A petición de cualquiera de las partes, el tribunal podrá ordenar las medidas cautelares que serían procedentes de tramitarse el proceso ante la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, cuyos decretos, práctica y levantamiento se someterán a las normas del Código de Procedimiento Civil, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a las disposiciones especiales pertinentes. El tribunal podrá comisionar al juez civil municipal o del circuito del lugar en donde deba practicarse la medida cautelar. Cuando se trate de procesos arbitrales en que sea parte una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, además de la posibilidad de comisionar a los referidos jueces civiles, el tribunal de arbitraje podrá comisionar al juez administrativo, si lo considera conveniente.

Adicionalmente, el tribunal podrá decretar cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar, el tribunal apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Asimismo, el tribunal tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El tribunal establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer, de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo.

Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares innominadas, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida.

Si el tribunal omitiere el levantamiento de las medidas cautelares, la medida caducará automáticamente transcurridos tres (3) meses desde la ejecutoria del laudo o de la providencia que decida definitivamente el recurso de anulación. El registrador o a quien le corresponda, a solicitud de parte, procederá a cancelarla.

Parágrafo. Las medidas cautelares también podrán tener como objeto recaudar elementos de prueba que pudiesen ser relevantes y pertinentes para la controversia.

Quien ejerza funciones jurisdiccionales, podrá decretar medidas cautelares para este propósito en los procesos sometidos a su conocimiento, sean o no procesos arbitrales³².

III. Determinación de la ley aplicable

1. Características del bloque normativo

Al igual que sucede en muchos ordenamientos jurídicos de la región con excepción de Venezuela y Uruguay, en Colombia no se puede hablar de un bloque normativo en cuanto a las reglas de DIPr ya que las mismas no tienen un texto normativo unificado que las contenga de forma sistemática y coherente; éstas se hallan dispersas en todo el sistema legal, esto es, en códigos, en leyes ratificadorias de tratados internacionales sobre la materia y en otras normas que no han sido incluidas en ninguna de las anteriores; todo ello conlleva no solo a un desconocimiento generalizado sobre las mismas, sino a un manejo confuso por parte de los operadores jurídicos que pretenden aplicarlas o definir las frente a una situación jurídica determinada.

Entonces para poder llevar a cabo un estudio serio sobre las mismas habrá que acudir a cada texto por separado e identificar cada norma individualmente. En Código Civil [Ley 57 y 153 de 1887] aparecen reseñadas algunas que desde un plano básico abordan de manera no muy clara lo relativo al estatuto personal³², a la ley que regula los bienes³³, la que regula la forma de los actos³⁴ y el orden público³⁵. Por eso en cuanto a la estructura y definición de normas generales de derecho inter-

³² Art. 19.

³³ Art. 20.

³⁴ Art. 21.

³⁵ Art. 16.

nacional privado lo mejor es acudir a lo preceptuado en la Ley 21 de 1981 que aprobó la Convención Interamericana de Montevideo sobre normas generales de Derecho Internacional Privado del año 1979 donde se detalla de forma más clara como determinar la norma jurídica aplicable a los casos que regula tal rama del derecho, y las particularidades que éstas poseen.

Otras normas con carácter especial deberán ser buscadas en cada ley o código que regula la materia, y ser complementada con la Ley 33 de 1992 que ratificó la el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1989, así como los otros tratados sobre la materia abordados anteriormente. Es importante señalar que si bien Colombia hizo parte de la Conferencia Panamericana de La Habana de 1928 donde se aprobó el Código de Derecho Internacional Privado, nunca ratificó el mismo por los que sus normas no tienen aplicación al menos de forma directa en situaciones jurídicas que comporten elementos extranjeros.

2. Normas reguladoras

A) Capacidad y estado civil

De acuerdo con el art. 19 Cc, “los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles: 1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de competencia de la unión”; lo anterior plantea lo referente la sumisión de la *statuta personalis* a la ley nacional, cuestión que se ha de complementar con los arts. 1019³⁶, 1061³⁷ y 1503³⁸ que regulan lo relativo a la capacidad para contraer obligaciones, para testar y para suceder; esto en concordancia con el art. 1º de la Ley 33

³⁶ “Para ser capaz de suceder es necesario existir naturalmente al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el art. 1014, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se trasmite la herencia o legado. Si la herencia o legado se deja bajo condición suspensiva, será también preciso existir en el momento de cumplirse la condición. Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los veinte años subsiguientes a la apertura de la sucesión. Valdrán con la misma limitación las asignaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante aunque el que lo presta no haya existido al momento de la muerte del testador”.

³⁷ “Inhabilidades testamentarias. No son hábiles para testar:

1º) El impúber.

2º) El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia.

3º) El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa.

4º) Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente.

Las personas no comprendidas en esta enumeración son hábiles para testar”.

³⁸ “Presunción de capacidad. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

de 1992 que señala: “La capacidad de las personas se rige por las leyes de su domicilio”.

En cuanto al domicilio, éste se regula por los arts. 76 Cc que deberá armonizarse necesariamente con el art. 5º al 9º³⁹ Ley 33 de 1992.

Con relación a la nacionalidad, ésta recibe regulación directa de la Constitución Política la cual en su art. 96 determina que:

Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y;

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción. Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley.

En lo anterior se evidencian como criterios para obtener la nacionalidad colombiana los del *ius sanguinis*, *ius soli* y el *ius domicilium*, sin dejar de mencionar que igualmente es aplicable el criterio de la doble nacionalidad para acceder a los derechos que ésta otorga.

Lo referente al estado civil de las personas se halla regulado en Colombia por el Decreto 1260 de 1970 el cual define de manera clara todo lo relativo a éste, así como el derecho al nombre y su tutela, y a los hechos y los actos relativos al estado civil de las personas que están sujetos a registro.

Podemos pues evidenciar que en cuestiones tales como la capacidad y estado civil están presentes los criterios de la nacionalidad como los del domicilio y residencia sin que pueda afirmarse que uno prima sobre los otros, quizás se puede hablar mejor de una complementación entre los unos y otros.

³⁹ “La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio”.

B) Personas jurídicas.

Todo lo referente a la determinación de la ley aplicable a las personas jurídicas viene indicado inicialmente por el art. 73 en conjunto con el 633 C que definen lo que por ésta se ha de entender en el ordenamiento jurídico colombiano; al efecto señala éste último que:

“Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública. Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.

Como su regulación a nivel civil es muy escasa, de ahí que la misma normativa remita al Código de Comercio quien de una forma extensa acoge todo lo relativo a la regularización de éstas en el territorio colombiano. Todo ello se halla contenido en su Libro Segundo que trata el tema de las sociedades comerciales.

En cuanto a su capacidad jurídica de esta clase de personas señala el art. 99 que la misma se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. De la misma forma “... se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y con los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la sociedad”.

Con relación a la ley aplicable a las mismas señala el art. 100 que: “... Sin embargo, cualquiera sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas para todos los efectos, a la legislación mercantil”. A su vez la Ley 33 de 1992 que regula el Tratado de Derecho Civil de Derecho Comercial Internacional de 1889 celebrado en Montevideo, Uruguay, complementa lo anterior indicando que:

Art. 4°. El contrato social se rige tanto en su forma, como respecto a las relaciones jurídicas entre los socios y entre la sociedad y los terceros, por la ley del país en que ésta tiene su domicilio comercial.

Art. 5°. Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica se regirán por las leyes del país de su domicilio; serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados y hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales. Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos.

C) Forma de los actos

El tema referente a la forma de los actos inicialmente lo aborda el art. 21 Cc el cual señala de una forma restrictiva que: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en código judicial de la unión”. Ahora en cuanto a los actos jurídicos de carácter privado encontramos referencia sobre la ley aplicable

a los mismos en los arts. 32 ss Ley 33 de 1992⁴⁰, pero abordan únicamente los actos jurídicos relacionados con los contratos y los efectos que derivan de éstos en cuanto a las prestaciones de las partes.

En materia de contratos internacionales sólo hay regulación en cuanto a la compraventa internacional de mercaderías; éstos son regulados por la Convención de Viena aplicable a la materia [Ley 518 de 1999], en donde la cuestión de la forma del contrato se halla definida en su art. 11 que implementa el sistema de libertad de forma, esto es de ausencia de solemnidades en cuanto a la celebración de los mismos⁴¹.

Vemos pues que en esta cuestión se da una eminente aplicación al principio del *locus regit actum* por un lado y por el otro el de la *lex loci executionis*⁴², incluso la *lex loci celebrationis*⁴³.

D) Matrimonio y crisis matrimoniales

En Colombia la figura del matrimonio encuentra su definición en el art. 42 Constitución Política el cual determina de una forma clara como se forma indicando que:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil”.

⁴⁰ Art. 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.

Art. 33. La misma ley rige:

- a) Su existencia;
- b) Su naturaleza;
- c) Su validez;
- d) Sus efectos;
- e) Sus consecuencias;
- f) Su ejecución;

g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

⁴¹ “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. Lo anterior puede no tener aplicación en los países que establecieron una reserva frente a éste artículo.

⁴² El art. 869 del Código de Comercio señala que: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en Colombia se regirá por la ley colombiana”.

⁴³ Art. 864 del Código de Comercio: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en el que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

La regla anterior viene a redefinir el art. 113⁴⁴ Cc que ha de tenerse como una norma de conflicto cuando de calificar dicha figura a la luz del derecho colombiano se trata. Por eso respecto a la ley aplicable a esta clase de actos que son solemnes⁴⁵, se deberá dar aplicación al art. 21 del mismo código el cual como lo vimos anteriormente desarrolla el principio del *locus regit actum*.

Por otro lado también tiene aplicación en este caso la Ley 33 de 1992 la cual aborda la materia de una forma más sistemática y completa, esto es, en cuanto a la determinación de la ley aplicable a esta clase de actos desarrollando igualmente el principio antes señalado⁴⁶.

Respecto a las obligaciones y deberes de los cónyuges la misma ley en su art. 12 indica que: “Los derechos y deberes de los cónyuges en todo cuanto afecta sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial. Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio”.

Ahora con relación a los efectos que pueden producir en Colombia los matrimonios celebrados en el exterior la Ley 25 de 1992 en su art. 1º señala que los mismos: “Tendrán plenos efectos jurídicos los matrimonios celebrados conforme a los cánones o reglas de cualquier confesión religiosa o iglesia que haya suscrito para ello concordato o tratado de Derecho Internacional o convenio de Derecho Público Interno con el Estado colombiano. Los acuerdos de que trata el inciso anterior sólo podrán celebrarse con las confesiones religiosas e iglesias que tengan personería jurídica, se inscriban en el registro de entidades religiosas del Ministerio de Gobierno, acrediten poseer disposiciones sobre el régimen matrimonial que no sean contrarias a la Constitución y garanticen la seriedad y continuidad de su organización religiosa. En tales instrumentos se garantizará el pleno respeto de los derechos constitucionales fundamentales”.

En ese mismo sentido Ley 266 de 1938 que en su único artículo determina que “Serán válidos en Colombia los matrimonios celebrados ante Agentes Diplomáticos o Cónsules de países extranjeros, siempre que se llenen las siguientes condiciones:

⁴⁴ “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

⁴⁵ Art. 115 Cc.

⁴⁶ Art. 11. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra.

Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos:

- a) Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como *mínimum* catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer;
- b) Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo;
- c) Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos;
- d) Haber dado muerte a uno de los cónyuges ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superviviente;
- e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente.

a) Que la ley nacional de los contrayentes autorice esa clase de matrimonio; b) Que ninguno de los contrayentes sea colombiano; c) Que el matrimonio celebrado no contrarie las disposiciones de los ordinales 7º, 8º, 9º y 12 del art. 140 Cc y la del ordinal 2º. de art. 13 de la Ley 57 de 1887, y d) Que el matrimonio se inscriba en el Registro del Estado Civil, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la celebración”.

Art. 33. La ley del domicilio matrimonial rige:

- a) La separación conyugal;
- b) La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

E) Sucesión por causa de muerte

Las sucesiones por causa de muerte al igual que otras cuestiones que aquí se han tratado, posee una regulación compuesta de normas de origen interno y convencional⁴⁷ lo cual suscita entre las mismas cierto conflicto en cuanto a la aplicación de la ley que debe regular dicha sucesión, ya que por una lado el art. 1012 Cc define que: “La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados. La sucesión se regula por la ley del domicilio en que se abre, salvo las excepciones legales; sin embargo el art. 44⁴⁸ y 45⁴⁹ Ley 33 de 1992 parece contradecir lo estipulado en el Cc ya que éstos en materia de bienes le dan aplicación no a la ley del domicilio –*lex domicilium*–, sino a la de donde se hallen situados – *lex rei sitae*⁵⁰. La situación anterior puede decidirse a favor de ésta última opción ya que el mismo art. 20 Cc y el 26 Ley 33 de 1992 le dan prelación a la *lex rei sitae* en cuanto a la regulación de los bienes.

De otro lado, para los extranjeros que fallezcan en Colombia, se ha señalado que en su sucesión abintestato⁵¹ quienes estén llamados a ella tendrán los mismos dere-

⁴⁷ Ley 33 de 1992.

⁴⁸ La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás.

⁴⁹ La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad de la persona para testar;
- b) La del heredero o legatario para suceder;
- c) La validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;

g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

⁵⁰ Sin embargo el artículo el art. 49 de la misma ley parece contradecir la aplicación de la *lex rei sitae* ya que afirma que: “Los legados de bienes determinados por su género y que no tuvieron lugar designado para su pago se rigen por la ley del lugar del domicilio del testador al tiempo de su muerte...”.

⁵¹ Art. 1054 Cc.

chos que según las leyes vigentes del país les correspondan a los de una sucesión intestada. De igual manera los herederos que se encuentre en el país podrán pedir que se les adjudique la parte que les corresponde en los bienes que el causante posea en el extranjero. Lo anterior debe entenderse a la luz del derecho que pueda resultar aplicable en materia de bienes para ver si admite los derechos que aquí se señalan así como su proporción.

Igualmente hay una cuestión que puede resultar problemática en este sentido y es la autorización que otorga el art. 1054 Cc a los herederos de un causante colombiano que ha dejado bienes en el exterior porque puede resultar que sea un derecho extranjero el que los regule y en consecuencia la aplicación del derecho colombiano quedaría descartada.

F) Testamentos

Como se estableció anteriormente el Colombia el art. 21 Cc determina que la forma de los instrumentos públicos se determinará por la ley del país en que hayan sido otorgados; a su vez el art. 1084 de la misma normativa le otorga validez en Colombia al testamento escrito que haya sido en país extranjero siempre y cuando haya sido celebrado en conformidad con las leyes del país –*locus regit actum*– en donde se otorgó.

En cuanto al tribunal competente para conocer de la apertura de los mismos señala el art. 1065⁵² que: “La apertura y publicación del testamento se hará ante el juez del último domicilio del testador; pero si no fueren hallados allí el notario y los testigos que deben reconocer sus firmas, aquellos actos tendrán lugar ante el juez que designen las leyes de procedimiento”.

G) Obligaciones extracontractuales

La materia relativa a la ley aplicable a las obligaciones que deriven de una responsabilidad extracontractual⁵³ En Colombia⁵⁴ no existe de manera originaria una

⁵² A su vez el numeral 12 del art. 28 CGP señala que: “En los procesos de sucesión será competente el juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte hubiere tenido varios, el que corresponde al asiente principal de sus negocios”.

⁵³ En Colombia no hay una definición como tal sobre lo que por responsabilidad extracontractual se debe entender, sin embargo el art. 2341 hace una aproximación a la misma al señalar que: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por culpa o delito cometido”.

⁵⁴ Algunas normas relacionadas con el tema son la Ley 1591 de 2012 que aprobó el Convenio sobre la responsabilidad internacional por daños causados por objetos espaciales de 1972 suscrito en Washington, Londres y Moscú; la Ley 1159 de 2007 que aprobó el “Convenio de Rotterdam para la Aplicación del Procedimiento de Consentimiento Fundamentado previo a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos, Objeto de Comercio Internacional”, hecho en Rotterdam el diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998); la Ley 945 de 2005 que aprobó el “Protocolo de Basilea sobre responsabilidad e

norma expresa que así lo señale, lo que se define primeramente en cuanto a la materia es la competencia de los tribunales, para lo cual el inciso 6° del art. 28 CPC indica que: “En los procesos originados en responsabilidad extracontractual es también competente el juez del lugar en donde sucedió el hecho”.

A su vez el art. 11 de la Ley 33 de 1992 que ratificó el Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889 determina la ley aplicable pero sólo en materia de responsabilidad en los choques o abordajes marítimos; es así como indica que: “Los choques y abordajes de buques se rigen por la ley del país en cuyas aguas se producen y quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales del mismo”. Por eso al no existir una norma clara y expresa sobre la materia, lo más adecuado es que la misma la defina al partir y a favor del principio de la *lex loci delicti*.

H) Obligaciones contractuales

En el caso de la ley aplicable a las obligaciones contractuales de tipo internacional se puede afirmar que en Colombia no existe una norma expresa que consagre un principio como bien lo hace el art. 7^o⁵⁵ de la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales [México 17 marzo 1994 (CIDIP-V)], aún no ratificada por Colombia, y que es muy cercano a lo preceptuado por el art. 3^o⁵⁶ del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

indemnización por daños resultantes de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación”, concluido en Basilea el diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y nueve (1999); la Ley 29 de 1992 que aprobó el “Protocolo de Montreal relativo a las sustancias agotadoras de la capa de ozono”, suscrito en Montreal el 16 de septiembre de 1987, con sus enmiendas adoptadas en Londres el 29 de junio de 1990 y en Nairobi el 21 de junio de 1999; la Ley 1196 de 2008 que aprobó el “Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes”, hecho en Estocolmo el 22 mayo 2001, la “Corrección al art. 1o del texto original en español”, del 21 de febrero de 2003, y el “Anexo G al Convenio de Estocolmo”, del 6 mayo 2005; la Ley 885 de 2004 que aprobó el “Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos, 1990, hecho en Londres el día treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa (1990) y el “Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por “Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas, 2000”, hecho en Londres el día quince (15) de marzo del año dos mil (2000); la Ley 253 de 1996 que aprobó el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea el 22 de marzo de 1989 etcétera.

⁵⁵ El contrato se rige por el Derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

⁵⁶ “1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato....”

Al no haber normativa clara en cuanto a la ley aplicable a esta clase de obligaciones se puede presumir que será la *lex loci celebrationis*; ello de acuerdo a lo señalado en el art. 864 Ccom: “El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta”.

En cuanto a los contratos internacionales de compraventa de mercaderías, la ley aplicable será la Convención de Viena sobre la materia, especialmente lo preceptuado en su art. 6º [Ley 518 de 1999]

Igualmente se deberá tener presente lo señalado en el art. 869 del citado Código el cual determina que: “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana⁵⁷”

D) Bienes

La regulación de los bienes cualquiera sea su clasificación está delimitada esencialmente por lo contenido en el art. 20⁵⁸ Cc el cual es de aplicación restrictiva en cuanto a aquellos a los que se le aplica; sin embargo deja abierta la posibilidad que los que hayan sido materia de una relación contractual se rijan por una ley diferente⁵⁹. Otra normativa aplicable a los mismos es la Ley 33 de 1992 la cual en su art. 26 dando aplicación al principio de la *lex rei sitae* indica que: “Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles”.

En ese mismo sentido tenemos los arts. 27 al 31 que regulan cuestiones relacionadas con los buques, sus cargamentos, y el cambio de ubicación de los diferentes bienes. En cuanto a la tradición hay que tener en cuenta que los inmuebles están sometidos a la formalidad del registro⁶⁰ así como los automotores⁶¹.

⁵⁷ En ese mismo sentido el art. 1238 indica que: “Para todos los efectos, los contratos de agencia comercial que se ejecuten en territorio nacional quedan sujetos a las leyes colombianas. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita” *lex loci solutionis*—.

⁵⁸ “Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia”.

⁵⁹ “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño”.

⁶⁰ Art. 756 del Código Civil: “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos.

⁶¹ Ley 769 de 2012 Código Nacional de Tránsito, art. 47 “Tradición del dominio. La tradición del dominio de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará en el Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince (15) días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición del vehículo”.

3. Normas de aplicación

El ordenamiento jurídico colombiano al igual que muchos de la región no posee un sistema armónico ni desarrollado en cuanto a la incorporación de normas de conflicto de leyes. Al ratificar la Convención Interamericana sobre normas generales de DIPr, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 mayo 1979 mediante la Ley 21 de 1981 se incorporó al derecho colombiano un grupo de normas que cumplen dicha función; es así como encontramos reglas donde se aborda lo relativo al orden público⁶², a las cuestiones previas⁶³, a la aplicación de la ley extranjera⁶⁴ que encuentra un complemento en el art. 179 CGP en cuanto a la prueba de esta clase de leyes⁶⁵, y el fraude a la ley⁶⁶ entre otros.

IV. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras

1. Decisiones y actos susceptibles de reconocimiento

Inicialmente el reconocimiento hace referencia a la posibilidad de conseguir en el foro, el efecto constitutivo, obligatorio o de cosa juzgada material, ejecutivo o registral de una decisión extranjera. El reconocimiento no se reduce a decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos: los laudos arbitrales, las transacciones judiciales, los actos de jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares o provisionales, o las propias sentencias no firmes, son otras tantas decisiones susceptibles de producir todos o algunos de los efectos citados y, consecuentemente, de provocar un problema de reconocimiento, pese a carecer bien de firmeza, bien de carácter contencioso o bien de la propia naturaleza de una sentencia. Asimismo, no todas las decisiones susceptibles de reconocimiento presentan un carácter jurisdiccional. Existen actos públicos o administrativos (*v.gr.*, una expropiación) que constituyen auténticas decisiones gubernativas susceptibles de producir efectos extraterritoriales. Finalmente, también debe ser objeto de análisis el régimen de los efectos

⁶² Arts. 5 y 6 así como el 16 Cc: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”.

⁶³ Art. 8°

⁶⁴ Art. 2°.

⁶⁵ “El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte. La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país. También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí. Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente. Estas reglas se aplicarán a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas. Sin embargo, no será necesaria su presentación cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente”.

⁶⁶ Art. 6°.

probatorios, ejecutivos o registrales que despliegan los documentos públicos extranjeros, circunstancia que obliga a su vez a analizar el régimen de la ley aplicable a la forma de los actos (arts. 13 y 14 Cc).

En Colombia todo lo relacionado con el reconocimiento de sentencias y laudos proferidos en el exterior se halla regulado en el Código General del Proceso en su libro Quinto el mismo aborda el criterio de reciprocidad el cual se incluye en la normativa aplicable a estos casos, en especial a los efectos que pueden producir las sentencias extranjeras en el país para lo cual se ha señalado que:

“Las sentencias y otras providencias que revistan tal carácter, pronunciadas por autoridades extranjeras, en procesos contenciosos o de jurisdicción voluntaria, tendrán en Colombia la fuerza que les concedan los tratados existentes con ese país, y en su defecto la que allí se reconozca a las proferidas en Colombia. El exequátur de laudos arbitrales proferidos en el extranjero se someterá a las normas que regulan la materia”⁶⁷.

Por eso para que una decisión judicial extranjera pueda desplegar sus efectos en ordenamiento jurídico colombiano y ser reconocida como tal es necesario que cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que no verse sobre derechos reales constituidos en bienes que se encontraban en territorio colombiano en el momento de iniciarse el proceso en que la sentencia se profirió.
2. Que no se oponga a leyes u otras disposiciones colombianas de orden público, exceptuadas las de procedimiento.
3. Que se encuentre ejecutoriada de conformidad con la ley del país de origen, y se presente en copia debidamente legalizada.
4. Que el asunto sobre el cual recae, no sea de competencia exclusiva de los jueces colombianos.
5. Que en Colombia no exista proceso en curso ni sentencia ejecutoriada de jueces nacionales sobre el mismo asunto.
6. Que si se hubiere dictado en proceso contencioso, se haya cumplido el requisito de la debida citación y contradicción del demandado, conforme a la ley del país de origen, lo que se presume por la ejecutoria.
7. Que se cumpla el requisito del exequátur⁶⁸.

2. Regímenes de exequátur

Como lo señala el art. 606 CGP el procedimiento para obtener la eficacia en Colombia de sentencias y actos de autoridades extranjeras es necesario que se acuda a la homologación de los mismos vía el proceso del exequátur el cual deberá surtir el siguiente trámite:

⁶⁷ Art. 605 CGP. En cuanto a los laudos en Colombia se aplica la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en Montevideo, Uruguay, el 8 mayo 1979 (Ley 16 de 1981) y el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Ley 39 de 1990).

⁶⁸ Art. 606 *ibíd.*

La demanda sobre exequátur de una sentencia extranjera, con el fin de que produzca efectos en Colombia, se presentará por el interesado a la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, salvo que conforme a los tratados internacionales corresponda a otro juez, y ante ella deberá citarse a la parte afectada por la sentencia, si hubiere sido dictado en proceso contencioso. Cuando la sentencia o cualquier documento que se aporte no estén en castellano, se presentará con la copia del original su traducción en legal forma. Para el exequátur se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. En la demanda deberán pedirse las pruebas que se consideren pertinentes.
2. La Corte rechazará la demanda si faltare alguno de los requisitos exigidos en los numerales 1 a 4 del artículo precedente.
3. De la demanda se dará traslado a la parte afectada con la sentencia y al procurador delegado que corresponda en razón de la naturaleza del asunto, en la forma señalada en el art. 91, por el término de cinco (5) días.
4. Vencido el traslado se decretarán las pruebas y se fijará audiencia para practicarlas, oír los alegatos de las partes y dictar la sentencia.
5. Si la Corte concede el exequátur y la sentencia extranjera requiere ejecución, conocerá de esta el juez competente conforme a las reglas generales⁶⁹.

Básicamente lo que se presenta en el procedimiento del exequátur es una nueva demanda que deber surtir todo el camino procesal que para el efecto se ha establecido en el ordenamiento jurídico colombiano. Entonces si se busca que la sentencia, el laudo o la decisión administrativa extranjera produzcan efectos en Colombia, éstos estarán supeditados a lo que esté contenido en tal decisión, esto es, lo fallado por el tribunal del país de donde procede la misma.

En este sentido no se puede hablar de una postura general en materia de exequátur para todas las sentencias sino que se debe mirar cada caso específico para saber si se reconoce como tal y en consecuencia produce los efectos buscados. Ahora en Colombia es necesario que se realice un juicio previo, ya que toda sentencia debe someterse a los postulados legales que para el efecto indican tanto el art. 29 de la Constitución Política⁷⁰ que es la observación durante ese nuevo procedimiento de todas las garantías procesales, como el art. 14 CGP que impone la observación de tal precepto constitucional, es así como: “El debido proceso se aplicará a todas las

⁶⁹ Art. 607 CGP.

⁷⁰ “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

actuaciones previstas en este código. Es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Hay pues en Colombia un régimen de condiciones mínimas sustantivas y formales. Tales condiciones se vinculan, por una parte, a exigencias constitucionales o sustantivas (orden público, garantías procesales, control de competencia), y, por otra, a mínimos requisitos formales y de congruencia del sistema jurídico (autenticidad, cosa juzgada...). El carácter irrenunciable de estas condiciones las hace siempre exigibles.

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ COLOMBIEN ET LE PROJET DE LOI MODÈLE DE L'OHADAC

Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS

Sommaire : I. Introduction. II. Caractère non exhaustif et dispersé du droit international privé actuel : 1. Compétence juridictionnelle internationale : A) Réglementation d'Etat; B) Conventions internationales. 2. Détermination du droit applicable : A) Réglementation d'Etat; B) Conventions internationales. 3. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères : A) Réglementation d'Etat; B) Conventions internationales. 4. Coopération internationale entre les autorités III. Le rôle limité de la jurisprudence. IV. Conclusions.

I. Introduction

En avril 2014, la loi modèle de DIPr a été présentée dans le cadre de l'OHADAC¹. Ce texte propose des règles de DIPr claires, simples et qui apportent des solutions adaptées à la réalité contemporaine des relations privées internationales, concernant l'ensemble des matières du DIPr. De plus, il constitue également un fantastique modèle de système de DIPr.

A n'en pas douter, il convient d'employer la Loi modèle OHADAC de DIPr pour adapter les matières de la réglementation de DIPr des pays caribéens qui nécessitent des réformes ou des améliorations ponctuelles. Cependant, le texte apporte avant tout la possibilité de réaliser une révision profonde de la réglementation d'Etat; révision qui permette aux États qui sont dépourvus de cette réglementation de se doter d'un véritable système de DIPr. Il convient pour ce faire de rappeler la situation du DIPr en Colombie.

Ce document analyse le DIPr de la Colombie, et a pour objectif de déterminer dans quelle mesure cet État caribéen a besoin d'une réforme de cette branche de son système juridique. A cet effet, les différentes matières qui constituent le DIPr seront étudiées : la compétence juridictionnelle internationale, le droit applicable, la reconnaissance et l'exécution de décisions de justice et la coopération internationale entre autorités, tout en faisant une distinction entre la réglementation interne et les conventions internationales en vigueur en Colombie dans chacune de ces matières (II). Le rôle joué par la jurisprudence en la matière (III) sera analysé à la suite; et pour finir, seront proposées les conclusions à tirer de cette étude (IV).

¹ <http://s450607662.mialojamiento.es/wp-content/uploads/2014/05/LEY-MODELO-2014.pdf>.

II. Caractère non exhaustif et dispersé du droit international privé actuel

1. Compétence juridictionnelle internationale

A) Réglementation d'Etat

Le domaine de la compétence juridictionnelle internationale représente de manière emblématique l'inadéquation des réglementations d'Etat aux relations privées à l'international. De fait, il n'existe même pas de règles spécifiques à cette question: le Code général de procédure judiciaire (Código General del Proceso, CGP), en marge de certaines dispositions sur l'immunité de juridiction (art. 27), contient uniquement des règles relatives à la compétence territoriale (actuellement, en particulier l'art. 28) qui s'appliquent à la détermination de la compétence internationale, et ce avec des conséquences indésirables, notamment dans certains domaines précis (comme en matière contractuelle). La réforme récente de ce texte, par le biais de la Loi 1564 du 12 juillet 2012², n'a introduit aucune amélioration en la matière.

Le DIPr colombien de source nationale correspond à un modèle moniste: un juge colombien sera reconnu compétent dans des situations de différends internationaux si les règles de compétence territoriale lui accordent cette compétence³. De cette façon, les juridictions nationales colombiennes seront en général saisies en vertu du chef de compétence général du domicile du défendeur, ou de celui du domicile de l'un des défendeurs, s'il y a pluralité de défendeurs; ou encore celui de sa résidence, si le défendeur n'a pas son domicile en Colombie, et également; celui du domicile ou de la résidence du requérant, si le défendeur n'a pas sa résidence dans le pays (art. 28.1° CGP). En outre, l'élection du for du domicile du demandeur est acceptée en matière d'affaires familiales s'il correspond au domicile conjugal antérieur à la séparation (art. 28.2° CGP); pour les procédures ayant trait aux obligations alimentaires, à la filiation et à la responsabilité parentale, ce sera celui du domicile ou de la résidence habituelle du mineur (art. 28.3° CGP); dans le cas des procédures ayant trait à un acte juridique ou impliquant des titres, ce sera le forum executionis (art. 28.3° CGP); en matière de droit des sociétés (nullité, dissolution et liquidation de sociétés, et différends entre associés), celui du domicile principal de la société (art. 28.4° CGP), et dans le cas de litiges relatifs à l'exploitation de succursales, celui de la succursale (art. 28.5° CGP); en

² Diario Oficial, n° 48.489 du 12 juillet 2012. La précédente norme de compétence territoriale était développée dans l'art. 23. Cette Loi 1546 déroge également à l'art. 13 du CPC, dont il est question plus avant.

³ Ce à quoi il faudrait ajouter la condition selon laquelle le litige doit avoir un point de contact matériel avec la Colombie, selon (bien qu'aucune explication complémentaire ne soit fournie) A. Zuleta Londoño, "Las cláusulas de selección de foro y selección de ley en la contratación internacional: una visión desde el Derecho internacional privado colombiano", *Revista de Derecho Privado* (Universidad de los Andes), n° 44, juillet-décembre 2010, pp. 1-20. <http://derechoprivado.uniandes.edu.co/>

matière non contractuelle, le locus damni (loi du lieu où le dommage direct est survenu; art. 28.6° CGP); dans les procédures ayant trait aux droits réels, le locus rei sitae (loi du lieu où se trouve le bien; art. 28.7° CGP); en matière de faillite, celui du domicile du débiteur ou, dans le cas où ils sont plusieurs, celui qui du siège principal de leurs affaires (art. 28.8° CGP); et dans le cadre de procédures de succession; celui du dernier domicile du défunt, ou, dans le cas où ils seraient plusieurs, celui qui correspond au siège principal de ses affaires (art. 28.12° CGP).

L'inconvénient de l'extension de ces règles au domaine de la compétence juridictionnelle internationale se manifeste de manière notoire dans le domaine contractuel, étant donné l'inefficacité qu'aurait, en vertu de la réglementation existante, tout accord portant sur l'élection de for⁴. Avant la réforme de juillet 2012, deux éléments permettaient de présumer de cette inefficacité : d'une part, le fait que les règles de compétence (territoriale) attribuaient compétence en matière contractuelle aux tribunaux du lieu de l'exécution du contrat et aux tribunaux du domicile du défendeur, ou, dans le cas où celui-ci est une personne morale, au lieu où est établie la succursale impliquée dans le litige; et, d'autre part, le fait que l'art. 13 CGP prévoit le caractère non renouvelable de la compétence territoriale. Avec la réforme dont il est question, on déroge à cette disposition, mais il existe encore une autre norme qui rend cette soumission express impossible : le dernier alinéa de l'art. 25.3° (ex 23.5°) du CGP, qui précise que la mention du domicile contractuel à des fins judiciaires sera non écrite.

Si le système autonome ne dispose pas de règles de compétence juridictionnelle internationale, il n'est pas surprenant qu'il n'existe pas non plus de lois relatives à l'application de ces règles. On ne trouvera donc pas de réglementation sur des questions comme le contrôle de la compétence internationale, la litispendance et la connexité internationale ou la *derogatio fori*. A cet égard, et en accord avec les termes de la disposition précitée, c'est à dire en se référant à l'article actuel 28.3° du CGP) ancien art. 23.5° du CGP (entre autres considérations), le Tribunal supérieur du district judiciaire de Bogotá a refusé plusieurs reprises l'application de clauses d'élection de for en faveur de tribunaux étrangers⁵.

B) Conventions internationales

La réglementation d'Etat pourrait être modifiée / remplacée par des dispositions d'instruments conventionnels, aussi bien multilatérales que bilatérales, qui permet-

⁴ *Ibid.*, note 43, pp. 21 ss. Dans "El riesgo en la contratación internacional", sur <http://www.deconsultores.com/index.php/articulos/185-competenciainternacional>, N. Londoño Sepúlveda plaide pour le caractère inapplicable des règles territoriales aux affaires internationales.

⁵ *Vid.* Arrêt du 27 mars 2009, cité par A. Zuleta Londoño, *loc. cit.*, note 43, p. 24, sur http://portal.uextornado.edu.co/pdf/Derecho/derecho_procesal/providenciaReferenciada/B24C4.pdf. *Vid.* également, de la même autorité judiciaire, l'arrêt du 30 avril 2002.

tent d'améliorer la situation. Toutefois, les instruments internationaux en vigueur en Colombie présentent un champ d'application transversal qui réduit considérablement cette possibilité. En effet, c'est uniquement dans le cas d'une question litigieuse impliquant au moins deux États signataires⁶ que le Traité de Montevideo de 1889 peut être appliqué: celui de droit civil international⁷ ou celui de droit commercial international⁸; le Traité de droit international privé entre la Colombie et l'Équateur, fait à Quito le 18 juin 1903⁹ ne sera appliqué que s'il s'agit d'une situation concernant la Colombie et l'Équateur; et, en matière alimentaire, la juridiction compétente ne sera déterminée par la convention interaméricaine sur les obligations alimentaires de 1989¹⁰ que lorsque le créancier d'aliments a son domicile habituel dans un des États adhérents et quand le débiteur a son domicile habituel, ses biens ou ses revenus dans un autre des États adhérents (art. 1)¹¹. Par conséquent, même si ces instruments peuvent établir des règles de compétence judiciaire internationale¹²

⁶ C'est ce champ d'application géographique (inter partes) qui semble s'appliquer, en l'absence de disposition expresse à cet égard, comme il ressort de la lecture de *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, vol. I, 1^è partie, Universidad Nacional de La Plata, Argentine, 1940

⁷ Traité de droit civil international de Montevideo du 12 février 1889, auquel a adhéré la Colombie par la Loi 40 de 1933 (les références de cette loi et celle de toutes les lois suivantes, sont tirées de J.L. Marín Fuentes, "Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su enseñanza". <http://asadip.files.wordpress.com/2009/11/ensenanza-del-derecho-internacional-privado-en-colombia.pdf>). La Colombie n'a pas ratifié les réformes opérées sur ce Traité grâce au traité postérieur de Montevideo, adopté en 1940.

⁸ Traité de droit commercial international de Montevideo du 12 février 1889, adopté par la Loi 40 de 1933

⁹ Adopté le 16 juin 1903, Registro Oficial, n° 189, 19 juillet 1933. <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Civil/Exequ%C3%A1tur%20V.%20Final/Instrumentos%20Internacionales/Tratado%20Rep%C3%ABlicas%20de%20Colombia%20y%20el%20Ecuador.pdf>

¹⁰ Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires, conçue à Montevideo le 15 juillet 1989 (CIDIP IV), approuvée par la Loi 449, le 4 août 1998. Ce texte a été signé le 15 juillet 1989; l'adhésion correspondante a été effectuée le 20 mai 2010, et le dépôt; de l'instrument réalisé le 28 juillet 2010, avec une déclaration relative aux art. 1 et 3 de la Convention (Déclaration lors de la ratification de la convention) : "a. La République de Colombie, au sujet de l'art. 1er de la Convention, déclare que, conformément à l'art. 344 de la Constitution politique, les droits des enfants l'emportent sur ceux des autres. b. La République de Colombie, eu égard à la déclaration antérieure, concernant l'art. 3 de la Convention, déclare que, en accord avec son système juridique et en vertu des règles prévues par ce dernier, outre les créanciers auxquels il est fait référence au paragraphe 2 de l'art. 1 de ladite Convention, celle-ci s'appliquera en faveur des : descendants; ascendants; enfants adoptés; parents adoptifs; frères et sœurs; de toute personne ayant fait une donation importante n'ayant pas été annulée ou rejetée; du compagnon ou de la compagne permanente qui forment une union de fait".

¹¹ *Vid.* l'état des signatures et ratifications sur <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-54.html>.

¹² Le Traité de droit civil international de 1889, et concrètement, ses art. 56-67. Pour les procédures de type personnelles, ces articles prévoient que les tribunaux compétents sont les tribunaux du lieu auxquels est soumis l'acte juridique, ou ceux du domicile du défendeur (art. 56); pour les déclarations d'absence, c'est le juge du dernier domicile du présumé absent (art. 57); pour les jugements portant sur la capacité ou l'incapacité des personnes, c'est le juge du domicile (art. 58); pour les actions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, la tutelle et curatelle sur des mineurs et des personnes incapables, ce sont les tribunaux du domicile des parents, tuteurs ou curateurs (art. 59); pour les procédures relatives à la propriété, la cession,

sans doute plus appropriées que les règles territoriales de la réglementation d'Etat, elles ne s'appliquent qu'à un nombre très limité de situations. La majeure partie des relations privées internationales seront régies, du moins en ce qui concerne la fixation de la compétence juridictionnelle internationale, par les règles d'Etat précitées.

2. Détermination du droit applicable

A) Réglementation d'Etat

Les règles de droit applicable du système autonome colombien ne contiennent pas non plus de réponses adaptées aux relations privées internationales. Les principales dispositions en la matière se trouvent dans le Code civil de 1873 (ciaprès

ou les actions qui affectent les biens de personnes incapables, ce sont les juges du lieu où ces biens sont situés (art. 60); pour les procédures de reddition de comptes, ce sont les tribunaux du lieu où a été décidée la fonction de tuteur ou curateur (art. 61); en matière d'annulation de mariage, de divorce ou de toute autre action qui affecte les relations personnelles entre époux, ce sont les juges du domicile conjugal (art. 62); pour résoudre les questions qui surviennent entre les époux au sujet de cessions ou d'autres actes qui affectent leurs biens matrimoniaux, ce sont les juges du lieu où se trouvent ces biens (art. 63); dans le cas de mesures urgentes en matière familiale, c'est le juge du lieu de résidence des personnes (art. 64); pour les jugements relatifs à l'existence et à la dissolution de toute société civile, ce sont les tribunaux du lieu du siège de la société en question (art.65); pour les procédures de succession, ce sont les tribunaux du lieu où se trouvent les biens hérités (art.66) et pour les procédures réelles et mixtes, les tribunaux du lieu dans lequel se trouve le bien (art. 67). De son côté, le Traité de droit commercial international contient également des références aux chefs de compétence, notamment aux art. 6 et 7 (for de la succursale et for du domicile en matière de sociétés), l'art. 10 (for du domicile de la compagnie d'assurance en cas de procédures relatives à des polices d'assurance initiées contre ladite société; ou de sa succursale, le cas échéant); ou les art. 13, 15 et 18. Le traité bilatéral dispose en matière de compétence, à l'art. XXIV, un *forum executionis* invocable face aux personnes domiciliées dans l'autre État contractant ("Les personnes ayant leur domicile établi dans la République, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers, et qu'ils soient présents ou absents, peuvent être attraites devant les Tribunaux territoriaux pour l'exécution de contrats conclus dans un autre pays"); à l'art. XXV, un *forum presentiae* invocable face à des étrangers, par des nationaux ou des personnes domiciliées dans le for ("Peuvent l'être également les étrangers se trouvant dans le pays, même s'ils n'y sont pas domiciliés, si ces contrats ont été conclus avec des nationaux ou avec d'autres étrangers domiciliés dans la République"); et à l'art. XXVI, un *forum executionis* pour des étrangers, en matière contractuelle; un *forum rei sitae* pour des procédures portant sur des droits réels sur le territoire et une disposition dont la portée est difficile à déterminer («Les étrangers, même s'ils sont absents du pays, peuvent être attraites devant les tribunaux de la Nation : 1°. Pour que les obligations contractées ou celles qui doivent être exécutées dans la République soient respectées; 2°. Quand une action est intentée contre eux concernant des biens qu'ils possèdent et qui sont situés dans la République; et 3°. S'il a été stipulé que le Pouvoir judiciaire de la République doit connaître les différends relatifs aux obligations contractées dans un autre pays»). En ce qui concerne la Convention sur les aliments, et en accord avec l'art.8, ont compétence, au choix du créancier, les tribunaux du lieu de résidence du créancier, comme ceux de la résidence habituelle du débiteur, ou ceux du lieu où se trouvent les biens, revenus ou bénéfices économiques, outre les tribunaux auxquels se soumettent les parties. Pour sa part, l'art.9 donne compétence aux tribunaux susmentionnés pour des actions d'augmentation des prix des aliments, et à ceux qui auraient connu la fixation des prix des aliments; pour leur cessation ou leur réduction.

désigné «Cc»¹³, et concrètement aux art. 18 à 21¹⁴. L'art. 18 Cc, que reproduit l'art. 59 de la Loi 149 de 1888 adoptée ultérieurement, affirme le principe de territorialité absolue de la loi colombienne, indiquant que "la loi est obligatoire pour les ressortissants nationaux comme pour les étrangers résidant en Colombie". Cela implique qu'en principe, c'est la loi colombienne qui sera appliquée par toute autorité de cet État pour tout type de relation privée internationale. L'application de la loi étrangère n'est par conséquent pas possible¹⁵, au-delà de ce que peuvent établir les traités et les conventions qui modifient la réglementation interne.

A la suite, les art. 19, 20 et 21 Cc affirment l'extraterritorialité de la loi colombienne dans certaines situations qui correspondent à des questions comprises respectivement dans le "statut personnel"¹⁶, le "statut réel"¹⁷ et le "statut formel"¹⁸.

D'autres règles du Code civil contiennent une réglementation de fond sur des aspects particuliers des relations juridiques, institutions ou entreprises, telles que le mariage (art. 127), le divorce (art. 163 et 164), le régime économique matrimonial (art. 180), la succession testamentaire et *ab intestat*. (art. 570, 1012, 1053, 1054, 1068, 1012, 1084, 1085, 1086), et l'hypothèque (art. 2436).

Le Code du commerce (ci-après désigné «Ccm») contient également des dispositions significatives qui régissent les institutions, les relations ou les affaires juri-

¹³ Code qui découle directement du Code chilien d'Andrés Bello de 1855. En conséquence de quoi, de la même manière que celui-ci, il trouve ses sources fondamentales dans le droit romain, le droit espagnol et le Code Napoléon. *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario", *El Derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Universidad de los Andes, Publications du vice-rectorat académique, Mérida (Venezuela), 2005, pp. 151–190, esp. pp. 177–178. *Vid.* aussi C.Hertel, "Sistemas y familias jurídicas del mundo", *Notarius International*, 1–2, 2009, pp. 185–200, esp. p. 191. http://www.notarius-internationa.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf

¹⁴ Si l'on compare ces articles (reproduits plus avant, dans les notes 15 et 16) avec les art. 14–18 du Cc. chilien, on pourra vérifier la grande similarité des deux textes, également pour ce qui concerne les règles de DIPr.

¹⁵ Cf. J.J. Caicedo Castilla, *Derecho internacional privado*, 6^e éd., Bogotá, Themis, 1967, p. 244

¹⁶ Ainsi, l'art. 19 Cc. prévoit que "les colombiens résidant ou domiciliés dans un pays étranger resteront soumis aux dispositions de ce code et aux autres lois nationales qui réglementent les droits et les obligations en matière civile : 1. En ce qui concerne l'état des personnes pour la réalisation de certains actes pouvant avoir des effets sur l'un des territoires administrés par le gouvernement général, ou sur des sujets relevant de la compétence de l'Union. 2. En ce qui concerne les obligations et les droits découlant des rapports familiaux, mais uniquement pour ce qui concerne leurs conjoints et parents dans les cas prévus".

¹⁷ L'art. 20 Cc. établit que "Les biens situés sur les territoires et ceux situés dans les États et dont la propriété représente un intérêt ou un droit de la nation, sont soumis aux dispositions de ce code, même si leurs propriétaires sont étrangers et résident en dehors de la Colombie. Cette disposition s'entend sans préjudice des dispositions des contrats valablement conclus dans un pays étranger. Mais les effets desdits contrats, pour leur application sur un territoire, ou pour les cas qui touchent aux droits et aux intérêts de la nation, sont soumis à ce code et aux autres lois civiles de l'union."

¹⁸ Art. 21 Cc.: "La forme des instruments publics est déterminée par la loi du pays dans lequel ils ont été délivrés. Leur authenticité sera prouvée selon les règles établies dans le code judiciaire de l'union. La forme fait référence aux formalités externes, à l'authenticité, au fait d'avoir été réellement habilité et autorisé par les personnes et de la manière prescrites dans ces instruments".

diques comprenant un élément étranger, comme l'art. 80 Ccm (certificat de coutume étrangère) ou l'art. 874 Ccm (règlement en devise étrangère). Toutefois, l'art. 869 Ccm qui régit la loi applicable aux contrats internationaux à caractère général, en suivant une technique législative unilatéraliste identique aux dispositions du Cc. citées plus tôt¹⁹; et l'art. 1328 Ccm, qui régit le contrat d'agence, sont particulièrement intéressants du point de vue du DIPr. Une des implications de ces dispositions est qu'en principe, la loi applicable au contrat (tout du moins sur les questions de fond)²⁰ sera toujours la loi colombienne si le contrat doit être exécuté en Colombie²¹; dans le cas d'un contrat de vente internationale de marchandises, c'est donc la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises²² qui s'applique.

Ainsi, en ce qui concerne le règlement des conflits, le droit colombien²³, est, comme il a été déjà indiqué et de manière générale, clairement insuffisant. Mais son insuffisance se manifeste particulièrement en matière contractuelle, car, en dehors de l'arbitrage²⁴, la possibilité ou non de choisir une loi étrangère comme élément régulateur du contrat²⁵ est toujours l'objet de discussions et incertaine. L'incertitude est toujours d'actualité, bien que la jurisprudence nationale tendes dernières années

¹⁹ Confirmant le principe de territorialité de la loi colombienne précité, l'art. 869 Ccm s'inscrit en ces termes: "Exécution dans le pays de contrats conclus à l'étranger. L'exécution de contrats conclus à l'étranger qui sont appelés à être appliqués dans le pays sera régie par la loi colombienne".

²⁰ Dans le cas de la conclusion d'un contrat à l'étranger, la forme du contrat serait régie par la loi du lieu de conclusion de celui-ci.

²¹ Aucune de ces dispositions n'indique ce qui arriverait si le contrat était en partie exécuté à l'étranger. A ce sujet, *vid. J. Oviedo Albán*, "La ley aplicable a los contratos internacionales", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 21, 2012, pp. 117-157, esp. p. 132.

²² Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, congue à Vienne le 11 avril 1980, approuvée par la Loi 518 du 4 août 1999. La date d'adhésion du texte est le 10 juillet 2001, et elle est entrée en vigueur le 1er août 2002. La Colombie n'a formulé aucune réserve ou déclaration.

²³ Ainsi, sauf si elle est expressément exclue par les contractants (ex art. 6 CV 1980), la CV 1980 s'appliquera quand les parties sont établies dans des États signataires différents, en accord avec l'art. 1.a), mais également lorsque la loi applicable selon le régime de conflit du for est celle d'un État contractant, en accord avec l'art. 1.b)(la Colombie n'a pas émis de réserves au sujet de son application) Ainsi, la CV 1980 s'applique chaque fois que doivent s'appliquer les règles de conflits nationales, puisqu'elles affirment le caractère applicable de la *lex fori* (loi d'un État contractant).

²⁴ Les arbitres doivent appliquer au fond de l'affaire le droit choisi par les parties, conformément à l'art. 101 de la Loi de 1563, en vertu duquel le Statut sur l'arbitrage national et international est émis et d'autres dispositions sont énoncées. [http://www.camaraarmeria.org.co/files/LEY1563DE2012 ARBITRAJE\(1\). pdf](http://www.camaraarmeria.org.co/files/LEY1563DE2012%20ARBITRAJE(1).pdf).

²⁵ J. Oviedo Albán effectue une lecture favorable à cette possibilité ("implicite" dans la norme) en ce qui concerne tous les contrats, sauf pour le contrat d'agence, dans "La ley aplicable a los contratos internacionales", *loc. cit.*, pp. 124-126. L'auteur se montre cependant critique face à la réglementation colombienne: "les règles de conflit contenues dans les Codes civil et de Commerce ne sont pas claires et leur rigidité en fait des règles peu appropriées pour satisfaire les intérêts des parties dans les affaires internationales (p. 118). D'une opinion différente (défavorable à cette possibilité), A. Zuleta Londoño, "Las cláusulas de selección de foro...", *loc. cit.*, pp. 18-20.

à se présenter en faveur de la validité du pacte de droit étranger, et a même reconnu l'autonomie de la volonté également en ce qui concerne l'assujettissement d'un contrat aux Principes d'Unidroit²⁶. Pour finir, il est intéressant de signaler que le système autonome colombien manque de règles concernant l'application des règles de conflit, ce qui d'une certaine façon n'est pas surprenant, si l'on tient compte de sa prémisse, qui est le rejet de l'application de lois étrangères. On ne trouvera donc aucune prévision particulière dans la réglementation nationale sur la qualification, le renvoi, le renvoi à un d'Etat plurilégislatif, la fraude à la loi, la preuve du droit étranger ou l'ordre public (international).

B) Conventions internationales

En matière de droit applicable, il existe plusieurs conventions ou traités pouvant supplanter les solutions nationales.

Les Traités de Montevideo de 1889 (relatif au droit civil international et au droit des affaires internationales), et le Traité sur le droit international privé entre la Colombie et l'Équateur contiennent des règles de conflit à caractère bilatéral dans des domaines variés. Ces instruments, comme indiqué ci-avant, manquent de dispositions claires quant à leur applicabilité spatiale, mais tout indique qu'ils seraient appliqués de façon inter partes, raison pour laquelle, même s'ils peuvent contenir des solutions plus adaptées, ils ne constituent une amélioration que partielle.

Ainsi, en matière contractuelle, le Traité de Montevideo relatif au droit civil international de 1889 et le Traité de DIPr entre la Colombie et l'Équateur²⁷ déclarent la *lex loci executionis*²⁸ applicable au contrat. Cela implique que, dans le cas d'une vente couverte par la Convention de Vienne de 1980 (CV 1980), tant en termes de champ d'application (art. 2) qu'en termes de délais (art. 100), c'est cette Convention qui sera applicable à l'ensemble des cas. En effet, il ne sera possible d'appliquer une loi étrangère que si l'un des traités cités antérieurement (celui de Montevideo ou le traité bilatéral) est applicable, et si celui-ci ne renvoie pas à la loi de l'un des États adhérents de la CV 1980. Et, puisque à l'exception de la Bolivie, tous les États parties du Traité de Montevideo font également partie de la CV 1980²⁹, dans le cas où le Traité est applicable, la CV 1980 sera appliquée : soit par voie de l'art. 1.1^o.a) CV 1980, soit parce que le droit applicable selon le DIPr (le Traité) sera celui d'un État contractant³⁰.

²⁶ *Vid. infra*, par. IV, où sont exposées de manière synthétique les lignes de la jurisprudence.

²⁷ Ces Conventions, comme nous l'avons déjà mis en évidence, s'appliquent uniquement dans la mesure où la loi applicable est celle d'un État contractant.

²⁸ *Vid. arts.* 32–39.

²⁹ *Vid.* http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

³⁰ Il est en effet opportun de rappeler que, si le Traité de Montevideo sur le droit commercial international de 1889 ou le traité de DIPr entre la Colombie et l'Équateur sont applicables, la loi qui régit le contrat sera la *lex loci executionis*.

Il n'existe qu'un cas de figure dans lequel la CV 1980 ne s'applique pas; c'est lorsque le contrat, conclu entre une partie colombienne et une autre partie établie en Bolivie (ou dans un autre des États non parties de la CV 1980) est exécuté en Bolivie. Il existe d'autres domaines régis par des instruments spécifiques pour lesquels existent des règles de droit applicable. Ce sont l'adoption (Convention interaméricaine sur l'adoption de La Paz en 1984)³¹ et les obligations alimentaires (Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires)³².

L'absence de solutions nationales aux problèmes d'application des règles de conflit peut être aussi en partie corrigée par les dispositions de la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé de Montevideo de 1979³³. C'est en effet l'unique instrument qui, de façon générale, prévoit des règles d'application du droit étranger : ordre public, fraude à la loi... mais, bien que cette Convention n'indique pas expressément à quelles relations, situations ou affaires juridiques elle s'applique, tout indique qu'il s'agit également d'un instrument inter partes, applicable uniquement dans la mesure où le droit applicable est celui d'un État signataire de la Convention³⁴. A nouveau, l'existence de cette Convention ne constitue pas une solution complète aux importantes lacunes du système autonome.

3. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères

A) Réglementation d'Etat

La réglementation de la reconnaissance et de l'exécution de décisions étrangères figure aux art. 30 et 605 ss CGP (anciens art. 25 et 693 ss CGP). Il s'agit d'un régime de reconnaissance obsolète, tout au moins en ce qui concerne l'exigence de réciprocité du pays d'origine. Il est donc surprenant que le législateur ait entrepris récemment une réforme de ces dispositions, sans que le régime s'en soit vu amélio-

³¹ Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d'adoption de mineurs, adoptée à la Paz le 24 mai 1984 (CIDIP III), approuvée par la Colombie par la Loi 47, du 3 décembre 1987. Cette Convention a été signée le 24 mai 1984, l'adhésion a été réalisée le 15 mars 1988, et le dépôt ; le 26 avril 1988, sans réserves ou déclarations. Son art. 1 exige, pour sa mise en application, que l'adoptant (ou les adoptants) aie(nt) leur domicile établi dans un État partie et que l'adopté ait sa résidence habituelle dans un autre État partie. Les principales dispositions sur la loi applicable se trouvent dans les art. 3, 4, et 6

³² Sur l'application spatiale/territoriale de cette Convention, *vid. supra*, note xx. Les règles de conflit sont énoncées dans les art. 6 et 7. Conformément à l'art. 6, l'autorité compétente doit appliquer le droit le plus favorable à l'intérêt du créancier, entre le droit applicable au domicile ou la résidence habituelle du créancier, ou le droit applicable au domicile ou la résidence habituelle du débiteur. L'art. 7 délimite la portée de la loi applicable.

³³ Approuvée par la loi 21, du 22 janvier 1981, elle a été signée le 5 août 1979, l'adhésion a été obtenue le 9 juin 1981, et le dépôt ; des instruments de ratification a eu lieu le 10 septembre 1981, sans réserves ou déclarations.

³⁴ Aujourd'hui, avec la Colombie, l'Argentine, le Brésil, Équateur, le Guatemala, le Mexique, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela (*vid. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>*).

ré sur ce point. En effet, dans le cadre prévu par les art. 605 ss. CGP, la partie qui demande la reconnaissance de la décision étrangère doit démontrer l'existence d'une réciprocité, outre le fait que certaines conditions doivent être réunies (voir l'art. 606 CGP). La preuve de réciprocité (exigée par l'actuel art. 605 CGP, ancien art. 693 CGP) fait référence à l'existence d'une convention de reconnaissance avec le pays d'origine (réciprocité "diplomatique"), mais également à la possibilité de reconnaissance de décisions de justice colombiennes dans ces pays³⁵. De cette façon, s'il n'existe pas de "réciprocité diplomatique", on devra vérifier la "réciprocité législative" et le respect des conditions visées à l'art. 606 CGP (ex art. 694 CGP)³⁶. Cette disposition prévoit de façon synthétique un contrôle de compétence selon lequel il n'y a pas lieu de reconnaître les décisions de justice couvrant des biens situés en territoire colombien (par. 1) ni dans les domaines pour lesquels les tribunaux colombiens ont une compétence exclusive (par. 4) ; contrôle de l'ordre public (par. 2) ; contrôle de la régularité formelle (par. 3) ; absence de procédure ouverte en Colombie, ou décision de justice émise par des juges colombiens sur le même sujet (par. 5) ; contrôle de régularité de la signification, de la conformité à la loi du pays d'origine (par. 6) ; lorsque la procédure définie dans l'article suivant est mise en œuvre (par. 7). La compétence en matière de demandes d'exequatur est accordée à un seul tribunal : la Chambre Civile de la Cour de Cassation de la Cour Suprême de Justice (art. 30.4° CGP, exart. 25.4° CGP)³⁷. L'art. 607 CGP régit la procédure, dont les caractéristiques principales sont celles d'une procédure contradictoire et documentaire.

³⁵ Une pratique doctrinale confortée de la Cour Suprême de Justice veut qu'"en règle générale, les décisions judiciaires étrangères ne peuvent être appliquées en Colombie et qu'exceptionnellement, elles entrent en vigueur quand il existe un traité signé avec le pays étranger qui le prévoit—réciprocité diplomatique— ou à défaut de convention internationale, il existe alors une loi, qui accorde de la valeur aux décisions de justice formulées par les juges colombiens —réciprocité législative—. En vertu du principe de la charge de preuve imposé par l'art. 177 du CPC, et dans l'une des hypothèses d'exception mentionnées, il incombe au demandeur de l'exequatur de démontrer, après avoir effectué les formalités légales pertinentes, l'existence dudit traité ou de la loi étrangère, présumé indispensable pour que la Cour puisse examiner d'autres conditions et incidences propres à la demande dont il est question" : *vid.* Décision T-716/96 du Tribunal constitutionnel colombien, disponible sur <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-716-96.htm>.

³⁶ Comme indiquée dans la décision T-716/96, citée plus avant, "l'activité de l'acteur de l'exequatur doit viser à démontrer l'existence de la réciprocité diplomatique ou, en son absence, de la réciprocité législative, conformément à ce qui est établi à l'art. 177 du C. de P.C., qui impose aux parties de "démontrer le cadre factuel des règles consacrant l'effet juridique qu'ils cherchent à obtenir". Si ces exigences sont satisfaites, l'exequatur devra être accordé, à condition que les autres exigences prévues dans l'art. 694 de la même œuvre soient également respectées ; exigences dont la visée générale n'est autre que celle d'établir la régularité internationale de la décision, sans qualifier la justice intrinsèque de première décision judiciaire par le biais de l'ordonnance adoptée». *Vid.* également les arrêts de la Chambre Civile de Cassation de la Cour Suprême de Justice du 13 août 2002 et du 13 février 2004, tous deux disponibles sur <https://sites.google.com/site/misclasesenderecho/reconocimiento-de-sentencias-extranjeras-execuatur>.

³⁷ Étant entendu que ses décisions seraient révisées en seconde instance par le Conseil supérieur de la magistrature, Chambre juridictionnelle disciplinaire, comme il est déduit de la décision T-716/96 du Tribunal constitutionnel colombien, *cit.*

B) Conventions internationales

En matière de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, les instruments adoptés par la Colombie ne sont pas très nombreux. Les traités bilatéraux généraux sont au nombre de deux : le traité en vigueur entre la Colombie et l'Espagne, sur la reconnaissance des décisions de justice³⁸, et le traité de droit international privé précité formé entre la Colombie et l'Équateur³⁹. Aux accords bilatéraux s'ajoutent d'autres conventions, également de portée générale, mais à caractère multilatéral, comme le Traité de droit procédural international de Montevideo adopté en 1889⁴⁰ et la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions de justice et des sentences arbitrales étrangères⁴¹.

Et à ces accords s'ajoutent des conventions multilatérales au sujet de questions spécifiques, telles que l'adoption internationale (Convention du 29 mai 1993 relative à la protection de l'enfant et à la coopération en matière d'adoption internationale⁴²), les obligations alimentaires (Convention interaméricaine sur les obligations alimentaires) et la reconnaissance de sentences étrangères (Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères⁴³).

4. Coopération internationale entre autorités

Le système autonome colombien n'a pas de disposition juridique qui régit de façon spécifique la coopération entre les autorités colombiennes et des autorités étrangères (demandes des unes adressées aux autres, et vice-versa) par des actes visant à faciliter le développement des procédures comportant des éléments étran-

³⁸ Convention pour le respect des décisions de justice civile dictées par les tribunaux des deux pays, organisée le Royaume d'Espagne et la République de Colombie le 30 mai 1908, *BOE*, 18-IV-1909. Cette convention est fréquemment appliquée dans la pratique, particulièrement en ce qui concerne la reconnaissance de décisions espagnoles en matière d'adoption (non régies par le CH de 1993 quand le mineur ne va déménager en Colombie). *Vid.* entre autres, les arrêts de la Cour de Cassation Civile de la Cour Suprême de Justice du 5 novembre 2013, du 16 octobre 2013, du 25 juillet 2013, du 16 mai 2013, tous publiés et disponibles sur le site web de l'organe juridictionnel : <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>.

³⁹ Les règles de reconnaissance des décisions de justice figurent aux art. XXXIX-XLIX.

⁴⁰ Approuvé par la Loi 68 de 1920. *Vid.* art. 5-8.

⁴¹ Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions de justice et sentences arbitrales étrangères, conçue à Montevideo le 5 août 1979 (CIDIP II), approuvée par la Loi 16, du 22 janvier 1981 et signée le 5 août 1979. L'adhésion a été réalisée le 24 juin 1981, et le dépôt ; de son instrument a été effectué le 10 septembre 1981, sans réserves ou déclarations.

⁴² Approuvé par la Loi 265 du 25 janvier 1996. Signature : 1^{er} août 1993. Date d'adhésion : 13 juillet 1998. Entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1998. La Colombie a fait une déclaration concernant les art. 17, 21, 22 y 28 de la Convention. Cette Convention, comme chacun sait, régit principalement la coopération internationale entre autorités, mais contient également les règles de reconnaissance des adoptions formées devant les autorités des États signataires.

⁴³ Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions arbitrales étrangères, tenue à New York le 10 juin 1958. Elle est approuvée par la Loi 39 du 20 novembre 1990. Date d'adhésion : 25 septembre 1979. Date d'entrée en vigueur : 24 décembre 1979. La Colombie n'a formulé aucune réserve ou déclaration.

gers, tels que la pratique de la preuve, le transfert ou la signification de documents, la preuve de contenu, la validité et l'interprétation du droit étranger. C'est pourquoi la participation de la Colombie aux résultats des quartiers généraux tenus dans le domaine de la compétence internationale entre autorités est particulièrement pertinente. Et c'est la matière pour laquelle le plus grand nombre de conventions ont été adoptées par le pays.

Le premier des textes adoptés fut le Traité de droit procédural international de Montevideo de 1889⁴⁴. Ultérieurement, et malgré le fait qu'elle n'était pas État membre de la Conférence de La Haye, la Colombie a ratifié la Convention du 5 octobre 1961, supprimant l'exigence de légalisation des documents publics étrangers⁴⁵; la Convention du 15 novembre 1965 sur la signification ou le transfert à l'étranger de documents judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale⁴⁶; la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention de preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale⁴⁷; la Convention du 5 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁴⁸; et la (susmentionnée) Convention du 29 mai 1993 relative à la protection de l'enfant et à la coopération en matière d'adoption internationale⁴⁹.

Enfin, parmi les instruments ratifiés par la Colombie en matière de coopération internationale, les instruments élaborés par la CIDIP (Convention interaméricaine de droit international privé) occupent également une place essentielle. Concrètement, il s'agit de la Convention interaméricaine sur les commissions rogatoires, adoptée à Panama le 30 janvier 1975 (CIDIP I)⁵⁰ et le protocole complémentaire à la Convention interaméricaine sur les commissions rogatoires, obtenu à Montevideo le 5 août 1979 (CIDIP II)⁵¹, la Convention interaméricaine sur la réception des

⁴⁴ Qui, outre les dispositions sur la reconnaissance et l'exécution, contient des règles sur les légalisations (art. 3 y 4), les mandats et l'obtention de preuves (art. 9–12).

⁴⁵ Approuvé par la Loi 455 du 4 août 1998. Date d'adhésion : 27 avril 2000. Entrée en vigueur : 30 janvier 2001. Jusqu'ici, la Colombie a fait trois déclarations, relatives à la façon dont est délivrée l'apostille dans cet État (y compris l'apostille électronique, aussi appelée : e-apostille).

⁴⁶ Qui a été approuvée par la Loi 1073 du 31 juillet 2006. Date d'adhésion : 10 avril 2012. Entrée en vigueur : 1^{er} novembre 2013. La Colombie n'a formulé aucune réserve ou déclaration.

⁴⁷ Approuvé par la Loi 1282 du 5 janvier 2009. Date d'adhésion : 13 janvier 2012. Entrée en vigueur : 13 mars 2012. La Colombie n'a formulé aucune réserve ou déclaration.

⁴⁸ Approuvé par la Loi 173 du 22 décembre 1994. Date d'adhésion : 13 décembre 1995. Entrée en vigueur : 1^{er} mars 1996. Aucune réserve ou déclaration.

⁴⁹ Approuvé par la Loi 265 du 25 janvier 1996. Signature : 1^{er} août 1993. Date d'adhésion : 13 juillet 1998. Entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1998. La Colombie a fait une déclaration concernant les art. 17, 21, 22 y 28 de la Convention.

⁵⁰ Approuvée par la Loi 27 du 22 février 1988. Signée par la Colombie le 30 janvier 1975, l'adhésion a eu lieu le 17 février 1995 et le dépôt ; le 28 avril 1995.

⁵¹ Approuvée par la Loi 27 du 22 février 1988. Il a été signé le 5 août 1979, l'adhésion a été adoptée le 17 février 1995, et le dépôt ; le 28 avril 1995, sans réserves ou déclarations.

preuves à l'étranger, adoptée au Panama le 30 janvier 1975 (CIDIP I)⁵², la Convention interaméricaine sur l'application des mesures de précaution, réalisée à Montevideo le 5 août 1979 (CIDIP II)⁵³, la Convention interaméricaine sur la preuve et l'information sur le droit étranger, obtenue à Montevideo le 5 août 1979, (CIDIP II)⁵⁴, la Convention interaméricaine sur le retour international des mineurs, obtenue à Montevideo le 15 juillet 1989 (CIDIP IV)⁵⁵ et la Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs, obtenue à Mexico le 18 mars 1994 (CIDIP V)⁵⁶.

IV. Le rôle limité de la jurisprudence

La jurisprudence colombienne n'est pas très abondante en ce qui concerne les questions propres au DIPr⁵⁷, probablement car le nombre de relations privées internationales reconnues par les autorités colombiennes ne commence à être vraiment significatif que depuis récemment⁵⁸. Qualitativement, il s'agit d'une jurisprudence un tant soit peu asymétrique : alors que pour certaines questions elle colle trop aux règles qui n'ont même pas vocation à régir la question à laquelle on les applique, pour d'autres, en revanche, elle paraît de nature à livrer une lecture du DIPr plus conforme aux nécessités actuelles. Un exemple de ce premier point est le refus de reconnaître l'efficacité des clauses de choix d'un tribunal étranger au motif du caractère non renouvelable de la compétence territoriale. Ce refus apparaît dans des décisions comme celles de la Chambre Civile de la Cour Suprême de Bogotá qui reconnaît néanmoins l'efficacité des clauses d'élection d'un droit étranger dans des contrats internationaux⁵⁹.

Au sujet de la reconnaissance de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, la jurisprudence de la Cour suprême colombienne⁶⁰, s'est prononcée en faveur de la possibilité pour les parties de définir comme droit du contrat les Principes

⁵² Approuvée par la Loi 31 du 9 octobre 1987. Signée par la Colombie le 30 janvier 1975, l'adhésion a eu lieu le 27 septembre 1991 et le dépôt ; le 1er novembre 1991.

⁵³ Approuvée par la Loi 42 du 17 septembre 1986, elle a été signée le 5 août 1979, l'adhésion a eu lieu le 19 novembre 1986, et le dépôt ; le 29 décembre 1986, sans réserves ou déclarations.

⁵⁴ Approuvée par la Loi 49 du 16 décembre 1982, elle a été signée le 5 août 1979, l'adhésion a eu lieu le 7 février 1983, et le dépôt ; le 28 avril 1983, sans réserves ou déclarations.

⁵⁵ Approuvée par la Loi 880, du 19 janvier 2004, elle a été signée le 15 juillet 1989, l'adhésion a été réalisée le 12 1998, et le dépôt ; le 28 octobre 1998, sans réserves ou déclarations.

⁵⁶ Approuvée par la Loi 470, du 5 août 1998, l'adhésion a été réalisée le 12 juin 2000, et le dépôt ; le 23 août 2000, sans réserves ou déclarations.

⁵⁷ Le travail de J.L. Marín Fuentes, dans "Estado del Derecho Internacional Privado en Colombia y su en señanza", *loc. cit.*, fait référence à un total de (seulement) 50 décisions de la Cour Suprême de Justice en 13 ans (de 1995 à 2008), la majeure partie d'entre elles versant en faveur de la reconnaissance de décisions étrangères.

⁵⁸ Ainsi l'affirme, *ibid.*

⁵⁹ Jugements du 30 avril et du 19 décembre 2002.

⁶⁰ Arrêt de la Chambre Civile de Cassation, du 21 février 2012, disponible sur le site web de l'organe juridictionnel: <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>.

d'Unidroit, outre la possibilité de se reporter à ces textes pour interpréter la loi nationale.

Finalement, dans le cadre de l'application des règles de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, la doctrine de la Cour suprême de justice est particulièrement intéressante en ce qui concerne la détermination de la portée de la réciprocité et l'interprétation de concepts juridiques non définis, comme celui de l'ordre public.

Au sujet de la réciprocité, il existe une ligne jurisprudentielle constante, qui, comme indiqué plus tôt, différencie la réciprocité "diplomatique", qui consiste en l'existence et en l'application de conventions internationales⁶¹, et la réciprocité législative, qui oblige la personne qui demande l'exequatur à prouver, d'une part ; la possibilité de reconnaissance des décisions de justice issues de la Colombie dans l'État d'origine, et d'autre part ; le respect des exigences qui s'imposent aux décisions de justice colombiennes dans l'État d'origine dont il est question ; exigences qui s'ajoutent à celles prévues par la législation colombienne⁶². En ce qui concerne l'ordre public international, la Cour Suprême de Justice a déclaré qu'il existe une exception opposable en cas d'"... incompatibilité grave entre la décision juridictionnelle pour laquelle l'exequatur est demandé et les principes fondamentaux dont s'inspire la réglementation nationale..."", et qui "pourrait empêcher son homologation". Ce qui signifie que selon le principe d'exception, la reconnaissance des décisions étrangères est refusée lorsque le tribunal d'origine a appliqué des lois étrangères "basées sur des principes non seulement différents, mais contraires aux institutions fondamentales du pays dans lequel on prétend les appliquer (la Colombie)"⁶³.

⁶¹ Par Arrêt daté du 3 septembre 2013 (magistrat rapporteur : Ariel Salazar Ramírez), la Chambre de Cassation de la Cour Suprême de Justice considère qu'il n'y a pas de réciprocité diplomatique, attendu que, même si l'objet de la procédure est la reconnaissance d'une adoption effectuée dans le Connecticut aux États-Unis d'Amérique, signataires, tout comme la Colombie, de la Convention de La Haye de 1993, cette reconnaissance n'est pas applicable car, d'une part, la mineure n'est pas déplacée d'un État signataire vers un autre (elle reste aux États-Unis d'Amérique), et d'autre part, les formalités énoncées dans l'instrument pour constituer l'adoption n'ont pas été respectées. La décision est disponible en consultation libre sur le site web du tribunal: <http://190.24.134.92:8085/Relatoria/csj/index.html>

⁶² *Vid.*, outre les décisions citées ci-dessus, entre autres, la décision du 3 septembre 2013, qui affirme que "les dispositions des traités conclus entre la Colombie et l'État dont émane la décision qui doit être exécutée dans le pays sont prises en compte en premier lieu. En second lieu, à défaut de droit conventionnel, on applique les règles de la loi étrangère correspondante pour concéder à la décision la même force que concède cette loi aux règles de Colombie. Outre la condition préliminaire, pour qu'une décision juridique étrangère produise ses effets dans notre pays, on exige que soient respectées les conditions demandées par l'ordre juridique interne, particulièrement celles qui figurent au Chapitre I du Volume V du Titre XXXVI du Code de Procédure civile".

⁶³ *Vid.* Arrêt du 8 juillet 2013 de la Chambre de Cassation de la Cour Suprême de Justice (Magistrat de la preuve illicite).

Pour conclure, il est intéressant de relever que les refus de reconnaissance de décisions étrangères pour non-respect de l'exigence d'authenticité sont étonnamment nombreux, tout du moins ces dernières années⁶⁴.

V. Conclusions

Il ressort de l'analyse de la réglementation d'Etat de DIPr de la Colombie, que cet État n'a pas de système complet et cohérent en la matière. Comme le souligne cette étude, la réglementation des différentes matières (compétence juridictionnelle internationale, droit applicable, reconnaissance et exécution de décisions étrangères, coopération internationale entre autorités), quand elle existe, se trouve dispersée dans des règles peu (ou pas du tout) adaptées à la décision des différents problèmes posés par les transactions juridiques extérieures. En effet, la Colombie ne dispose pas de règles nationales de compétence judiciaire élaborées de manière spécifique aux relations privées internationales, c'est pourquoi il est logique qu'elle n'ait pas non plus de règles d'application de ces règles, qui pourraient répondre à des questions telles que le contrôle de la compétence, la litispendance, la connexité internationale et la *derogatio fori*. Les règles de conflit sont également manifestement inadaptées, dès lors que leur principe de base est l'opposition à l'application de lois étrangères. En conséquence, il n'existe donc de règles d'application des règles de conflit. Pour trouver des règles de conflit bilatérales et des règles pour résoudre des questions telles que la transmission à un État plurilégislatif, le renvoi, ou l'ordre public, il faut se référer aux conventions en vigueur en Colombie. Enfin, si la matière de la coopération internationale entre autorités est dépourvue de toute norme d'Etat, celle de la reconnaissance et de l'exécution de décisions de justice étrangères (laquelle devrait être appliquée le plus souvent par les organes juridictionnels colombiens) est également clairement insatisfaisante, dans la mesure où elle est fondée sur l'analyse obsolète de la réciprocité.

Les évidentes insuffisances du DIPr colombien ne sont pas palliées, sauf de manière exceptionnelle, à l'aide de conventions internationales qui supplantent les solutions internes. De plus, au caractère fragmenté et inapproprié du DIPr de source nationale s'ajoute la question de la validité de conventions bilatérales et multilatérales dont les critères d'application ne semblent pas clairement établis par l'instrument lui-même. De fait, la présence dans ces instruments de dispositions qui

⁶⁴ *Vid.* notamment ; AA Chambre de Cassation de la Cour Suprême de Justice du 19 décembre 2013 (la décision des États-Unis d'Amérique n'est pas reconnue, entre autres motifs, parce que la traduction de l'apostille n'est pas présentée avec la légalisation de la signature de la personne qui a prononcé la décision) ; du 25 novembre 2013, deux décisions : l'exequatur n'est pas accordé dans les deux cas (la première est une décision de justice polonaise, la deuxième des États-Unis d'Amérique, pour défaut de présentation de la décision exécutoire et traduction non légale) ; du 21 octobre 2013 et du 30 septembre 2013, refus de la reconnaissance de décisions espagnoles (de divorce, de pension alimentaire et de responsabilité parentale), à défaut de présentation de la décision exécutoire émise par le Ministère de la Justice espagnole.

réglementent son domaine territorial est presque exceptionnelle, raison pour laquelle son application peut être incertaine, tout du moins en ce qui concerne les conventions qui régissent la compétence juridictionnelle internationale et le droit applicable. Si, comme tout l'indique, il s'agit de conventions inter partes, rares sont les cas dans lesquels seront appliquées les règles conventionnelles (règles qui prévoient souvent des solutions plus adaptées aux relations privées internationales). En tout état de cause, la portée géographique limitée des conventions fait qu'il n'y a pas lieu de remettre en question le champ d'application réel d'une réforme profonde du DIPr national, comme cela se produit en grande partie dans les systèmes nationaux des États membres de l'UE, à la lumière des instruments institutionnels. Ceci étant dit, il est vivement recommandable que la Colombie se dote d'un système de DIPr moderne qui lui permette de répondre de façon satisfaisante aux relations privées internationales qui, de plus en plus fréquemment, établissent un lien entre cet État et d'autres, qu'il s'agisse d'État de la Caraïbe ou du reste du monde. Il ne fait aucun doute que la Loi modèle OHADAC constitue un outil essentiel dans cette optique.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE CUBA

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Rodolfo DÁVALOS FERNÁNDEZ

Sumario: I. Características generales del sistema. 1. Antecedentes. 2. Cuestiones de técnica legislativa. 3. Participación en la codificación internacional y en los tratados internacionales. II. Ámbito de la jurisdicción y proceso en las relaciones transfronterizas. 1. Competencia judicial internacional de los tribunales cubanos. 2. Proceso con elemento extranjero. III. Determinación de la ley aplicable. 1. Características del bloque normativo. 2. Normas reguladoras: A) Capacidad y estado civil; B) Personas jurídicas; C) Forma de los actos; D) Matrimonio y crisis matrimoniales; E) Sucesión por causa de muerte; F) Obligaciones extracontractuales; G) Obligaciones contractuales; H) Bienes. 3. Normas de aplicación. 2. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras: A) Decisiones y actos susceptibles de reconocimiento; B) Regímenes de exequátur; C) Control por el juez del exequátur; D) Procedimiento.

I. Características generales del sistema

1. Antecedentes

Pese a su independencia en 1898, el sistema español de Derecho internacional privado (DIPr) permaneció durante muchos años vigente Cuba, al ser ratificado por la proclama de 1 enero 1899 del Gobierno Militar de la primera intervención norteamericana, incluso con posterioridad a las transformaciones sustanciales producida en 1959 que condujeron a la asunción por parte del Estado de los medios e instrumentos fundamentales de producción. Dicho sistema se sustentaba, esencialmente, en los arts. 9 a 12 del Código Civil (Cc) de 1889, en lo concerniente al ámbito de aplicación de la leyes en el espacio, en los arts. 51 y 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC), que incluían un rígido régimen de competencia judicial internacional, y en los arts. 951 a 958 LEC en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tras su independencia Cuba mantuvo durante una larga etapa la reglamentación española, hasta que este “tronco común” se quebró, en lo que concierne a las cuestiones de Derecho aplicable en 1974, con la reforma del Capítulo IV Título Preliminar del Código civil respecto a España, y en 1987 respecto a Cuba con la aprobación del nuevo Código civil. La ruptura del “tronco común” hispano-cubano se produjo, sin embargo, más en el marco normativo que en el modelo regulador, que se mantuvo prácticamente idéntico hasta que en el año 1986 España se decantase por un sistema de DIPr de base convencional, para luego incorporarse al proceso de “comunitarización” de este ordenamiento. Pero aun así, subsisten muchas normas idénticas entre el DIPr español de base estatal y el cu-

bano, sobre todo en lo que concierne al reconocimiento y ejecución de sentencias y al proceso con elemento extranjero.

2. Cuestiones de técnica legislativa

El sistema cubano de DIPr descansa esencialmente, pues la acción de los tratados en la materia es limitada, en una serie de preceptos dispersos en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 agosto 1977, a la que se añadió en 2006 el término “Económico”¹ (LPCALE), y en el Cc de 1987, que se estructuran del siguiente modo: a) competencia judicial internacional: arts. 2, 3, 4 y 372 y 739 LPCALE²; b) Derecho aplicable: arts. 11 a 21 y Disposiciones especiales del Cc y art. 244 LPCALE); y c) reconocimiento y ejecución de sentencias: arts. 483 a 485 LPCALE. Y a ellas deben de añadirse una serie de preceptos de extranjería procesal incluidos en la LPCALE: arts. 174, 230, 250, 290, 339 y 530³. Es, pues un modelo de regulación de carácter disperso similar al mantenido en España hasta finales de los años ochenta. El modelo elegido:

i) No tomó en consideración otros criterios inspiradores de la codificación interna e internacional existentes en el momento de su elaboración. En concreto el legislador cubano descartó la técnica de una Ley especial iniciada en el círculo de los antiguos países socialistas de Europa y generalizada en otros círculos jurídicos.

ii) Descartó las soluciones previstas en la codificación internacional por el Código Bustamante. Resulta innegable la incidencia de este instrumento en la esfera nacional de su autor, sobre todo en los años treinta del pasado siglo, si bien más en el plano exclusivamente doctrinal que en el jurisprudencial, y esta carencia se fue acentuado tras la Revolución de 1959⁴. Resulta innegable, sin embargo, la vigencia en Cuba de este instrumento, que deberá emplearse cuando el asunto entre en su ámbito material (que desborda ampliamente las cuestiones propias de Derecho privado) y territorial de aplicación⁵. No debe olvidarse que se trata de un tratado internacional de alcance reducido y, por mucho respeto que pueda inspirar una iniciativa de este tipo, no es posible su utilización extensiva ni aplicarse por analogía utilizando la autointegración. Baste dejar constancia que el Código no influyó

¹ Denominada con posterioridad Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al adicionarse lo relativo al Procedimiento Económico, en virtud de lo establecido en el Decreto Ley 241/2006.

² Introducido por el Decreto Ley 241/2006.

³ Otras normas relevantes en materia de Derecho internacional privado se encuentran dispersas en: la Ley No. 1289/75, que introdujo el Código de Familia, la Ley No. 1313/1976, de Extranjería, la Ley No. 50/1984, de las Notarías Estatales y la Ley No. 51^o/1985 del Registro del Estado Civil.

⁴ Vid., por todos, J. Samtleben, *Derecho internacional privado en América latina. Teoría y práctica del Código Bustamante*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 312.315

⁵ Aceptación total : Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú: ratificación con reserva de algunos artículos: Brasil, Haití, República Dominicana y Venezuela; y, ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador)

en modo alguno en la construcción del sistema de DIPr elaborado por el legislador cubano.

3. Participación en la codificación internacional y en los tratados internacionales

El modelo de DIPr es, como lo fue en su día el español, de “base estatal” por lo que la presencia del DIPr convencional en Cuba es reducida. Al margen de la referida incorporación al Código Bustamante y de la participación en los instrumentos internacionales de derechos humanos con repercusión en las relaciones del tráfico privado externo⁶, la política convencional cubana queda restringida a los prohibidos⁷ o elaborados en el seno de la Uncitral, señaladamente en materia de compraventa internacional de mercaderías⁸, a algunos producidos en el marco de UNIDROIT, institución en la que Cuba ha participado activamente desde los años cuarenta del pasado siglo⁹ y, pese a su origen europeo y en función de su carácter abierto, ha suscrito el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961.

Cuba no parte de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, aunque por invitación de la misma participó, junto a otros países de América latina en los trabajos de codificación relativos a menores¹⁰. Asimismo, su ausencia de la OEA ha condicionado su rechazo a la labor codificadora realizada en el marco de las Conferencias Especializadas sobre Derecho Internacional Privado

La política convencional cubana de carácter bilateral, es activa en ciertos sectores, como el de la protección de inversiones o el de la cooperación judicial en materia penal pero menor en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil¹¹.

La situación descrita es el resultado de una determinada estrategia normativa susceptible de cambio en cualquier momento pues las normas de DIPr son pródigas en señalar el carácter preferente de los tratados internacionales en la regulación de

⁶ Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 7 de noviembre de 1962 (1965); Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (1991). y Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (1980).

⁷ Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958 (1974).

⁸ Convención de Nueva York sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974 (1994) y Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980 (1995).

⁹ Aunque ello no se haya traducido en una participación significativa en los resultados, ya que únicamente es parte del Convenio de Unidroit relativo a las garantías internacionales sobre bienes de equipo móvil: de 2001 (2001) y de su Protocolo sobre cuestiones específicas de los elementos de equipo aeronáutico de 2001 (2001).

¹⁰ Fruto de esta labor fue la adhesión en 2007 al Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

¹¹ Cuba ha firmado alrededor de medio centenar de convenios bilaterales de cooperación jurídica, aunque la mayoría de ellos versan sobre cuestiones penales y precisan del trámite de la ratificación

las situaciones privadas internacionales. Cuenta, en efecto, con una norma de remisión general a los tratados en el sector del Derecho aplicable inserta en el art. 20 Cc, según el cual “Si un acuerdo o un tratado internacional del que Cuba sea parte establece reglas diferentes a las expresadas en los artículos anteriores o no contenida en ellos, se aplican las reglas de dicho acuerdo o tratado”. Y esta remisión está presente en el sector de la competencia judicial internacional (art. 3 LPCALE) y en el del reconocimiento y ejecución de decisiones (art. 483.1º LAPCAL) y en otras disposiciones de carácter sectorial¹².

II. **Ámbito de la jurisdicción y proceso en las relaciones transfronterizas**

1. Competencia judicial internacional de los tribunales cubanos

El sistema cubano de competencia judicial internacional está determinado por los arts. 2 a 4 y 739 LPCALE, al margen de la existencia de una reglamentación específica para los litigios en materia de divorcio. El legislador cubano ha construido dicho sistema con un deseo de armonizar la competencia de sus propios tribunales con la propia de otros Estados y en el desarrollo esa libertad ha seguido una concepción maximalista de la jurisdicción ampliando de forma progresiva y creciente el ámbito de la misma. De esta suerte el art. 2 determina que corresponden a la jurisdicción cubana las cuestiones civiles que a) “se susciten entre personas naturales o jurídicas, siempre que al menos una de ellas sea cubana”; y b) “se susciten entre personas naturales o jurídicas extranjeras con representación o domicilio en Cuba, siempre que la litis no verse sobre bienes situados fuera de Cuba”. A ello debe agregarse la competencia de las salas de lo Económico de los tribunales populares para juzgar los litigios que se susciten entre personas naturales o jurídicas, cubanas o extranjeras con representación o bienes o intereses en Cuba, con motivo de sus relaciones contractuales, salvo cuando se contraigan en la esfera de consumo de la población (art. 739). Su objetivo es la defensa de sus particulares intereses y concepciones y es consecuente con el principio de máxima proximidad con el foro, que rige en materia de competencia judicial internacional.

El carácter exorbitante de los foros de competencia utilizados, ciudadanía cubana y domicilio en Cuba queda, sin embargo templado en los supuestos en que el litigio entre personas naturales o jurídicas extranjeras con domicilio en Cuba verse sobre bienes situados fuera de Cuba. A partir de aquí, el sistema:

i) Descansa en un principio de independencia en el tratamiento de los conflictos legislativos y jurisdiccionales, regulándose los primeros en los arts. 12 a 21 Cc, y en el carácter atractivo de la jurisdicción cubana, que se entiende como plena e inderogable. Este último aspecto está refrendado por el art. 3 que, tras determinar que

¹² *V.gr.*, art. 63 LREC; art. 19 Ley No. 50/1984 y art. 13 Ley No. 51/1984.

“la jurisdicción de los Tribunales cubanos es indeclinable”, añade que los tribunales cubanos “no pueden rehusar el conocimiento de los asuntos si cualquiera de los litigantes es cubano o se refieren a bienes situados en Cuba, aunque sobre lo mismo exista pleito pendiente en otro país o haya habido sumisión a Tribunales extranjeros, aun arbitrales”. De esta suerte la jurisdicción cubana será la única competente no solo para conocer de los procesos civiles que versen sobre bienes situados en Cuba, sino para cualquier otro litigio que se suscite en su territorio entre cubanos y extranjeros.

ii) Contiene una excepción en el propio art. 3 respecto de “las controversias que surjan en el comercio internacional y que se sometan expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o por acuerdos internacionales, a cortes arbitrales”. Y añade el art. 739.2º LPCALE que se exceptuarán igualmente del conocimiento de las salas de lo Económico “los litigios que se sometan expresa o tácitamente, o por disposición de la ley o acuerdos internacionales, al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de la asistencia que deban prestar en dichos procesos a solicitud de las partes o requerimiento del tribunal arbitral”. Es una excepción que es coherente con las obligaciones convencionales asumidas por Cuba, en particular, por lo previsto en el art. III de la Convención de Nueva York de 1958, como por las previsiones de los Tratados de protección y promoción recíproca de inversiones de los que Cuba es parte.

iii) Contempla la posible virtualidad de la voluntad de las partes en la determinación de la competencia judicial internacional, al admitir la *prorogatio fori* en el art. 2.3º, que declara la competencia de los tribunales cubanos respecto de “los asuntos sometidos contractualmente o por los tratados a la jurisdicción de los Tribunales cubanos”. Ello supone la ampliación de la competencia de estos tribunales a supuestos no comprendidos en el sistema normativo cuando las partes acuerdan el sometimiento del pleito que las enfrenta a un tribunal que, en principio, no sería competente según sus propias normas. Se omite, sin embargo, al margen del aludido papel que juega la autonomía de la voluntad de las partes en relación con el arbitraje, la regulación del supuesto de derogación de la competencia de los tribunales cubanos (*derogatio fori*). El devenir del precepto que se examina no apunta hacia un eventual “bilateralización jurisprudencial” ante la prohibición de que los tribunales cubanos puedan declinar su jurisdicción en favor de tribunales extranjeros (art. 3), pues ello es una función que corresponde a la soberanía nacional.

iv) En orden al control de la competencia judicial internacional, ante la disyuntiva de si debe el tribunal declarar de oficio sobre su propia competencia o de si dicho control debe quedar al interés o a la voluntad del demandado, el sistema cubano parece inclinarse hacia la primera respuesta al determinar el art. 4 LPCALE que “la falta de jurisdicción es declarable de oficio en cualquier estado del proceso. Con ello la declinatoria jurisdiccional tiene un tratamiento diferenciado de la declinatoria arbitral.

v) Acompaña a las reglas generales apuntadas de un tratamiento específico para los procesos la disolución de un matrimonio por divorcio (art. 372 LPCALE, modificado por la Disposición Final Cuarta del Decreto-Ley No. 154/1994). Se distinguen dos hipótesis: a) Cuando el matrimonio se haya celebrado en Cuba, “podrá promoverse ante el Tribunal competente cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges” y, en caso de existir acuerdo entre éstos los cónyuges y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, “procederá tramitar el divorcio por la vía notarial. Si se tratare de un matrimonio celebrado en el extranjero, también podrá promoverse si ambos o uno de los cónyuges fuere cubano. b) Cuando el matrimonio se haya celebrado entre extranjeros fuera de Cuba, “podrá promoverse el divorcio siempre que hayan fijado su residencia en el territorio nacional y que la causal sobrevenga con posterioridad a haberse avecindado en Cuba o, en caso de común”.

2. *Proceso con elemento extranjero*

Al no participar en la red de tratados multilaterales sobre procedimiento civil emanada esencialmente de la Conferencia de La Haya de DIPr y de la CIDIP, cobran especial interés las disposiciones internas, aunque regulan parcialmente esta materia:

i) Acceso a la Justicia: La regla de base descansa en el art. 11 Cc según el cual “Los ciudadanos extranjeros y las personas sin ciudadanía que sean residentes permanentes en Cuba tienen los mismos derechos y deberes civiles que los ciudadanos cubanos, salvo disposición legal en contrario”. A partir de aquí, todo extranjero o persona sin ciudadanía que acuda a un tribunal o a una dependencia del Estado para realizar algún trámite de carácter oficial, se le exigirá la presentación del documento válido de identificación de extranjeros y no podrá iniciarse dicho trámite o gestión si careciera del mismo, salvo que se tratase de una actuación de término o que no admita dilación (art. 13 Ley No. 1313/1976 de 20 de septiembre, Ley de Extranjería).

ii) Notificaciones: Si el demandado tiene domicilio conocido en el extranjero y carece de representante o apoderado con facultades para actuar por él, se le emplazará mediante comisión rogatoria por el término que el Tribunal señale, no mayor de tres meses. Respecto a las personas de domicilio o paradero ignorados, se llevará a efecto el emplazamiento en la forma que se establece en el art. 169 (art. 230 LPCALE)

iii) Prueba: Se otorgará el término extraordinario de prueba, respecto a las que, propuestas, o para mejor proveer, deban practicarse en país extranjero. Es facultad del Tribunal señalar el término, que en ningún caso excederá de tres meses (art. 250 LPCALE). En cuanto a la forma de prestar declaración por parte de los extranjeros desconocedores del idioma español, el confesante declarará por medio de intérprete,

por conducto de quien se le harán las preguntas y se recibirán las respuestas; podrá dictar la declaración y las respuestas que dé; en este caso se consignarán en el idioma del que declare y traducirán a continuación al español (arts. 277 y 339 LPCA-LE).

iv) Comisiones rogatorias: Para la práctica de las diligencias que hayan de ejecutarse fuera de la competencia territorial del Tribunal que las hubiere dispuesto, se librará el correspondiente despacho o carta rogatoria, atemperándose a las disposiciones a que se refieren los arts. 53 al 58, ambos inclusive, de la Ley de Organización del Sistema Judicial; estas reglas se observarán para dar cumplimiento en la República de Cuba a los despachos y comisiones rogatorias de Tribunales extranjeros por los que se requiera la práctica de alguna diligencia judicial (art. 174 LPCA-LE).

III. Determinación de la ley aplicable

1. Características del bloque normativo

Las normas de DIPr contenidas en el Cc cubano no poseen un contenido uniforme pese a formar parte de un subsistema integrado. Dicho subsistema comprende dos tipos de normas. De un lado, las denominadas “reguladoras” (arts. 12 a 17¹³ y las tres Disposiciones especiales del Cc), que tienen como función llevar a cabo la reglamentación sustancial de las situaciones del tráfico externo, estableciendo concretas respuestas jurídicas a tales situaciones; el hecho de que estas normas no estén agrupadas en el Código civil obedece a que, al interés de incorporar las últimas al nuevo Código de Familia que se estudiaba y pretendía promulgar en aquellos años, y así suprimirlas después del Código Civil sin derogar artículos, sino las disposiciones especiales que a ese sólo efecto se incluyeron. De otro lado, las normas “de aplicación” (arts. 18 a 21), cuya misión es dar respuesta a los problemas surgidos en el proceso de aplicación de las primeras por parte del juez o autoridad. Estas normas diversas conforman, en su conjunto, el denominado método de atribución o indirecto, que es el que preside el sistema cubano. Los arts. 12 a 21 iban a quedar integrados en un capítulo autónomo denominado “Normas de Derecho internacional privado”, pero esta opción incluida en el Anteproyecto quedó al final descartada.

Las normas reguladoras se configuran, en primer lugar, no en términos unilaterales, preocupadas sólo del ámbito de aplicación del Derecho cubano, sino desde una dimensión bilateral con vistas a determinar, según este ordenamiento, cual es el Derecho, propio o extranjero, aplicable. En segundo lugar, responden al modelo conflictual en su estado más puro, con normas de conflicto de conexión única des-

¹³ Sobre estos preceptos *vid.* la noticia de I. García Velasco, “El sistema de DIPr de la República de Cuba”, *REDI*, vol. XLI, 1989, pp. 669–673.

cartando la inclusión de puntos de conexión de carácter alternativo. La defensa de la generalidad de la norma de conflicto descansa en el denominado por la doctrina francesa “respeto a los grupos normativos” o a la unidad en la reglamentación de las instituciones: al evitarse la fragmentación en la regulación de un supuesto concreto, por ejemplo, las “sucesiones por causa de muerte” (art. 15), “obligaciones extracontractuales” (art. 16) u “obligaciones contractuales” (art. 17), a través de normas de conflicto generales, se asegura un cierto nivel de coherencia en la solución final de una institución en su totalidad, descartando el eventual *depeçage* y sometiénola a los mismos principios rectores, colmando las lagunas y desechando eventuales desajustes.

Las normas de aplicación se estudiarán al final de este epígrafe.

2. Normas reguladoras

A) Capacidad y estado civil

Con carácter general “La capacidad civil de las personas para ejercer sus derechos y realizar actos jurídicos se rige por la legislación del Estado del cual son ciudadanas” (art. 12.1º)¹⁴. Dicha ley rige la capacidad para obligarse por letra de cambio, pagaré a la orden y cheque y para otorgarse por el convenio arbitral. Al lado de esta regla general deben tenerse en cuenta que: a) La capacidad para contraer matrimonio está afectada por la norma especial contenida en el art. 2 del Convenio de Nueva York de 20 diciembre 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos; en virtud del mismo, los Estados parte, entre los que se encuentra Cuba (1965), no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de edad. b) La capacidad para otorgar testamento se rige de acuerdo con su ley personal, acreditada su capacidad legal (art.484.3º Cc)¹⁵. c) El sistema cubano no contempla, al igual que el Código Bustamante, la denominada excepción de interés nacional. d) En caso de comparecencia ante Notario, la capacidad legal de los extranjeros que comparezcan “se regirá por su ley personal acreditada, si el Notario no la conociere” (art. 58 Ley No. 50/1984).

¹⁴ La Constitución cubana dedica los arts. 28 a 33 el régimen de la ciudadanía cubana que puede ser adquirida por nacimiento o por naturalización teniendo en cuenta que ni el matrimonio ni su disolución afectan a la ciudadanía de los cónyuges o de sus hijos.

¹⁵ “El Notario, una vez conocida la capacidad legal del extranjero, podrá de acuerdo con lo establecido en el Código Civil recibir las disposiciones testamentarias del extranjero, aunque el instituido no sea cubano, pues no existen disposiciones legales que lo prohíban” (Dictamen nº 14/1988, de la Dirección de Registros y Notarías de 24 de marzo de 1988, L.B. Pérez Gallardo, J. Almaguer Montero, N.C. Ojeda Rodríguez, *Compilación de Derecho Notarial*, La Habana, 2005, p. 101).

El art. 12 Cc se complementa con la Disposición especial segunda de este cuerpo legal que determina que: “El estado civil y los derechos y deberes de familia de las personas se rigen por la ley del Estado del que son ciudadanas”. Dicho precepto:

i) Refleja la evolución y pervivencia histórica del concepto de “estatuto personal” y en lo que concierne al estado civil y a las relaciones de familia configurándose como la solución unitaria del sistema cubano, frente a la acción del principio de especialización que se registra en otros sistemas. Dicha solución unitaria abarca el comienzo y extinción de la personalidad, los derechos de la personalidad, incluido el derecho al nombre, la mayoría de edad y la emancipación y la declaración de ausencia y fallecimiento, a la protección de menores (cuando no sea de aplicación el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 1993) y de incapaces mayores, la tutela y otras medidas de protección y los derechos de familia que no sean objeto de un tratamiento específico.

ii) Muestra su preferencia por la ley nacional, descartando otras opciones favorables al domicilio o a la residencia habitual. Esta última conexión, al orientarse el sistema en favor de conexiones únicas, no tiene presencia alguna, incluso para la solución de los problemas de la aplicación de la ley nacional en caso de situaciones de nacionalidad múltiple o de apatridia. Estos últimos son solventados parcialmente al considerarse que “las personas sin ciudadanía que sean residentes en nuestro país se rige por la legislación cubana” (art. 12.2º Cc), pero se guarda silencio acerca los primeros. La aplicación por analogía de la *lex fori* pudiera ser una vía de solución. En este punto procede recordar que Cuba, en consonancia con lo dispuesto en el art. 32.2º de su Constitución Política, no participa en la red de los denominados “Convenios de doble nacionalidad”.

B) Personas jurídicas.

A las personas jurídicas les es aplicable la legislación del Estado conforme a la cual fueron constituidas (art. 12.3º Cc)¹⁶, estableciéndose un ámbito de aplicación específico vinculado a aspectos relativos a su propia creación y funcionamiento. La traslación analógica del concepto de estatuto personal a las personas jurídicas, provoca en ocasiones una confusión entre problemas de Derecho aplicable, de determinación de la nacionalidad, y de reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades. En la actualidad, el tratamiento de los problemas de DIPr privado relativos a la personalidad jurídica encuentra su razón de ser en el ámbito de las sociedades mercantiles, y su estudio debe diferirse a la disciplina del Derecho de los negocios internacionales¹⁷.

¹⁶ Vid. arts. 13 y 15 Ley N° 77/1995 de 5 de septiembre, Ley de la Inversión Extranjera en Cuba.

¹⁷ Resulta obligado señalar que la apertura de Cuba a la inversión extranjera en 1987 (año en el que se constituyó la primera *joint venture* o empresa mixta, Cubacan, S.A. con participación cubana y española) que se consolidaría con el Decreto-Ley No. 50 de 15 de febrero de 1982 y, más tarde con la Ley No. 77 de 5

C) Forma de los actos

La respuesta se inclina por las soluciones tradicionales basadas en las reglas *locus regit actum* (“La forma de los actos jurídicos civiles se rige por la legislación del país en que se realizan” –art. 13.1º–) y *auctor regit actum*: (“A los actos jurídicos que se realizan ante funcionario diplomático o consular de Cuba o ante capitanes de buques o aeronaves cubanas, se les exige las formalidades establecidas en las leyes cubanas –13.2º–), sin la incorporación de una posible de flexibilización a través de conexiones de carácter alternativo. Debe tenerse en cuenta que los funcionarios consulares o diplomáticos cubanos en el extranjero, autorizados para ello, ejercen, para surtir efectos en Cuba, la función notarial en el país en que estén acreditados de conformidad con lo establecido en esta Ley y su Reglamento (art. 2 Ley 50/1984)

El rigor de la solución apuntada se proyecta también a las formalidades de los actos jurídicos relativos a bienes muebles e inmuebles, que “se rigen por la legislación del Estado en que están situados (art. 14.1º)”. En este caso, si el compareciente es extranjero y no habla y lee el idioma español deberá realizar la traducción un intérprete y que firmará conjuntamente con aquél y con el Notario (art. 57 Ley No. 50 de las Notarías Estatales).

D) Matrimonio y crisis matrimoniales

El art. 36 de la Constitución de la República define el matrimonio como “la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común”. Desde la perspectiva del DIPr procede señalar los rasgos esenciales de la normativa cubana sin olvidar que, en su reducido ámbito de aplicación, deberá estarse en su caso al Código Bustamante que presta atención a: la celebración del matrimonio (arts. 36 a 40), la forma (arts. 41 y 42), efectos (arts. 43 a 46), la nulidad y los efectos de la nulidad (arts. 47 a 51) y a la separación de cuerpos y al divorcio (arts. 52 a 56).

i) La celebración del matrimonio está regulada en la Ley 1289/75, que incorpora el Código de la familia 14 febrero 1975 (Cod. Fam.), y en la Ley No. 51/1985 de 15 de julio, Ley del Registro del Estado Civil (LREC). El matrimonio religioso no surte efecto jurídico alguno en Cuba hasta que no se formalice ante las autoridades civiles (art. 2 Cod. Fam.)

– Si el matrimonio se celebra en Cuba deberá efectuarse ante un notario público, que es el funcionario facultado para tal menester (art. 7 Cod. Fam.), quien aplicará

septiembre 1995 de Inversión Extranjera, actual norma reguladora del proceso de inversión extranjera en Cuba, y al amparo de la cual han creado numerosas asociaciones económicas internacionales (o negocios conjuntos) entre empresas mixtas y asociaciones contractuales. *Vid.* R. Dávalos Fernández, *Las empresas mixtas. Regulación jurídica*, 3ª ed., Tenerife, Ivercan Caribe, S.L. 1993

la ley cubana; dicha aplicación no sólo se infiere de la regla general del art. 13.1º Cc, sino de la Disposición Especial Primera del Cc que establece con un carácter marcadamente unilateral, susceptible de bilateralización, que “la forma de los matrimonios que se celebren en Cuba, se rige por la legislación cubana”. Por su parte, la capacidad se rige por la ley personal (art. 12.1º)¹⁸. Entre los requisitos establecidos se exige al cónyuge extranjero a) Exhibir el documento oficial que autorice su estancia en el territorio nacional; b) acreditar su capacidad, de conformidad con su ley personal; c) presentar autorización del Ministerio de Justicia, de conformidad con los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley; ch) cumplir cualquier otro requisito resultado de tratados internacionales (art. 63 LREC)¹⁹.

– Si el matrimonio se celebra en el fuera de Cuba, el cubano que se encuentre temporalmente en el extranjero y pretenda formalizar matrimonio con un ciudadano no cubano debe presentar certificación del Ministerio de Justicia acreditativa de su capacidad legal para celebrar el acto (art. 64 LREC)²⁰. En todo caso el matrimonio podrá formalizarse por medio de apoderado, cuando uno de los contrayentes resida en lugar distinto de aquel en que haya de tener lugar su formalización. En este caso se requerirá poder especial (art. 65)²¹.

– Se admite el matrimonio ante cónsules y vicecónsules cubanos acreditados en el extranjero (art. 7.2º Cod. Fam.) si bien para que en el país en que como tales estén acreditados, formalicen de acuerdo con las leyes cubanas, los matrimonios de ciudadanos cubanos con ciudadanos extranjeros se faculta a los Ministros de Justicia y de Relaciones Exteriores para reglamentar la función consular relacionada con dicha actividad²².

ii) La Disposición Especial Tercera Cc incluye una regulación expresa de la ley aplicable a las relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, que está presidida por la ley cubana si ambos o uno de los cónyuges es ciudadano cubano. En el caso de que los cónyuges sean extranjeros y sus leyes personales estén en conflicto, también se aplicará la legislación cubana a título de *lex fori*.

iii) En orden al divorcio, ya hemos tenido ocasión de ocuparnos de la regulación específica de competencia judicial internacional²³. El Decreto-Ley No. 154/1994 introdujo la modalidad de “divorcio notarial”, ampliando notablemente

¹⁸ *Vid. supra*, II.1.v).

¹⁹ *Vid.* art. 117 Resolución No. 157/1985 de 25 de diciembre, Reglamento de la Ley Nº 51/1985 de 15 de julio Del Registro del Estado Civil, del Ministro de Justicia.

²⁰ *Vid.* Resolución del Director de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia de 12 de julio del 2000, Indicaciones para la calificación de los expedientes de matrimonios entre ciudadanos cubanos y ciudadanos extranjeros (*Compilación, cit.*, pp. 335–337)

²¹ Para la inscripción fuera de plazo del matrimonio formalizado en el extranjero *Vid.* art. 126 Resolución No. 157/1985 de 25 de diciembre, Reglamento de la Ley Nº 51/1985 (*Compilación, cit.* pp. 335).

²² Ley No. 1308/1976, derogada por la Ley No. 51 de julio de 1985.

²³ *Vid. supra*,

la competencia material de los notarios, pero guarda silencio en torno a la ley aplicable.

E) Sucesión por causa de muerte

La sucesión por causa de muerte se rige por la legislación del Estado del cual era ciudadano el causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren (art. 15 Cc). Debe tenerse en cuenta que en orden al derecho a la adjudicación de la herencia, tanto en lo relativo a la vivienda como al patrimonio cultural, y al régimen bancario, la legislación cubana establece una serie de limitaciones que deberá aceptar el extranjero a la hora de adjudicarse²⁴. Para la autorización de las actas de declaratoria de herederos la representación letrada deberá acompañar al escrito de solicitud del acta de declaratoria de herederos, entre otros documentos, “ch) la ley personal del causante, si éste fuere extranjero y el Notario no la conociere (art. 108 Ley No. 50/1984).

F) Obligaciones extracontractuales

Dispone el art. 16 “Las obligaciones extracontractuales se rigen por la ley del lugar donde hubiera ocurrido el hecho de que se derivan”. Esta norma está presente en la generalidad de los sistemas jurídicos con cobertura convencional donde se cuenta con soluciones específicas para las distintos supuestos de responsabilidad transfronteriza (contaminación, accidentes de circulación por carretera o marítimos o nucleares, daños del fabricante por productos...) que en la Unión Europa han sido agrupados no sin problemas en la redacción vigente del Reglamento Roma II. Pero en estos modelos, en función de la especialización apuntada, poseen un carácter residual a diferencia de lo que ocurre en Cuba que tiene una vocación de reglamentación general y conforma lo que se ha venido en llamar “estatuto delictual”, que no difiere sustancialmente del contenido en el art. 168 del Código Bustamante.

G) Obligaciones contractuales

La utilización de la autonomía de la voluntad, expresa o tácita, como conexión para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales en el art. 17 Cc constituye en sí misma un remedio técnico no formalista ni mecánico que se complementa con una conexión subsidiaria de cierre: la ley del lugar de ejecución del contrato. Dicho precepto establece que: “A falta de sumisión expresa o tácita de las partes, las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de ejecución del contrato”. Esta dicción deja clara la posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato sin distinguir el carácter internacional de éste, o sea, sin exigir la presencia

²⁴ El Notario deberá advertir al extranjero de estas situaciones, pero nunca negarse a recibir las disposiciones testamentarias de éste (Dictamen n° 14/1988, cit.).

de un elemento de extranjería en la relación jurídica contractual. Semejante redacción, aunque defectuosa, por dar prioridad a la presunción legal a falta de elección, deja abierta la posibilidad de las partes de elegir el Derecho aplicable aunque esté expresada en sentido negativo (“a falta de sumisión”)²⁵, con la única excepción de los llamados “contratos económicos” los que se rigen por la ley nacional imperativa²⁶.

En efecto, a finales del 2012 fue promulgada en Cuba una nueva regulación legal sobre contratación económica (Decreto-Ley No. 304, denominado “De la Contratación Económica”), produciendo importantes cambios en el régimen de los contratos. Esta regulación incorpora principios y reglas internacionales para la contratación aproximándose a los Principios de UNIDROIT, pero origina problemas alrededor de la “mercantilidad” e “internacionalidad” de los contratos, pues crea confusión entre contratos mercantiles y contratos económicos, al haber derogado las disposiciones que lo regulaban en el Código de comercio, dejando a los contratos mercantiles sin otra regulación sustantiva²⁷. Además, declara que los contratos internacionales quedan fuera de su ámbito de aplicación, pero al mismo tiempo incluye aquellos contratos que se celebren con personas naturales o jurídicas extranjeras. De esta forma, no resulta suficiente la presencia de elementos de extranjería para otorgar la calificación de “internacional”, sino que se exigen otros vínculos objetivos de mayor connotación.

Esta solución general coexiste con la regulación del Código Bustamante (arts. 164 a 186), restringida al ámbito de sus Estados Parte. Los contratos se rigen por la ley escogida por las partes, principio de la autonomía de la voluntad conflictual (a lo que Bustamante denominaba “autarquía personal”). A falta de elección expresa de las partes, se aplica, en el sistema convencional (Código Bustamante) la ley personal común de los contratantes y en su defecto la ley del lugar de la celebración del contrato (principio de presunción legal). Se trata de una presunción *iuris tantum*, para evitar que sea el juzgador quien deba indagar o desentrañar la voluntad de las partes, pues es la propia norma la que indica que, si las partes tienen una nacionalidad o ciudadanía común, es la ley de ese país la que quisieron escoger aplicable, mediante la voluntad tácita.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ En efecto, la redacción del art. 17 es no incluye ningún elemento relativo a la internacionalidad de la relación contemplada, lo que ofrece la hipotética posibilidad de elección de la ley aplicable al contrato sin exigir la presencia de un elemento de extranjería en la relación jurídica contractual. Esa imprecisión pudo haberse originado porque el Anteproyecto del Código Civil agrupaba las normas de conflicto dentro de un capítulo denominado “Normas de Derecho internacional privado” que hubiera aclarado este extremo. Cf. R. Dávalos Fernández, *Fronteras y contratos. Derecho aplicable al contrato internacional*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2005, p. 6.

²⁷ Vid. L. Dávalos León, “El contrato internacional en la nueva Ley cubana de contratación económica”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 26, 2013. <http://www.reei.org/index.php/revista/num26/notas/contrato-internacional-nueva-ley-cubana-contratacion-economica>.

H) Bienes

La solución es clásica y escueta al basarse la *lex situs* y en la unidad de tratamiento entre los bienes muebles (art. 14.1º Cc). Ofrece especial importancia la consideración de los inmuebles y otros derechos reales en el Registro de la Propiedad²⁸ y el régimen de arrendamiento de viviendas, habitaciones o espacios por extranjeros. Asimismo, se presta atención a los medios de transporte al determinarse que “los buques y las aeronaves están sometidos a la ley del Estado de su abanderamiento, matrícula o registro”. Sin embargo, no se da respuesta, desde la perspectiva del Derecho aplicable, al régimen relativo a los medios de transporte, y de los bienes culturales²⁹ y, curiosamente, a la protección de los bienes inmateriales aunque, en esta última materia debe destacarse la pertenencia de Cuba a la OMC y, en concreto al ADPIC. Caso de que sea es factible la aplicación del Código Bustamante, deberán tenerse en cuenta los arts. 105 ss, que también están presididos por la ley de situación del bien como opción principal.

3. Normas de aplicación

Las soluciones otorgadas a algunos de los “problemas particulares” regulados en el Cc y en la LPCALE confirman igualmente una cierta rigidez del sistema que no queda templado ante la no participación de Cuba en los tratados internacionales de DIPr que se ocupan de estas cuestiones. El legislador cubano se ha decantado por dar respuesta a alguno de estos problemas guardando silencio sobre otras cuestiones como el fraude de ley, el conflicto móvil, la cuestión preliminar, la adaptación o la imposibilidad material de aplicación del Derecho extranjero. Por su parte, el Código Bustamante es parco en esta materia como se infiere de sus arts. 4 a 8.

i) Calificación de la norma de conflicto: Es una operación necesaria a la hora de resolver cualquier tipo de pretensión jurídica, no obstante, el análisis del supuesto de hecho litigioso, de las pretensiones de las partes, del contenido de la relación jurídica en cuestión, cobra particular relieve en el sector del Derecho aplicable y, en especial, a la hora de aplicar una norma de conflicto; y de hecho, es una operación indisoluble de la interpretación de las propias normas de conflicto. La operación de calificación consiste, entonces, en subsumir los hechos del supuesto práctico, el contenido de la relación litigiosa, la pretensión o relación jurídica, en una categoría

²⁸ De acuerdo con el art. 4 Resolución N° 114/2007, de 29 de junio, de la Ministra de Justicia, reguladora de “Las Normas y Procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad”, en dicho Registro se inscriben los títulos de “(…). Los contratos u otros actos jurídicos en virtud de los que se transmita, a favor de otras personas naturales o jurídicas, la propiedad de un inmueble u otros derechos reales sobre estos, cuando están vinculados a negocios con participación de capital extranjero” (*Compilación*, cit., p. 135).

²⁹ Aunque debe estarse a lo dispuesto en el Decreto N° 118/1983 de 23 de septiembre, Reglamento para la ejecución de la Ley de Protección al Patrimonio Cultural.

o concepto jurídico determinado. Dicha operación de calificación para determinar la norma de conflicto aplicable ha de hacerse con arreglo a la ley del foro, tal como dispone el art. 18 Cc: “La calificación del acontecimiento natural o acto jurídico necesaria para determinar la norma aplicable en caso de conflicto de leyes, se hará siempre con arreglo a la ley cubana”.

La justificación de la calificación *ex lege fori*, frente a la posibilidad de aplicar a la misma, eventualmente, la ley extranjera designada por la propia norma, la *lex causae*, es múltiple y variada. Semejante solución cuenta con dos argumentos de auténtico peso: en primer lugar, el carácter interno de la mayoría de normas de conflicto que conlleva por sí mismo el carácter nacional de la calificación; en segundo lugar, un argumento puramente lógico deriva del carácter previo de la calificación: si ésta sirve para la determinación de la norma de conflicto eventualmente aplicable, se desconoce de antemano la ley aplicable, resultando por ello incongruente pretender utilizar la calificación conforme a la *lex causae*.

ii) Reenvío: Dispone el art. 19 del C.c. que “En caso de remisión a la ley extranjera que, a su vez, remita a la cubana, se aplica esta. Si la remisión es a la de otro Estado, el reenvío es admisible siempre que la aplicación de esa ley no constituya una violación de lo dispuesto en el art. 21. En este último caso, se aplica la ley cubana”. De esta redacción se desprende que el sistema cubano admite con carácter general el reenvío de retorno a la ley cubana con una fórmula tajante “se aplicará” en vez de expresiones de mayor ambigüedad como “se tendrá en cuenta” (art. 12.2º Cc español). También se desprende que el legislador cubano no ha podido desprenderse de la fascinación casuística del reenvío de segundo grado, auténtica reliquia histórica, aunque la admisión de la ley extranjera en este caso no debe contrariar el orden público del foro.

iii) Orden público: El ámbito del orden público como correctivo funcional al Derecho designado por la norma de conflicto cuenta con una norma de factura clásica en el art. 21: “La ley extranjera no se aplica en la medida en que sus efectos sean contrarios a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba”. Dicha redacción no implica una exclusión *a priori* de la ley extranjera en el supuesto de determinadas materias, como sucede con la norma homóloga existente en otras legislaciones, sino que obliga a conocer la ley extranjera, traerla al proceso cognoscitivo del Juez o tribunal, y sólo en el caso de que sus efectos vulneren los principios fundamentales del régimen (que no quiere decir que la solución sea distinta) es cuando dicho Derecho no se aplica.

iv) Aplicación judicial del Derecho extranjero: Se sigue un modelo caracterizado por el papel protagonista de la parte que pretende la prueba y por el papel pasivo del juez y está regulado en el art. 244 LPCALE: “A cada parte incumbe probar los hechos que afirme y los que oponga a los alegados por las otras, así como la vigen-

cia del Derecho extranjero cuya aplicación reclame. Los hechos notorios por su publicidad y evidencia serán apreciados sin necesidad de prueba”.

2. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras

A) Decisiones y actos susceptibles de reconocimiento

Inicialmente el reconocimiento hace referencia a la posibilidad de conseguir en el foro, el efecto constitutivo, obligatorio o de cosa juzgada material, ejecutivo o registral de una decisión extranjera. El reconocimiento no se reduce a decisiones judiciales firmes dictadas en procedimientos contenciosos: los laudos arbitrales, las transacciones judiciales, los actos de jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares o provisionales, o las propias sentencias no firmes, son otras tantas decisiones susceptibles de producir todos o algunos de los efectos citados y, consecuentemente, de provocar un problema de reconocimiento, pese a carecer bien de firmeza, bien de carácter contencioso o bien de la propia naturaleza de una sentencia. Asimismo, no todas las decisiones susceptibles de reconocimiento presentan un carácter jurisdiccional. Existen actos públicos o administrativos (*ad ex.* una expropiación) que constituyen auténticas decisiones gubernativas susceptibles de producir efectos extraterritoriales. Finalmente, también debe ser objeto de análisis el régimen de los efectos probatorios, ejecutivos o registrales que despliegan los documentos públicos extranjeros, circunstancia que obliga a su vez a analizar el régimen de la ley aplicable a la forma de los actos (arts. 13 y 14 Cc).

i) Reconocimiento de documentos y actos. La eficacia probatoria de los documentos públicos otorgados ante autoridad extranjera viene regulada en el art. 290 LPCALE. Según este precepto los documentos otorgados en otras naciones tendrán el mismo valor en el proceso que los otorgados en Cuba, si reúnen los requisitos siguientes: a) que el asunto o materia del acto o contrato sea lícito y permitido por las leyes de Cuba; b) que los otorgantes tengan aptitud y capacidad legal para obligarse con arreglo a las leyes de su país; c) que en el otorgamiento se hayan observado las formas y solemnidades establecidas en el país donde se han realizado los actos y contratos; d) que el documento contenga la legalización y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en Cuba. Si el documento está redactado en idioma extranjero deberá adjuntarse su traducción en español; y si ésta se impugna, se hará traducir oficialmente por el Ministerio de Relaciones Exteriores o por peritos en el idioma utilizado. De este enunciado cabe distinguir, en primer lugar, la propia autenticidad o veracidad del documento público, o, lo que es lo mismo, su fuerza probatoria extrínseca y, en segundo término, y sólo una vez resuelta la autenticidad del documento, procede valorar su capacidad para servir de prueba de la existencia del acto jurídico que se ha plasmado en dicho documento, o, en otras palabras, su fuerza probatoria intrínseca; si se reconoce dicha eficacia probatoria, se suscita una cuestión añadida en orden a valorar su fuerza probatoria en relación con otros medios de prueba cualesquiera que sean. Por último, consumada

la prueba del acto, ello es independiente del reconocimiento de su validez. Si se trata certificaciones expedidas por Notario o funcionario extranjero, para surtan efecto en el territorio nacional, deben protocolizarse ante el Notario en Cuba, previo el cumplimiento de las formalidades establecidas en el Reglamento de esta Ley, excepto lo dispuesto en tratados o convenios internacionales (art. 19 Ley 50/1984); y su la protocolización se llevará a efectos siempre que: a) hayan sido autorizados o expedidos conforme a las leyes del país donde se otorgaron o expidieron y b) el funcionario autorizante estuviere plenamente facultado para ello (art. 97). En el caso certificaciones literales o en extractos, relativas al estado civil expedidas por autoridad extranjera, para que surtan efectos en Cuba deberán ser traducidas al español si estuvieran en otro idioma, y legalizadas previamente de conformidad con lo establecido en la Ley, salvo lo dispuesto en tratados internacionales (art. 13 Ley no. 51/1985).

La certificación expedida por el funcionario consular o diplomático cubano autorizado deberá estar legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores de Cuba (art. 98 Ley No. 50/1984)³⁰.

ii) Actos de jurisdicción voluntaria: El reconocimiento del efecto constitutivo de los actos de jurisdicción voluntaria ha seguido dos criterios dispares: el primero de ellos parte de un reconocimiento “material”, consistente en el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 290 LPCALE que no son exclusivamente, como veremos, requisitos *ad probationem*, sino también exigencias de fondo relativas a la capacidad, la forma y la adecuación al orden público; este carácter permite afirmar que su simple aplicación conlleva un reconocimiento material del efecto ejecutivo o, en este caso, constitutivo del acto, mas allá del meramente probatorio; el segundo criterio consistiría en aplicar el procedimiento de exequátur previsto en el arts 483–485 LPCALE. Esta segunda opción se enfrenta sin embargo, con el inconveniente de la exigencia de firmeza requerida a las decisiones susceptibles exequátur de ser que un concepto amplio del requisito de “firmeza” permitiría incluir estos actos de jurisdicción voluntaria entre aquellos susceptibles de exequátur, que si son firmes en términos de cosa juzgada formal.

La tradición notarialista cubana cubre un amplio espectro de la vida socioeconómica del país y cada vez adquiere su función mayor trascendencia, pasando a la esfera del conocimiento notarial los actos de jurisdicción voluntaria que incorporó el año 1985 la Ley 50/1984, modificado este último en 1992 y a ello deben sumarse todos los cambios económicos operados tras la entrada en vigor de la Ley N° 77/1995 de 5 septiembre la Inversión Extranjera y otras disposiciones relativas a la

³⁰ Vid. Dictamen 4/1999 de 9 de febrero de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia, relativo a los controles y documentos que deben llevar y autorizar, respectivamente, para cumplimentar las funciones y actividades notariales y registrales del Estado Civil conferidas por la legislación vigente a los funcionarios consulares o diplomáticos cubanos en el extranjero, a partir de las leyes y reglamentos especiales que versan sobre esas materias (*Compilación, cit., pp. 11–12*).

actividad mercantil que presumen la intervención notarial a través de la autorización de escrituras constitutivas de sociedades mercantiles, contratos de asociación económica internacional, actas de protestos de letras de cambio y la protocolización de documentos autorizados por funcionarios extranjeros para que puedan surtir efectos en el territorio nacional.

Las actuaciones de jurisdicción voluntaria referidas a actos ocurridos fuera de territorio nacional, en que estén interesados nacionales cubanos, podrán promoverse ante los cónsules cubanos en el país respectivo, con la validez y eficacia que esta Ley atribuye a las de los Tribunales cubanos (art. 582 LPCALE).

iii) Sentencias extranjeras de divorcio: En este contexto debe tenerse en cuenta que la sentencia de divorcio dictada en el extranjero que disuelva un matrimonio celebrado de acuerdo con las leyes cubanas o de un país extranjero, entre cubanos, o entre cubanos y extranjeros o entre extranjeros, tendrá validez en Cuba, siempre que por la representación consular cubana en el país donde se haya concedido el divorcio, se certifique que éste fue sustanciado y fallado de acuerdo con las leyes de dicho país (art 64 Cod. Fam.).

iv) Laudos arbitrales: El reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros se sustancia a través del mecanismo establecido en el Convenio de Nueva York de 10 junio 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, si bien la aplicación de dicho instrumento no tiene un carácter universal debido a que Cuba formuló en el momento de su incorporación al mismo las denominadas “reservas” de comercialidad y de universalidad limitada a los Estados contratantes.

B) Regímenes de exequátur

El art. 483 LPCALE configura dos regímenes distintos de exequátur de sentencias extranjeras:

i) Régimen convencional: Comienza el art. 483 afirmando que “las sentencias de Tribunales extranjeros firmes en el país donde se dictaron, tendrán en Cuba la eficacia que los tratados les concedan”. Ante la ausencia de instrumentos internacionales que obliguen a Cuba en esta materia debemos referirnos aquí al Código Bustamante, que será de aplicación para las sentencias que provengan de sus Estados miembros lo dispuesto en los arts. 423 a 435 de este instrumento internacional que no sólo incluye las decisiones en materia contenciosa, en el ámbito civil y administrativo, sino también en materia de jurisdicción voluntaria. Las condiciones previstas en el art. 423 del Código son: a) verificación de la competencia judicial internacional del juez de origen; b) ausencia de rebeldía; c) no contravención del orden público o del Derecho público del juez del exequátur; d) carácter ejecutorio en el Estado de origen; e) traducción autorizada autorizadamente por un funcionario o

intérprete oficial del Estado de la ejecución, si allí fuere distinto el idioma empleado; y f) autenticidad del el documento en que conste reúna los requisitos necesarios para ser considerado como auténtico en el Estado de que proceda, y los que requiera para que haga fe la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la sentencia. A continuación el Código establece un detallado desarrollo procedimental del trámite de exequátur.

ii) Régimen común o de condiciones: Frente a lo que ocurre en el Derecho comparado, donde el régimen de condiciones posee un carácter residual, al estar obligado el país considerado por numerosos compromisos internacionales tanto de carácter multilateral como bilateral, en Cuba el art. 483 LPCALE establece un sistema de control a cargo del Tribunal Supremo Popular, que posee evidente primacía sobre el anterior. Dicho sistema presenta un evidente carácter facilitador para el operador jurídico, al evitar complejos ejercicios de delimitación del instrumento internacional aplicable a través del juego de su ámbito de aplicación material y territorial, amén del complejo estudio de las cláusulas de compatibilidad o del juego de las eventuales reservas. Cabe insistir en que la operatividad del régimen de condiciones depende del presupuesto general de la inexistencia de un tratado internacional. Dicho régimen será estudiado en el apartado siguiente.

C) Control por el juez del exequátur

El art. 483 diseña un régimen de condiciones mínimas sustantivas y formales. Tales condiciones se vinculan, por una parte, a exigencias constitucionales o sustantivas (orden público, garantías procesales, control de competencia), y, por otra, a mínimos requisitos formales y de congruencia del sistema jurídico (autenticidad, cosa juzgada...). El carácter irrenunciable de estas condiciones las hace siempre exigibles.

i) El art. 483 habla de la eficacia de las sentencias extranjeros en Cuba cuando éstas tengan carácter “firme”. La firmeza de la decisión posee, pues, un alcance general, que opera tanto en el régimen convencional como en el de condiciones. Ello implica que debe tener carácter ejecutorio en el país de origen y que contra ella no quepa recurso alguno ordinario ni extraordinario en dicho país. Por descontado la situación de cosa juzgada forma, inherente a la firmeza, debe ser acreditada ante el juez cubano correspondiendo a este último valorar la prueba aportada.

ii) El art. 483.1º se refiere a la necesidad de que la sentencia extranjera haya sido dictadas a consecuencia del ejercicio de una acción personal. Este criterio, literalmente restrictivo, excluye, por ejemplo, las acciones reales y suscita, en todo caso, una cuestión de calificaciones que deberá ser resuelta conforme a los criterios de la ley cubana (art. 18 Cc). Al excluirse las acciones reales y mixtas cabe entender que el precepto contemplaría únicamente acciones de carácter obligacional, por lo que debería tener una interpretación extensivamente.

iii) El modelo cubano incorpora el principio de no revisión del fondo, lo que no impide la existencia de algunas condiciones tasadas del reconocimiento que inciden o afectan a aspectos sustanciales. El art. 483.2° exige, a este respecto, que la sentencia extranjera no haya sido dictada “en rebeldía del demandado”. Una interpretación funcional de este precepto lleva a concluir que su sentido es garantizar el principio de contradicción y la posibilidad de que el demandado haya podido defenderse efectivamente en el procedimiento abierto en el extranjero. Esta exigencia se circunscribe básicamente a la regularidad y suficiencia de la notificación de la demanda; pero, por esta razón, quedaría fuera de la condición todo supuesto de rebeldía culpable, estratégica o por conveniencia, consistente en la ausencia del demandado en el procedimiento de origen debida, no a un defecto o irregularidad en el emplazamiento, sino al propio desinterés del demandado. La causal se pondrá en marcha, asimismo, en los supuestos en los que no se haya garantizado suficientemente al demandado sus derechos de defensa por parte del tribunal de origen, en especial el derecho a no quedar en indefensión, como es la propia existencia de fundamentación jurídica y la presencia, siquiera mínima, de prueba.

iv) Conforme al art. 483.3° es condición del exequátur que las sentencias extranjeras “que recaigan sobre obligaciones lícitas conforme a la legislación cubana”. El límite de orden público atiende a la protección de valores fundamentales de índole social o económica del foro, en un momento histórico determinado. La actualidad de este correctivo, al igual que en su operatividad frente a la ley extranjera (art. 21 Cc), obliga a utilizarlo conforme a los valores presentes en el momento del reconocimiento, no en el de dictarse la sentencia extranjera; en todo caso, exige la adecuación de toda la decisión extranjera, y no sólo de su fallo, a los principios del régimen político, social y económico de la República de Cuba.

v) La demostración de la autenticidad de la ejecutoria extranjera presentada al reconocimiento, y el cumplimiento de los requisitos de prueba que, en cuanto documento público, debe cumplimentar para hacer fe en Cuba, constituyen una condición previa que, como es obvio, opera sea cual fuere el régimen del reconocimiento. La exigencia de autenticidad de la ejecutoria extranjera se especifica en el art. 483.4°, que articula la condición de que las sentencias extranjeras “que el documento contentivo de las mismas aparezca expedido con los requisitos exigidos para su autenticidad en el país de donde procedan y se hayan observado los de la legislación cubana para que haga fe en el territorio nacional”. La determinación de la autenticidad de la ejecutoria conforme al ordenamiento procesal extranjero podría situar, en la práctica, a esta condición, como una excepción a instancia de la parte interesada, sin embargo, en este punto debe entenderse que la prueba de la autenticidad debe aportarse por quien solicita el reconocimiento, actuando al tiempo que las condiciones previstas por el ordenamiento cubano para que dicha ejecutoria auténtica pueda desplegar en Cuba sus efectos probatorios, condiciones que se recogen en el art. 290 LPCALE.

vi) La LPCALE abandonó el denominado “régimen de reciprocidad” que se incluía en los arts. 952 y 953 LEC de 1881 con un carácter autónomo, pero incluyó en el art. 483 una causal autónoma en el art. 483.5° según la cual, la sentencia cuya ejecución se solicite deberá ir acompañada de una “comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores del país en que fue dictada, haciendo constar que las autoridades de ese país cumplirán, en señal de reciprocidad, las sentencias pronunciadas en Cuba;

vii) Por último, el art. 483.6° exige que en la solicitud de exequátur se señale con precisión el domicilio en Cuba de la persona condenada en la sentencia. Este requisito es muy importante a la hora de iniciarse el procedimiento de exequátur a los efectos de citación de la parte condenada por la sentencia extranjera.

D) Procedimiento

Tanto el art. 7 como el art. 484 LPCALE el procedimiento de exequátur habrá de desarrollarse ante el Tribunal Supremo Popular salvo un eventual supuesto de reciprocidad diplomática, donde el convenio internacional designe un órgano distinto. En relación con el Código Bustamante no se plantea problema alguno pues su art. 424 se limita a señalar que “La ejecución de la sentencia deberá solicitarse del juez o tribunal competente para llevarla a efecto, previas las formalidades requeridas por la legislación interior”. El hecho de que sea el más alto Tribunal quien tenga la competencia para la homologación de las sentencias extranjeras obedece, aparte de a razones históricas, a que es una materia que se vincula a la soberanía nacional y a la conveniencia de unificar la doctrina emanada en esta materia

El procedimiento de exequátur regulado en los arts. 484 y 485 LPCALE

i) No es, en modo alguno, un procedimiento de ejecución, sino un procedimiento de reconocimiento u homologación; esta es la *causa petendi*. En primer término, no siempre es el efecto ejecutivo de una decisión lo que se pretende a través de este procedimiento, pero sobre todo, en segundo lugar, aunque se pretenda el efecto ejecutivo, el procedimiento de exequátur se erige como un presupuesto de la ejecución (declaración de ejecutividad), pero no la lleva a cabo; simplemente transforma la decisión extranjera en un título de ejecución. Esta se realizara posteriormente de la misma forma que se ejecuta una decisión española. Así, dispone el art. 485 *in fine* que si se ordenare el exequátur, “se remitirá la ejecutoria al Tribunal competente del lugar en que esté domiciliado el condenado; si se negare, se devolverá a su presentante.

ii) Se caracteriza por los principios dispositivo, documental y de aportación de parte. La legitimación no viene regulada en la LPCALE, si bien se estima que están legitimados para solicitar el reconocimiento quienes fueron parte en el proceso extranjero y sus derechohabientes. Se inicia con la presentación a la correspondien-

te Sala de dicho Tribunal el documento que la contenga, con su traducción oficial si no estuviere escrito en español y las copias correspondientes para entregar en el acto de la citación, a la persona contra la cual se dirija la ejecutoria. El procedimiento prevé la audiencia de la parte contra la cual se haya pronunciado la sentencia y al Fiscal por el término de diez días que se contarán a partir de la citación de aquélla en el lugar de su domicilio en Cuba. La intervención del Ministerio Fiscal atiende al interés público de que sean reconocidas las sentencias extranjeras que cumplan los requisitos previstos en la legislación cubana legislación, y tiene una considerable relevancia en el procedimiento de exequátur.

iii) Evacuada la audiencia, o en su defecto, transcurrido el plazo, se ordenará o denegará el cumplimiento, sin ulterior recurso. El procedimiento termina a través de una resolución firme contra la que no cabe recurso ulterior.

LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE DU NICARAGUA ET LE PROJET DE LOI MODÈLE DE L'OHADAC

Enrique LINARES RODRÍGUEZ

Sommaire : I. Introduction. II. Brève description de la situation politique, sociale et économique au Nicaragua. III. Appartenance aux systèmes d'intégration. IV. Système de droit international privé : 1. Lignes directrices. 2. Compétence juridictionnelle internationale. 3. Détermination du droit applicable. 4. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères. V. Projet de Loi modèle de l'OHADAC. VI. Conclusions.

I. Introduction

Le 17 janvier 2014, une réunion de travail de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe (OHADAC) s'est tenue à la Faculté de droit de l'Université Complutense de Madrid. Cette réunion visait avant tout à coordonner l'élaboration et les principales lignes directrices du projet de Loi modèle de droit international privé dans la région de la Caraïbe. Pour la réalisation de cette entreprise ambitieuse, il était nécessaire de disposer au préalable d'études portant sur les divers systèmes de droit international privé (DIPr) des États de la région. Le panel d'experts représenté s'est exprimé ainsi de manière unanime. La réalisation de ces études, élaborées principalement par des spécialistes des pays caribéens, a permis de faire en sorte que le projet de Loi modèle de Droit international privé de l'OHADAC¹ prenne en compte la réalité juridique de ces États auxquels, en fin de compte, elle était destinée.

Le présent travail, qui fait partie de ces études préliminaires, fournit une analyse du système de DIPr au Nicaragua, et met en relief ses principales caractéristiques dans les domaines de la compétence judiciaire internationale, du droit applicable, de la reconnaissance et de l'exécution de décisions. En outre, il s'agit de dresser un portrait de la réalité politique et sociale du Nicaragua et des différents systèmes d'intégration auxquels appartiennent la plupart des républiques d'Amérique centrale, ce qui permet de découvrir la raison d'être d'une grande partie de leur cadre juridique et évoque la nécessité de réformes concrètes de leur système de DIPr, adapté à de nouvelles circonstances.

¹ Présenté le 9 mai 2014 à Madrid par la Présidente de l'Association ACP Légal, dans le cadre du VIIIe séminaire de droit international privé. <http://s450607662.mialojamiento.es/wpcontent/uploads/2014/05/LEY-MODELO-2014.pdf>.

Le système nicaraguayen de DIPr ne dispose pas de réglementation spéciale qui aborde la matière, du moins pour une part importante de celle-ci, mais ses principaux postulats sont disséminés dans des codes internes qui datent du début du XXe siècle. De même, la législation interne peut se voir supplantée par les rares conventions internationales dont le Nicaragua est signataire en matière de DIPr. Cette dispersion législative et l'emploi de critères souvent incohérents et incomplets s'avèrent inadaptés pour apporter une réponse claire et uniforme aux questions d'échanges juridiques externes. Cette situation, associée aux attentes de croissance commerciale et économique du Nicaragua, font de ce pays un des mieux situés dans la Caraïbe pour adopter la Loi modèle de l'OHADAC comme référence et guide pour la configuration de son système de DIPr.

II. Brève description de la situation politique, sociale et économique au Nicaragua

Afin de mieux comprendre le système juridique et les institutions d'un État, il convient de connaître, au moins de manière sommaire, la situation politique, sociale et économique du pays concerné. Dans le cas précis du Nicaragua, ces circonstances expliquent souvent les spécificités de l'ordre juridique et en particulier, du système de DIPr, où la majorité des conventions internationales penchent en faveur de la protection des mineurs, à n'en pas douter, un des groupes de personnes les plus vulnérables de la nation d'Amérique centrale. Par extension, le Nicaragua est la plus grande république d'Amérique centrale avec six millions d'habitants². Il s'agit d'un État laïc, caractérisé par une grande diversité ethnique et culturelle, où se mêlent populations indigènes, européennes et africaines.

Le cadre politique et juridique en vigueur dans la République d'Amérique centrale est en grande partie le résultat de transformations opérées dans l'ordre institutionnel suite à la victoire du mouvement révolutionnaire mené par le Front Sandiniste de Libération Nationale (ci-après, le FSLN), arrivé au pouvoir en 1979. La constitution a été promulguée en 1987³, puis réformée à quatre reprises, au gré de l'alternance des gouvernements. En novembre 2006, le FSLN a repris le pouvoir et son gouvernement actuel (réélu en 2011) a mené de vastes réformes qui ont permis d'obtenir la stabilité macroéconomique du pays.

Même si le Nicaragua reste un des pays les plus pauvres d'Amérique latine⁴, ces dernières années la nation a connu une croissance sans précédent dans divers pans

² Selon les données fournies par l'Instituto Nicaragüense de Estadísticas y Censos (Institut du Nicaragua de la statistique et des recensements), au 30 juin 2012, l'Etat comptait une population de 6.071.045 d'habitants.

³ *Gaceta*, n° 94, 30 avril 1987

⁴ En 2012, 42,7 % de sa population vivait en dessous du seuil de pauvreté, selon les données de la Fundación Internacional para el Desafío Económico Global (Fondation internationale pour le défi économique)

de l'économie tels que le textile, les services, le tourisme ou les énergies renouvelables. Outre les efforts des Nicaraguayens, les investissements directs à l'étranger (IDE) ont joué un rôle important en faveur de cette croissance. Il s'agit du taux le plus élevé de la région d'Amérique centrale par rapport au produit intérieur brut (PIB)⁵. EN 2012, les IDE ont représenté pour le pays l'apport de 1,284 milliards de dollars américains, un chiffre équivalant à 12,2 % du PIB du pays, et l'année suivante, ce chiffre est passé à 1,5 milliard, soit 13,5 % du PIB du Nicaragua; tandis que la moyenne régionale se situe autour de 5 % du PIB. A la mi-2013, grâce à la "Loi spéciale pour le développement des infrastructures et du transport nicaraguayens, relative au canal, zones de libre-échange et infrastructures associées"⁶, le gouvernement a octroyé une concession de 50 ans à l'entreprise chinoise HK Nicaragua Canal Development pour construire, développer et exploiter un canal interocéanique situé au Nicaragua qui unisse l'Océan Pacifique à l'Océan Atlantique, un projet d'une énorme ampleur, dont le coût est estimé à 40 milliards de dollars américains.

Cette hausse des investissements et du commerce au Nicaragua, ainsi que celle des flux migratoires, sont des éléments qui favorisent une augmentation des relations juridiques avec un composant de relations extérieures, des relations toujours plus complexes et qui requièrent, comme nous le verrons, une adaptation du système nicaraguayen de DIPr à ce nouveau contexte.

III. Appartenance aux systèmes d'intégration

La situation géographique spécifique du Nicaragua, situé au milieu de l'isthme d'Amérique centrale, entre la mer Caraïbe et l'Océan Pacifique, contribue au fait que ce pays est susceptible de participer à divers systèmes d'intégration régionale. Ainsi, le Nicaragua est membre des systèmes énoncés à la suite :

i) Le Système d'intégration centraméricain (SICA), une organisation internationale à caractère régional, dont le siège est établi au Salvador. Elle a été créée le 13 décembre 1991 dans le cadre de la XI^e réunion des Présidents d'Amérique centrale qui s'est tenue à Tegucigalpa (Honduras). Les États fondateurs sont le Costa Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua et le Panama. Le Belize et la République dominicaine ont ensuite rejoint la liste des membres de droit.

mondial, ou FIDEG). La lutte contre la pauvreté et celle de nature extrême (environ 7,6 %) est l'un des principaux objectifs de l'Etat nicaraguayen.

⁵ Rapport Doing Business in Nicaragua, présenté par le Ministère des Transports, de l'Industrie et du Commerce, la Chambre de Commerce des États-Unis d'Amérique au Nicaragua (AMCHAM) et l'agence Pronicaragua, années 2013-2014.

⁶ Loi n° 840, *Gaceta*, n° 110, 14 juin 2013.

ii) L'Alliance bolivarienne pour les peuples de notre Amérique (ALBA).– Traité de commerce des peuples (ALBA–TCP). Initiative promue par le Venezuela comme alternative à la Zone de Libre–échange des Amériques (ALCA) que les États–Unis d'Amérique avaient impulsé. Avec son siège sisà Caracas, l'ALBA est actuellement composée du Venezuela, de Cuba, de la Bolivie, du Nicaragua, de la Dominique, d'Antigua et Barbuda, de l'Équateur, de Saint–Vincent–et–les–Grenadines, de Sainte–Lucie et du Surinam. Le Nicaragua a rejoint l'ALBA le 11 janvier 2007.

iii) Communauté des États latino–américains et des Caraïbes (CELAC), à laquelle appartiennent tous les Etats indépendants d'Amérique latine et de la Caraïbe, soit aujourd'hui 33 membres. L'organisation a été constituée de manière formelle lors du IIIe sommet des chefs d'Etat et de gouvernement de la CALC⁷, qui s'est tenu à Caracas les 2 et 3 décembre 2011, et lors duquel était représenté le Nicaragua. La CELAC, conformément à la volonté expresse de ses membres, ne compte pas d'organes d'administration et les décisions sont adoptées par consensus. L'instance suprême de l'organisme est le Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement, qui se réunit chaque année dans le pays qui occupe la présidence. Le IIIe sommet CELAC a eu lieu à La Havane, les 27 et 28 janvier 2014. Le Costa Rica a pris la suite de la présidence pro tempore de la CELAC après Cuba.

iv) Association latino–américaine d'intégration (ALADI). Organisme qui encourage la création dans la région d'un espace d'échanges économiques privilégiés, avec l'objectif final d'aboutir à la création d'un marché commun latino–américain. Il émane du Traité de Montevideo de 1980, suite à la réorganisation de l'ancienne ALALE (Association latino–américaine de libre– échange). L'ALADI se définit comme le plus grand espace latino–américain d'intégration économique et dont treize pays font partie, à savoir : L'Argentine, la Bolivie, le Brésil, le Chili, la Colombie, Cuba, l'Équateur, le Mexique, le Panama, le Paraguay, le Pérou, l'Uruguay et le Venezuela. L'adhésion de la République du Nicaragua à l'ALADI a été acceptée lors de la réunion du Conseil des Ministres du 11 août 2011. Cependant, la République d'Amérique centrale n'est pas encore membre de plein droit de cette organisation, car elle est actuellement en train de réunir les conditions prédéfinies pour cette adhésion.

Le Nicaragua a signé divers traités commerciaux, entre autres : (i) le Traité général d'intégration économique de l'Amérique centrale (1962), (ii) le Traité de Libre–échange avec le Mexique (1998) et (iii) le Traité de libre–échange entre la République dominicaine, l'Amérique centrale et les Etats–Unis d'Amérique (connue

⁷ Sommet de l'Amérique latine et des Caraïbes sur l'intégration et le développement.

sous l'acronyme anglais CAFTA-DR)⁸. Le pays a également signé des Accords de libre commerce et d'échanges privilégiés avec le Panama, la Colombie et Taïwan. Il existe aujourd'hui trois autres Traités en cours de négociation : Le Traité Amérique centrale-Chili, le Traité Amérique centrale-Canada et le Traité Amérique centrale-Panama.

En matière d'investissements étrangers, le Nicaragua a signé un total de 18 accords bilatéraux de protection et de promotion des investissements. Il s'agit notamment de ceux signés avec le Chili, le Danemark et les États-Unis d'Amérique en 1995, l'Allemagne et le Royaume-Uni en 1996, avec l'Argentine, la Suisse et la France en 1998, avec le Salvador et la Suède en 1999 et avec l'Équateur, la République de Corée et les Pays-Bas en 2000. Le pays a également signé un APPRI avec l'Espagne le 28 mars 1995.

Le Nicaragua est depuis 1995 signataire de la Convention du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, qui a créé le CIRDI⁹, et depuis 2003, elle fait également partie de la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international.

La République du Nicaragua est membre de l'Organisation des Nations unies depuis sa fondation en 1945, et de l'OMC depuis le 3 septembre 1995. L'Etat d'Amérique centrale fait également partie de l'Organisation internationale de l'énergie atomique (OIEA), du Mouvement des non-alignés et de l'Organisation internationale pour les migrations (OIM). Au niveau régional, le Nicaragua appartient à l'Organisation des États américains (OEA) et à d'autres entités telles que l'Organisation des États ibéro-américains pour l'Éducation, la Science et la Culture; l'Organisation panaméricaine de la Santé (OPS) ou l'Union postale des Amériques, de l'Espagne et du Portugal (UPAEP), ainsi que la Banque interaméricaine de Développement (BID) et la Banque d'Amérique centrale d'Intégration Économique (BCIE), de la Cour de Justice arbitrale d'Amérique centrale et du Mécanisme permanent de Consultation et de Concertation politiques du Groupe de Río.

Enfin, il est important de souligner que dans le cadre des relations avec l'Union européenne, le Nicaragua a été partie prenante aux Accords obtenus entre cette organisation d'intégration régionale et l'ensemble des pays d'Amérique centrale, à savoir; (i) l'Accord Cadre de Coopération avec l'Amérique centrale de 1985, (ii) le second Accord Cadre de Coopération de 1993, et (iii) l'Accord de Dialogue Politique et de Coopération de 2003. Aujourd'hui, les relations institutionnelles entre les deux régions sont encadrées par l'Accord d'Association Union européenne-Amérique centrale (UE-AC). Ce dernier a été signé le 29 juin 2012 lors du sommet

⁸ Le Congrès du Nicaragua a approuvé le 10 octobre 2005 la ratification du traité CAFTA-DR avec les votes du FSLN contre, alors que ce dernier se trouvait alors dans l'opposition. Avec l'arrivée au pouvoir du FSLN, le Président Daniel Ortega s'est prononcé contre le Traité.

⁹ Même si le Nicaragua a annoncé en mai 2007, dans le cadre de l'ALBA, qu'il dénoncerait la Convention du CIRDI, il apparaît que l'Etat n'a pas communiqué cette renonciation au Centre.

du SICA qui a eu lieu à Tegucigalpa, et constitue pour l'essentiel un cadre juridique contractuel qui s'appuie sur trois piliers; le commerce, le dialogue politique et la coopération. La République du Nicaragua a été le premier pays d'Amérique centrale à ratifier l'accord, en vigueur depuis le 1^{er} août 2013. Toutefois, tant que les 28 États membres de l'Union européenne n'auront pas finalisé les procédures de ratification, seules les parties liées au pilier commercial de l'accord sont applicables.

IV. Système de droit international privé

1. Lignes directrices

Le système nicaraguayen de DIPr est fondé sur une base légale. Il ne dispose pas de loi spéciale qui recueille la matière, du moins une grande partie de cette dernière, mais ses principes directeurs dans les matières de la compétence judiciaire internationale, dudroit applicable et de la reconnaissance et l'exécution de décisions sont recueillis de manière diffuse dans divers codes internes, à savoir : (i) le Code civil¹⁰, approuvé le 1er février 1904, avec une forte influence du Code civil argentin de 1869 et (ii) le Code de procédure civile, qui commença à régir la république d'Amérique centrale le 1er janvier 1906. Les codes de procédure civile espagnols de 1855 et 1881, ainsi que le Code de procédure civile chilien de 1902 ont également participé à son élaboration.

Cette loi interne cohabite, et peut se voir supplantée par les conventions internationales auxquelles le Nicaragua a souscrit en matière de DIPr. Ces conventions sont plutôt rares et à caractère multipartite. Celles que l'Etat a signées sont énumérées à la suite :

i) Dans le cadre des conférences spécialisées sur le DIPr (CIDIP), hébergées par l'OEA, lors desquelles le Nicaragua a ratifié les conventions énumérées à la suite :

Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, adoptée au Panama le 30 janvier 1975 (CIDIP I). La République du Nicaragua a signé cette convention le 30 janvier 1975, la ratifiant le 15 juillet 2003, et effectuant le dépôt de l'instrument correspondant le 2 octobre 2003. Cependant, de même que pour grand nombre d'autres États latino-américains, le Nicaragua n'est pas signataire de la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères, adoptée à Montevideo le 5 août 1979 (CIDIP II).

Convention interaméricaine sur la personnalité et la capacité des personnes juridiques en DIPr, adoptée à La Paz, le 24 mai 1984 (CIDIP III). La République du Nicaragua a signé cette convention en date du 24 mai 1984, en l'approuvant par le Décret n° 2301. La convention a été ratifiée le 24 août 1999 par le Décret n° 103, et le dépôt de l'instrument de ratification a été effectué le 9 novembre de la même année.

Convention interaméricaine sur le retour international de mineurs, adoptée à Montevideo le 15 juin 1989. La République du Nicaragua a adhéré à cette convention le 20 octobre 2004, elle a réalisé le dépôt de son

¹⁰ La version du Code civil nicaraguayen qui contient le Titre préliminaire et la réforme opérée par la Loi n° 186 du 16 novembre 1995, est disponible sur : http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jp?file_id=226821.

instrument le 6 décembre 2004 et a notifié le 7 juin 2005 la désignation du Conseil national de l'Attention et de la Protection intégrale de l'Enfance et de l'Adolescence (CONAPINA) comme l'autorité centrale chargée de l'application des obligations établies par la convention conformément à son art. 7.

Convention interaméricaine sur le trafic international des mineurs, adoptée à Mexico le 18 mars 1994 (CIDIP V). La République du Nicaragua a adhéré à cette convention le 7 octobre 2005, réalisant le dépôt de l'instrument correspondant le 18 novembre 2005. ii) Dans le cadre de la Conférence de La Haye, où le Nicaragua a ratifié deux Conventions, même si le pays n'est pas État membre :

Convention du 5 octobre 1961 qui supprime l'exigence de légalisation des actes publics étrangers. Le Nicaragua a adhéré à cette convention le 7 novembre 2012, par le Décret exécutif n° 14-2012, du 17 avril 2012, la convention entrant en vigueur pour cet Etat d'Amérique centrale le 14 mai 2013.

Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement de mineurs à l'international. L'adhésion du Nicaragua à la Convention a eu lieu le 14 décembre 2000. Elle est entrée en vigueur dans le pays le 1^{er} mars 2001. Le Nicaragua est aussi signataire de la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant de 1989. Le caractère particulièrement sensible des problèmes relatifs à l'enfance et à l'adolescence dans un des pays les plus pauvres d'Amérique latine a contribué au fait que cette dernière convention soit érigée au niveau de loi constitutionnelle. La loi 287 du 24 mars 1998, Code de l'enfance et de l'adolescence, a été approuvée sur cette base. Elle établit un nouveau modèle de justice pénale spécialisée pour les enfants et les adolescents, dont les principes fondamentaux sont fondés sur leur intérêt primordial¹¹.

iii) Enfin, la Convention de DIPr complète le cadre conventionnel du DIPr nicaraguayen. Signée à La Havane le 13 février 1928 dans le cadre de la Sixième Conférence Panaméricaine, elle a permis d'approuver le Code de DIPr, ou Code Bustamante. Malgré le fait qu'au moment de l'approbation du Code Bustamante, le Nicaragua présentait de grandes réserves à son encontre, il apparaît que le pays l'a ratifié dans son intégralité et sans réserves¹², ce qui a contribué au fait qu'aussibien

¹¹ Cf. art. 98 du Code de l'Enfance et de l'Adolescence.

¹² Le Nicaragua fut l'un des États, avec la Colombie, le Costa Rica, le Chili et l'Uruguay, qui a formulé des réserves d'ordre général au moment d'adopter le Code Bustamante. Ainsi, le pays manifesta son souhait de ne pas appliquer les dispositions du Code qui entraient en conflit avec le droit canon. La réserve prononcée par la délégation du Nicaragua énonce textuellement que : «Le Nicaragua, pour ce qui concerne les matières qu'il juge (aujourd'hui et dans le futur) soumises d'une manière quelconque au droit canon, ne pourra pas appliquer les dispositions du Code de droit international privé qui entrent en conflit avec ce droit. Nous affirmons (comme cela a été exprimé oralement à de nombreuses reprises pendant les débats), que quelques dispositions du Code approuvé entrent en conflit avec les dispositions expresses de la législation du Nicaragua, ou avec des principes qui constituent la base de cette législation; mais devant rendre hommage au travail remarquable de l'illustre auteur de ce Code, nous préférons, au lieu de relever des réserves, formuler cette déclaration et permettre aux pouvoirs publics du Nicaragua de formuler les réserves ou de réformer dans la mesure du possible la législation nationale en cas d'incompatibilité». Comme le dirait Antonio S. Bustamante, le Code de droit international privé lui-même invitait à formuler ce type de réserves d'ordre général en son art. 3, en faisant mention des articles précis faisant l'objet de réserves. Toutefois, le 3 janvier 1929, le Nicaragua a approuvé sans réserve le Code Bustamante, le ratifiant le 28 février 1930, s'unissant ainsi aux cinq autres États qui le ratifièrent sans formuler de réserve : Cuba, le 20 avril 1928; le Guatemala, le 9 novembre 1929; le Honduras, le 20 mai 1930; le Panama, le 26 octobre 1928 et le Pérou, le 19 août 1929. Pour de plus amples informations à ce sujet, *vid. A. Sánchez de Bustamante, El Código de Derecho internacional privado y la Sexta Conferencia Panamericana*, La Havane, Avisador Comercial, 1929; et G. Parra Aran-

la doctrine que la jurisprudence nationale, considèrent que dans certaines matières, telles que la force probante, le système conventionnel nicaraguayen de DIPr correspond pleinement au Code Bustamante, qui, ainsi, fait partie intégrante de son droit interne¹³.

Le projet de Loi modèle de DIPr de l'OHADAC envisage en principe la prévalence de conventions internationales telles que le Code Bustamante en cas de contradiction (art. 3 LM), même s'il est certain que ses postulats apportent une réponse bien plus adaptée à la réalité contemporaine des relations juridiques qui comportent un élément provenant de l'étranger.

2. *Compétence juridictionnelle internationale*

De manière générale, il est possible d'affirmer que ce matière du DIPr nicaraguayen est caractérisé par (i) la diversité des sources normatives, comme indiqué plus avant (ii) l'application à la demande d'une partie, des règles de compétence juridictionnelle internationale dérivées (sans place au doute) de l'ancien code de procédure civile espagnol de 1881¹⁴. Ceci étant dit, la compétence judiciaire internationale au Nicaragua est définie par les dispositions des art. 41 et suivants du Code civil¹⁵, des arts. 251 et 290 du Code de procédure civile et des Titres I et II du 4^{ème} Livre du Code Bustamante (en particulier, ses art. 314 à 332), quand ce texte inter partes s'applique et qu'il n'y a pas de réserves qui sont formulées.

Le Code civil établit en tant que chef de compétence général d'attribution de la compétence juridictionnelle internationale, le domicile du défendeur (art. 45), critère d'élection de for qu'il emploie notamment en matière contractuelle (art. 41).

guren, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, Université centrale du Venezuela, Faculté de sciences juridiques et politiques, 1982.

¹³ L. Loreto, "El conflicto de leyes en materia de pruebas en el Derecho internacional privado" exposé devant le congrès de l'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, Venise, septembre 1961.

¹⁴ L'art. 74 de l'ancien Code de procédure civile espagnol (Gaceta, n° 36, 5 février 1881), établissait textuellement ce qui suit : "En aucun cas, les questions de compétence ne seront promues d'office dans les affaires civiles; toutefois, le Juge qui pense ne pas avoir compétence dans l'affaire en raison de sa nature pourra s'abstenir de la connaître, après que le Ministère public aura été écouté, en informant les parties de leurs droits devant les organes compétents"

¹⁵ L'art. 41 c. c. établit textuellement ce qui suit : "Les personnes dont le domicile est établi dans la République, qu'il s'agisse de nationaux ou d'étrangers, qu'ils soient présents ou absents, peuvent être attirés devant les tribunaux territoriaux pour l'exécution de contrats formés dans un autre pays. Les étrangers qui se trouvent dans le pays peuvent aussi être poursuivis, même s'ils n'y sont pas domiciliés, si ces contrats ont été formés avec des nationaux ou avec d'autres étrangers domiciliés dans la République. Les étrangers, même s'ils sont absents du pays, peuvent être attirés devant les tribunaux de la Nation : 1° Pour exécuter les obligations contractées ou qui doivent s'exécuter sur le territoire de la République. 2° Quand une action en justice concernant des biens dont ils disposent sur le territoire de la République est intentée contre eux. 3° S'il est précisé dans l'obligation contractée par l'étranger, que les tribunaux de la République doivent trancher sur les différents y afférant. 4° Lorsqu'est intentée une action au civil consécutive à un délit ou à une faute commise par l'étranger sur le territoire de la République".

Toutefois, l'art. 41 envisage une multitude de critères de connexion, qui emploient des chefs de compétence excessifs comme la présence du défendeur sur le territoire nicaraguayen, même à titre occasionnel, pour que le contrat soit considéré comme formé avec des Nicaraguayens ou des étrangers domiciliés dans le pays d'Amérique centrale. Le législateur d'État est en effet libre d'établir dans le cadre de ses règles de compétence juridictionnelle internationale ce type de chefs de compétence excessifs, mais il convient de prendre en compte le fait que, comme le rappellent Fernández Rozas et Sánchez Lorenzo¹⁶, ceci peut susciter une sanction indirecte de la part d'autres États, qui pourraient rejeter l'exequatur de décisions nicaraguayennes fondées sur ces critères excessifs. Les chefs de compétence mentionnés cohabitent avec d'autres, comme le lieu de situation du bien immobilier ou celui d'exécution du contrat, grâce auxquels il existe la possibilité que l'étranger qui se trouve sur le territoire nicaraguayen soit poursuivi dans ce pays. En ce sens, les critères de compétence du Code civil du Nicaragua sont compatibles avec l'art. 323 du Code Bustamante, qui indique que le principal chef de compétence pour l'exercice d'actions personnelles (sauf en cas de soumission expresse ou tacite, et de droit local indiquant le contraire), comme le lieu d'exécution de l'obligation¹⁷.

En matière de successions, l'art. 42 c.c. précise que le domicile du défunt est celui qui détermine le lieu où est ouverte la succession¹⁸, réaffirmant ainsi l'option du domicile du défendeur comme le critère d'attribution de la compétence juridictionnelle internationale.

La République de Nicaragua a obtenu une certaine adaptation des critères qui déterminent la compétence internationale et ceux qui déterminent la compétence nationale. Ainsi, le Code de procédure civile, lorsqu'il traite de sujets particuliers, inclut des usages de chefs de compétence territoriale pour des affaires internationales. Un exemple patent figure à l'art. 266 du Code de procédure civile, dans lequel, sur la question (entre autres) de l'héritage, l'alinéa 5 énonce ce qui suit : "En matière de testaments ou d'affaires ab-intestat, le juge compétent sera celui du lieu où le défunt avait son dernier domicile. Si celui-ci se trouvait à l'étranger, le juge compétent sera celui de son dernier domicile au Nicaragua ou celui du lieu où se trouvait l'essentiel de ses biens"¹⁹, en écho évident, d'autre part, avec les dispositions du Code civil. Le Code de procédure civile emploie aussi des critères de règlement de portée générale, comme celui prescrit à l'art. 251, qui veut que la "La justice ordinaire soit l'unique compétente pour connaître les affaires civiles qui surviennent sur le territoire nicaraguayen, entre nicaraguayens, entre étrangers, et

¹⁶ J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6 e éd., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 55–57.

¹⁷ Art. 323 CB : "Dans les cas de soumission expresse ou tacite, et sauf si le droit local s'y oppose, le juge compétent pour l'exercice d'actions personnelles sera celui du lieu de l'exécution de l'obligation, ou le domicile des défendeurs et subsidiairement, le lieu de résidence".

¹⁸ Ceci rejoint les dispositions de l'art. 327 CB, qui énoncent ce qui suit : "Dans le cas des jugements testamentaires ou ab intestat, le juge compétent sera celui du lieu où le défunt avait son dernier domicile".

¹⁹ L'art. 52.4^o LEC/2000 va dans le même sens.

entre Nicaraguayens et étrangers”, ce critère de base étant présent dans les Codes de procédure civile espagnols de 1855 et de 1881²⁰. Un autre critère à vocation générale figure à l’art. 260 du Code de procédure civile, et concerne la soumission expresse ou tacite de la part des plaideurs aux tribunaux du Nicaragua. L’art. 280 du Code de procédure civile réaffirme le caractère central du domicile, en précisant que “Le domicile d’une personne détermine la compétence juridictionnelle des autorités qui doivent connaître la requête qui lui est soumise, sauf exception légales”. L’art. 290 renouvelle cette idée en référence concrète aux procédures de nature civile et aux actes de juridictions gracieuses²¹.

Les règles de compétence juridictionnelle, aussi bien nationales qu’internationales, ne sont pas applicables d’office par les juges nicaraguayens, mais plutôt à la demande de la partie intéressée. L’art 303 du Code de procédure civile établit de manière claire que : “En aucun cas, les questions de compétences ne seront promues d’office dans les affaires civiles; mais le Juge qui pense ne pas avoir compétence dans l’affaire pourra s’abstenir de la connaître, en informant les parties de leurs droits devant les organes compétents”.

Enfin, cette loi peut être supplantée dans les cas où s’appliquent les dispositions d’instruments conventionnels. Concrètement, ceci peut se produire lorsque les critères d’attribution de compétence énoncés dans le Code Bustamante s’appliquent, ce dernier ayant une incidence particulière dans les pays d’Amérique centrale, où, outre le Nicaragua, le Guatemala, le Honduras et Panama ont également ratifié ce Code sans émettre aucune réserve²².

3. Détermination du droit applicable

Les dispositions qui servent de base au système nicaraguayen de réglementation en matière de conflits sont énoncées dans le Chapitre préliminaire du Code civil (n° VII, VIII, IX y XIV), concernant les art. 14, 24 et 27 du Code de procédure civile. Dans cette matière, l’application d’office n’est pas non plus nécessaire. Selon la

²⁰ Cette considération concernant la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux figurait déjà à l’art. 14 du Code Napoléon. En Espagne, le principe se retrouve aujourd’hui dans l’art. 21 de la loi sur l’organisation du système judiciaire de 1985, où apparaît la nuance suivante : “...en accord avec les dispositions de la présente loi et celles des traités et conventions internationales dont l’Espagne est signataire”.

²¹ L’art. 290 du Code de procédure civile indique qu’ “En général, le juge compétent pour connaître une requête au civil ou pour intervenir dans un acte non contentieux, est celui du domicile du défendeur ou de l’intéressé, sans préjudice des dispositions des articles suivants”

²² Cf. Nations Unies, Registre des textes des Conventions et autres instruments relatifs au droit commercial international, vol. I, New York, 1973, p. 154. Parmi les 20 pays latino-américains signataires de la Sixième Conférence Panaméricaine, quatre États (le Brésil, la République dominicaine, Haïti et la Venezuela) ont ratifié le Code Bustamante avec des réserves partielles; cinq États (La Bolivie, le Chili, le Costa Rica, l’Équateur et Le Salvador) l’ont ratifié avec des réserves générales; cinq autres (l’Argentine, la Colombie, le Mexique, le Paraguay et l’Uruguay) ne l’ont pas ratifié; et seuls six États (Cuba, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama et le Pérou) l’ont ratifié sans réserve. Parmi ces derniers, Cuba, l’État qui a accueilli la Sixième Conférence panaméricaine, applique le Code Bustamante de manière marginale.

rédaction actuelle du n° VII du Titre préliminaire du Code civil, l'application de lois étrangères n'interviendra que lorsque le Code le permet, et uniquement à la demande de la partie intéressée, à qui incombera la responsabilité de produire la preuve de l'existence de telles lois. Même si l'on peut nuancer ceci à une exception : "les lois étrangères qui deviendraient obligatoires dans la République en vertu de traités ou de lois spéciales", il est certain que de manière générale, au Nicaragua, le droit étranger n'est pas applicable d'office par le juge, puisqu'il est simplement considéré comme un fait²³ et doit à ce titre être prouvé par la personne qui l'invoque. Dans le même sens, l'art. 14 du Code de procédure civile établit que quiconque fait valoir son droit en vertu de lois étrangères doit vérifier leur existence de manière probante. Ce modèle peut notamment occasionner des problèmes tels que le fait que des affaires identiques soient tranchées de manière distincte, selon le fait que les parties auront allégué ou non; de bonne foi ou de mauvaise foi, l'application du droit étranger.

Eu égard à l'impossibilité d'appliquer le droit étranger, le n° VIII du Titre préliminaire du Code civil établit que de telles lois ne seront applicables que dans les cas suivants : (i) conflit avec le droit public ou pénal, avec la liberté de culte et avec les lois relatives à l'intérêt public (ii) incompatibilité avec l'esprit du Code civil, (iii) simple privilège, et (iv) quand le Code civil lui-même est plus favorable à la validité des actes. D'autre part, le point n° IX indique de manière générale que "Les conflits entre les codes de procédure nicaraguayens et étrangers seront soumis aux dispositions des codes respectifs", et le point n° XIV indique de manière impérative que lorsque les lois nicaraguayennes exigent des instruments publics pour la preuve qui doit être apportée et doit produire ses effets au Nicaragua, les écritures privées, quelle que soit la force de celles-ci dans le pays où elles sont délivrées, ne seront pas valides (l'art. 27 du Code de procédure civile s'inscrit dans les mêmes termes). En définitive, le Nicaragua établit clairement la territorialité des codes de procédure comme un principe direct de son système.

La combinaison de critères apparaît significative lorsque des questions spécifiques sont abordées. Selon l'art. 24 du Code de procédure civile, la loi nationale est le principe qui détermine aussi bien la situation comme la capacité juridique des personnes, précepte inspiré sans aucun doute par le Code Bustamante, dans lequel le principe de nationalité constitue un postulat essentiel²⁴. Cependant, au Nicaragua la succession pour cause de décès est régie par le critère de la loi du domicile du de cujus au moment de son décès (art. 939 du Code civil), en accord avec le principe contenu dans la Loi modèle de DIPr de l'OHADAC, où le domicile, en tant que centre de vie de la personne, est pris en compte comme critère principal de régulation des relations privées qui comporte un lien avec l'étranger. Le Code civil nica-

²³ Option qui reste appliquée dans d'autres pays d'Amérique latine comme l'Argentine, le Honduras, le Guatemala, le Costa Rica, le Paraguay et Le Salvador.

²⁴ Eu égard à la capacité des personnes physiques, l'art. 27 du Code Bustamante avance que, sauf exception ou droit local, celle-ci est régie par sa loi personnelle.

raguayen régle également d'autres aspects particuliers faisant l'objet du DIPr, tel que le mariage (art. 103 à 106), le divorce (art. 108), la succession testamentaire ou légale (art. 1023, 1024 y 1067) ou l'hypothèque (art. 3823).

La règle contenue dans l'art. 12 du Code de procédure civile en matière de preuve fait figure de disposition spécifique au système de DIPr nicaraguayen. En effet, le Nicaragua reconnaît que les lois d'un État d'Amérique centrale dans lequel siège le tribunal déterminent le caractère recevable, l'appréciation et les effets de la preuve. Disposition dictée conformément à l'art. 4 de la Convention sur la procédure d'Amérique centrale de 1892. Nicaragua n'est pas signataire, comme indiqué précédemment, de la Convention de la CIDIP de 1979 sur les règles générales de DIPr.

4. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères

Le système nicaraguayen différencie les décisions prononcées dans les pays d'Amérique centrale pour lesquelles il envisage un système spécifique (art. 16 du Code de procédure civile) de celles qui sont prononcées dans le reste des pays (art. 542 à 544).

Pour la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice rendues dans les États qui ne se trouvent pas en Amérique centrale, le Code de procédure civile établit un système très similaire aux critères des art. 951 ss. de l'ancien Code de procédure civile espagnol de 1881²⁵ et définit les trois éléments fondamentaux qui guident la concession de l'exequatur.

L'art. 542 du Code de procédure civile nicaraguayen énonce le caractère prééminent des traités internationaux signés par le Nicaragua et l'État dont provient le jugement dont l'exequatur est demandé. Comme indiqué plus avant, le Code Bustamante figure parmi ces traités, dont les dispositions en la matière (art. 423 à 437 CB) supplantent le régime autonome nicaraguayen du Code de procédure civile, mais son application est limitée aux États signataires de la Convention, dans la mesure où ces derniers n'ont pas formulé de réserves en matière de reconnaissance et d'exécution.

En cas d'absence de traité signé avec l'État d'origine du jugement ou de la décision qui doit être homologuée, l'organe juridictionnel nicaraguayen appliquera le critère de la réciprocité (art. 542 et 543 du Code de procédure civile); réciprocité qui fonctionne aussi bien de manière positive que négative. Sur cette base, l'exequatur sera accordé lorsque la loi ou la jurisprudence de l'autre État permettent aux décisions nicaraguayennes d'en bénéficier également, et sera rejeté dans le cas contraire.

La preuve de réciprocité incombe à la partie. L'origine de l'allégation, comme cela a été établi par la Chambre civile de Cour Suprême de Justice du Nicaragua le 7 novembre 1925, dans l'analyse de ce principe dans le cadre d'une décision rendue

²⁵ Art. 951 à 954, aujourd'hui toujours en vigueur en Espagne.

par les tribunaux des États-Unis d'Amérique : "... c'est un fait avéré qu'il n'existe pas de traité signé entre le Nicaragua et les États-Unis d'Amérique sur l'exécution de décisions de justice et, d'autre part, même si cette Cour Suprême a connaissance du fait qu'en général, aux États-Unis, les décisions de justice des tribunaux nicaraguayens ne sont pas appliquées, dans cas précis, on ne peut la prendre comme preuve d'un fait particulier; car la partie intéressée, qui est celle qui doit vérifier ces faits par voie d'exception, s'est abstenue de fournir la preuve alléguée par ses soins, il convient donc de déclarer que la demande de Mme Lucrecia Morales de Alvarado n'est pas concernée par un des cas compris dans les alinéas a) et b) du Considérant précédent et seul reste à examiner si la décision prononcée par la Haute Cour de l'Etat de Californie réunit les conditions énumérées à l'art. 544 pour celles qui doivent être strictement observées, car elles incarnent le droit public et la souveraineté du Nicaragua et la protection des Nicaraguayens à l'étranger..."²⁶.

A défaut de traités et de précédents qui permettent d'appliquer le principe de réciprocité, la décision étrangère ne pourra s'exécuter dans la République du Nicaragua que si elle réunit les conditions prescrites dans l'art. 544 du Code de procédure civile :

– La décision étrangère doit avoir été prononcée en conséquence de l'exercice d'une action personnelle;

– L'obligation doit être licite au Nicaragua;

– L'exécution doit réunir les conditions requises dans le pays dans lequel elle a été prononcée pour être considérée comme authentique et celles que lois nicaraguayennes requièrent pour qu'elles soient valides au Nicaragua;

– Le procès a donné la parole au prévenu, sauf s'il apparaît qu'il a été déclaré coupable pour ne pas avoir comparu après avoir été cité. Au sujet de cette garantie de procédure, la Cour Suprême de Justice du Nicaragua s'est prononcée, dans un jugement daté du 17 mai 1935 : "...il convient de conclure dans le cas présent, le lieu où la partie défenderesse ... avait établi sa résidence, étant connu de l'acteur; celle-ci ne pouvait pas être considérée ... comme absente..., il ne s'imposait donc pas de désigner un tuteur ad litem; et la notification et l'emplacement pour comparaître en jugement, effectués par cette personne, n'ont pas de valeur...; la Cour Suprême de Justice pense être habilitée pour affirmer que... elle n'a pas été signifiée personnellement, ci appelée dans les formes pour comparaître en jugement, la privant de cette manière de l'opportunité d'assurer sa défense"²⁷.

– Le jugement n'est pas contraire à l'ordre public national. Dans le jugement du 31 octobre 1977 de la Chambre civile de la Cour Suprême de Justice, on peut no-

²⁶ Jugement du 7 novembre 1925, *Boletín Judicial*, p. 5323. *Vid.* également au sujet de la réciprocité, la décision du 6 février 1948 et la décision du 1er octobre 1963, toutes deux émanant de la Cour Suprême de Justice du Nicaragua.

²⁷ Jugement du 17 mai 1935, *Boletín Judicial*, p. 8697.

tamment retrouver un exemple de la façon dont l'exequatur de décisions étrangères contraires à l'ordre public nicaraguayen est refusée : "...Sur les questions qui ont trait à l'autorité parentale, le Tribunal Suprême avance que "...toutes les procédures régulatrices de ces droits doivent se conformer à notre législation nationale, de sorte qu'on ne peut pas, sans compromettre ces principes d'ordre public – puisqu'il s'agit directement de l'organisation de la famille – respecter des décisions de tribunaux étrangers qui, comme dans notre cas, tendent à les affaiblir de manière non conforme au droit nicaraguayen, étant donné que selon nos lois, les droits parentaux ne peuvent être perdus ou restreints que dans des situations expressément définies dans le Code civil (art. 268 et 269 CC.)..." La décision se rapportant à des questions liées à l'organisation de la famille en contradiction avec les lois nicaraguayennes (qui s'appliquent en la matière aux personnes qui exercent l'autorité parentale au Nicaragua), son exécution dans cette République est inefficace, l'exequatur demandé ne peut donc être accordé."²⁸.

– La décision étrangère est applicable dans le pays d'origine. Dans le même jugement de 1977 précité, la Cour Suprême de Justice précise : "...les procédures relatives à la garde ne doivent pas être considérées comme exécutoires à proprement parler; en conséquence, il ne convient pas de prononcer une ordonnance de pareatis ou l'exequatur du jugement relatif à la garde qui a été rendu par un tribunal du Chili... N'étant pas exécutoire pour produire ses effets..., le document présenté par le représentant légal ne satisfait pas aux exigences qui figurent à l'art. 544 du Code de procédure civile et 423 du Code Bustamante ou de Droit international privé..."²⁹.

L'art. 544 du Code de procédure civile établit enfin le fait que les règles précitées sont aussi applicables à l'exequatur de sentences arbitrales, qui requièrent de plus l'accord d'une Cour supérieure du pays où il a été prononcée. Cependant, ce précepte a été supplanté, puisque les règles établies dans la Loi de médiation et d'arbitrage nicaraguayenne s'appliquent en la matière³⁰. L'art. 63 contient les motifs de refus de la reconnaissance ou de l'exécution de sentences identiques à celles établies à l'art. V de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée le 10 juin 1958 à New York, à laquelle le Nicaragua a adhéré en 2002³¹.

Les règles pour la concession de l'exequatur de jugements, décisions arbitrales rendues par un État d'Amérique centrale sont traitées dans l'art. 16 du Code de procédure civile. Toutefois, ces dispositions peuvent aussi être supplantées par le contenu de conventions internationales, il faut en effet conserver à l'esprit le fait

²⁸ Jugement du 31 novembre 1977, *Boletín Judicial*, p. 327.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Loi N° 540, du 25 mai 2005, publiée dans la *Gaceta*, n° 122, 24 juin 2005

³¹ L'adhésion du Nicaragua à la Convention de New York de 1958 a pris effet suite à l'adoption du Décret 26-2002, publié dans la *Gaceta* n° 56, 21 mars 2002, p. 1965.

que les États d'Amérique centrale ont accepté sans réserve le Code Bustamante, comme c'est le cas du Honduras, du Guatemala ou de Panama.

En vertu de l'art. 545 du Code de procédure civile, la compétence pour connaître les demandes d'exequatur au Nicaragua reste centralisée, comme on a pu l'observer, au sein de la Chambre civile de la Cour Suprême de Justice. Une fois l'exequatur accordé selon la procédure prescrite (art. 546 à 552 du Code de procédure civile), l'exécution forcée de la décision sera traitée—sans préjudice des dispositions des conventions internationales—, conformément aux dispositions des lois nicaraguayennes relatives à l'exécution de décisions internes, le juge du domicile du débiteur étant compétent, et s'il n'a pas son domicile au Nicaragua, le juge sera désigné par le créancier (art. 542 et 552 du Code de procédure civile).

Enfin, il convient de faire le point sur l'exequatur d'actes de juridiction gracieuse. La jurisprudence nicaraguayenne³² a considéré de manière générale que les résolutions prononcées dans ce type d'affaires ne requièrent pas d'exequatur, puisqu'elles ne produisent pas d'état et peuvent toujours être bloquées par ceux qui s'y opposent. Toutefois, une partie de la doctrine du Nicaragua³³ est contre ce critère suivi par la Haute Cour, et préconise de différencier les types d'actes de juridiction gracieuse au moment de décider sur la nécessité ou non de les soumettre à exequatur. Cette distinction figure aussi au Code Bustamante. En ce sens, le code de DIPr différencie les actes de juridiction gracieuse réalisés en matière commerciale, de ceux qui sont formés en matière civile. Les contrats sont exécutés conformément à la procédure établie dans le Code relatif à l'exécution de décisions étrangères (art. 434 CB), tandis que les tribunaux civils jouissent de l'extraterritorialité s'ils réunissent les conditions énoncées dans le Code pour que les documents délivrés dans le pays étranger soient jugés applicables (art. 402 CB) et s'ils proviennent d'un juge compétent.

V. Projet de Loi modèle de l'OHADAC

Dans le cadre de l'OHADAC, un projet de Loi modèle de DIPr a été élaboré. Il s'agit d'un instrument qui entend proposer un outil flexible d'harmonisation des règles des États caribéens dans les matières de compétence juridictionnelle internationale, dudroit applicable, de la reconnaissance et de l'exécution de décisions étrangères.

Ce projet de Loi modèle de l'OHADAC prend en compte la réalité sociale et juridique des États de la Caraïbe; un ensemble de systèmes juridiques vraiment dense et riche, qui a été adapté aux pratiques actuelles des transactions privées internationales et aux législations les plus récentes, en tenant compte en particulier des expé-

³² Vid. enfin, l'Arrêt de la Chambre civile de la Cour suprême de justice du 24 novembre 1921, disponible dans le *Boletín Judicial*, p. 3497.

³³ I. Escobar Fornos, *Introducción al proceso*, 2^e éd., Managua (Nicaragua), Hispamer, 1998, p.412.

riences apportées par la codification internationale dans le cadre de la CIDIP et de la Conférence de La Haye sur le DIPr.

Il ne s'agit pas de réaliser ici une analyse détaillée du contenu de la Loi modèle de l'OHADAC, ce qui irait au-delà de l'objet de ce document³⁴, mais il s'agit bien d'exposer de manière brève ses principales lignes directrices en matière de compétence judiciaire internationale, de droit applicable, de reconnaissance et d'exécution de décisions. De même que pour les règles nicaraguayennes sur la compétence judiciaire internationale, le projet de Loi modèle de l'OHADAC considère le domicile du défendeur comme le chef général d'attribution de compétence. Cependant, le projet de l'OHADAC rejette l'emploi d'une règle de conflit trop rigide, en établissant quelques points de connexion flexibles, généralement formulés en cascade et de manière alternative, dans lesquels il n'existe pas d'éléments excessifs de nature à susciter des entraves au moment de reconnaître et d'exécuter les décisions nicaraguayennes. En matière de droit applicable, le projet de l'OHADAC établit l'application d'office des règles de conflit, ce qui apporte une plus grande sécurité juridique, et garantit le fait que l'application du droit étranger soit effective. La capacité et la situation au regard de l'état civil des personnes physiques sont régies par la loi du domicile, conçu comme le centre de vie et d'intérêts de la personne, avec un degré d'interdépendance et un résultat plus prévisibles que la loi nationale. La régulation de la troisième matière du DIPr retient le terme de "résolution", cherchant à ouvrir l'éventail de catégories qui pourraient être reconnues et exécutées dans le cadre d'un modèle qui ne se limite pas seulement aux décisions fermes. Enfin, le projet de l'OHADAC recueille de manière exhaustive les contrôles auxquels sont soumises l'efficacité de la décision étrangère, le rejet sur la reconnaissance sur la base d'autres motifs étant écarté; parmi ces motifs, toute référence à la réciprocité est omise, s'agissant d'un mécanisme de coopération aujourd'hui dépassé.

La Loi modèle de DIPr de l'OHADAC n'est pas un texte qui revêt un caractère obligatoire direct pour le Nicaragua, et elle n'impose pas le fait que son contenu soit adopté «en bloc». Il s'agit plutôt d'une option ou d'une "proposition" que l'Etat pourrait adopter s'il la juge adaptée à ses perspectives de croissance du commerce extérieur et des investissements étrangers, si l'on considère de plus qu'elle est conforme à la pratique internationale et constitue un instrument flexible et moderne.

VI. Conclusions

Le système nicaraguayen de DIPr est caractérisé par une grande diversité et par le syncrétisme des règles qui régulent les matières de compétence judiciaire internationale, du droit applicable, de la reconnaissance et de l'exécution de décisions. Les critères employés à l'occasion apparaissent décalés, voire insuffisants pour réguler

³⁴ Une étude sur le projet de Loi modèle de l'OHADAC, qui est en outre commentée pour chacun de ses articles, sera bientôt disponible sous l'URL suivante : <http://www.ohadac.com>.

les relations privées contemporaines qui comportent un élément étranger. Face à ce constat, dans le cadre de l'OHADAC, un projet de Loi modèle de DIPr qui favorise ce type de relations est proposé. Il s'agit d'une option qui comporte des postulats modernes et exhaustifs et a vocation à uniformiser, les conditions étant réunies – dans des proportions supérieures à d'autres Etats de la Région – pour que le Nicaragua l'adopte comme un guide et une référence pour son nouveau système de DIPr, en dénonçant ou en dérogeant aux textes et préceptes qui, en dépit de leur grande valeur historique, sont aujourd'hui insuffisants ou inapplicables, et ne répondent pas aux objectifs de croissance de la république. Dans tous les cas, l'adoption de lois modèles n'est pas un fait nouveau pour le Nicaragua. En 2005, il s'est approprié celle relative à l'arbitrage commercial.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE PUERTO RICO: UN MODELO DE AMERICANIZACIÓN MALGRÉ LUI

Ana FERNÁNDEZ PÉREZ

Sumario: I. Panorama general. II. Estatuto constitucional y político. 1. Entre la colonia y la anexión a EE UU: A) Régimen colonial; B) La Carta Autonómica de 1897; C) Anexión a EE UU. 2. El Estado Libre Asociado de Puerto Rico. III. Consecuencias del especial estatuto político de Puerto Rico. 1. Relaciones internacionales: A) Cuestiones de carácter competencial en torno al *treaty making power*; B) Estrategias de los gobiernos insulares. 2. Ciudadanía norteamericana. 3. Organización del poder judicial. IV. Consecuencias de la vinculación a Estados Unidos para el Derecho internacional privado: 1. Interacción entre el *civil law* y el *common law*. 2. Americanización del Derecho internacional privado. 3. Extensión de las Convenciones suscritas por los EE UU. V. Ámbito de la jurisdicción en las relaciones transfronterizas. 1. Reglas generales del sistema. 2. Aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*. VI. Determinación de la ley aplicable. 1. Proceso de americanización. 2. Contradicciones del sistema. 3. Incidencia de la revolución conflictual americana. 4. Referencia a los problemas de aplicación de las normas de conflicto. 5. Anteproyecto del Libro de Derecho Internacional Privado. VII. Reconocimiento y ejecución de decisiones. 1. Antecedentes. 2. Líneas generales del sistema vigente: A) Aspectos generales; B) Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia de 2009; C) Doctrina del Tribunal Supremo. 3. Proyecto de Ley de Procedimiento de Exequátur del Estado Libre Asociado de Puerto Rico.

I. Panorama general

1. Puerto Rico, la Isla más oriental y de menor extensión de las Grandes Antillas en el Mar Caribe, tiene una superficie de 8.959 kilómetros cuadrados, incluidas las pequeñas Islas adyacentes de Vieques, Culebra, Desecheo y Mona. Más del 75% de su territorio es montañoso y la cordillera central que se extiende a lo largo de la Isla alcanza 1.338 metros en su punto más alto. La Isla fue descubierta el 19 de noviembre de 1493, en el segundo viaje de Cristóbal Colón, y en 1508 Juan Ponce de León estableció el primer asentamiento español. España mantuvo el control de la Isla hasta el 25 de noviembre del 1898, fecha en que Puerto Rico fue invadido por los EE UU como resultado de la guerra hispanoamericana y cedido como parte de los acuerdos de paz (Tratado de París)¹. En la actualidad Puerto Rico es una isla caribeña de

¹ Tratado firmado en París el 10 de diciembre de 1898. Recomendada por el Senado de los EEUU su ratificación el 6 de febrero de 1899, ésta se llevó a cabo por el Presidente el 6 de febrero de 1899. La ratificación por parte española correspondió a la Reina Regente de España, el 19 de marzo de 1899. Dichas ratificaciones fueron canjeadas en Washington el 11 de abril de 1899 y el Tratado fue proclamado en Washington el 11 de abril de 1899. El 18 de octubre de 1898 EE UU tomó control de los asuntos de la Isla. *Vid.* Departamento de

raíces etno-culturales hispano-táínas-africanas que se encontró desde la invasión norteamericana en una posición subordinada en todos los aspectos respecto de los Estados que componen la Federación de los EE UU². La situación geográfica convirtió a la Isla en un enclave de importancia militar para los dos imperios sucesivos que la han dominado, con importantes consecuencias para su desarrollo político.

En el censo de 2014–2015 se estimaba que la población de la Isla ascendía a 3.725.789 personas³, en su mayoría hispanohablantes, aunque muchos puertorriqueños también hablan inglés⁴. Al margen de la disminución de la natalidad la población se ha reducido sensiblemente debido a la migración siendo la mayoría de las personas que abandonan la Isla profesionales jóvenes. Parte de la desaceleración del crecimiento demográfico se ha debido a la emigración de unos 500.000 puertorriqueños a los EE UU de América, especialmente en los decenios de 1950 y 1960. En la actualidad el colectivo portorriqueño en EE UU ronda los 5 millones de personas y constituye, después del procedente de México, el segundo grupo de origen hispano, duplicando ampliamente al cubano y al salvadoreño⁵. Las referidas cifras ponen de relieve que la mayor parte de los litigios de carácter privado se producen en las relaciones entre Puerto Rico y EE UU cuya vinculación al Derecho internacional privado (DIPr) se detallarán a lo largo de este estudio.

II. Estatuto constitucional y político

1. Entre la colonia y la anexión a EE UU

A) Régimen colonial

2. Puerto Rico formó parte del imperio español por más de cuatrocientos años. Durante el siglo XIX estuvo sujeto al régimen jurídico especial para las provincias de Ultramar, que fue una de las constantes de la política colonial española de este periodo. Los sucesivos textos constitucionales instauraron invariablemente la uniformidad de fueros y Códigos en los territorios de la Monarquía, pero estableciendo la excepción de las provincias ultramarinas. La Constitución española de 1876, extendida a Puerto Rico por Decreto en 1881, dispuso en su art. 89, que “las provincias de ultramar serán gobernadas por leyes especiales”, pero facultaba al go-

Estado, *Documentos históricos de Puerto Rico*, San Juan, P. R., 1972. Vid. el texto del Tratado de París en <http://islanueva.webs.com/Documentos%20PDF/Tratado%20de%20Paris%20de%201898.pdf>.

² A.H. Leibowitz, *Defining Status. A Comprehensive Analysis of United States Territorial Relations*, Dordrecht, Kluwer Law International, 1989, pp. 127–140.

³ Demografía de Población de Puerto Rico de 2014 y 2015. <https://suburbanstats.org/population/how-many-people-live-in-puerto-rico>.

⁴ R. Torres González, *Idioma, bilingüismo y nacionalidad: la presencia del inglés en Puerto Rico*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 2002, esp. pp. 341 ss.

⁵ <http://www.pewhispanic.org/2014/08/11/puerto-rican-population-declines-on-island-grows-on-u-s-mainland/>.

bierno a “aplicar a las mismas, con las modificaciones que juzgue convenientes, y dando cuenta a las cortes, las leyes promulgadas o que se promulguen para la Península”. Por tanto, aunque las provincias de ultramar estaban sujetas a un régimen especial, con sólo notificar a las Cortes, el gobierno podía aplicar las leyes nacionales de carácter general en Puerto Rico como si ésta fuera parte de España⁶.

Como vimos, la colonia caribeña de Puerto Rico fue cedida por España a los EE UU junto con Cuba y las Filipinas, mediante la firma del Tratado de París que puso punto final a la guerra hispano–americana de 1898 y al dominio español en Puerto Rico⁷. En el contexto inmediato, la invasión norteamericana significó para la Isla la abrogación del régimen autonómico aprobado por las cortes españolas en 1897, que apenas alcanzó el año de vida al ser abolido al comienzo del 1899⁸. Fruto de décadas de reclamaciones y negociaciones frustradas entre la clase dirigente insular y la administración central española⁹ la Carta Autonómica había sido finalmente aprobada en medio del clima de presión creado por la insurrección cubana y la amenaza de intervención de EE UU contra España¹⁰.

B) La Carta Autonómica de 1897

3. Sin duda la Carta Autonómica fue un documento defectuoso, hecho con precipitación con el fin de resolver los problemas políticos de la metrópoli; pero, con

⁶ Vid. A. Sánchez Andrés, “La crisis colonial y la reforma del Estado liberal: la construcción de un modelo alternativo de política colonial durante la Restauración (1879–189)”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, nº 19, 1997, pp. 183–201; J. Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España de XIX*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 61 ss; J. Montenegro Valentín, “Cuba, Puerto Rico y Filipinas (1808-1837): ¿colonias o provincias?”, *El Derecho de las Indias Occidentales y supervivencia en los derechos patrios de América: Actas del XVI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (A. Guzmán Brito, coord.), vol. 1, t. I, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2010, pp. 217–228.

⁷ Tratado de París, firmado el 10 de diciembre de 1898. Según su art 2: “España cede a los EE UU la Isla de Puerto Rico y demás que está ahora bajo su soberanía en las Indias Occidentales, y la Isla de Guam, en el archipiélago de las Marianas o Ladrones.”(*supra*)

⁸ En el 1899 el General Guy V. Henry, en su carácter de gobernador militar de Puerto Rico, decretó la final liquidación del régimen autonómico, quedando la Isla bajo administración militar hasta la aprobación del Ley Foraker en 1900. Vid. A. Fernos Isem, *Filosofía y doctrina del estadoliberalismo puertorriqueño*, Ediciones Revista Homines, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1996, p. 26.

⁹ Para un minucioso estudio del proceso de negociación y elaboración de la Carta Autonómica y de la historia de la lucha por poderes autonómicos en Puerto Rico bajo la soberanía de España, vid. la obra fundamental del jurista J. Trías Monge, *Historia constitucional de Puerto Rico*, vol. 1, Editorial Universidad de Puerto Rico, 1999, pp. 90–130; del mismo autor, *Puerto Rico. Las penas de la colonia más antigua del mundo*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1999. Vid. asimismo, C. Ramos de Santiago, *El Gobierno de Puerto Rico*, Editorial Universidad de Puerto Rico, 1976 (reimpresión 1984), pp. 38–49.

¹⁰ Carta Autonómica de 1897, aprobada por Decreto el 25 de noviembre de 1897. De acuerdo con su art. 2: “El Gobierno de la Isla se compondrá de un Parlamento Insular, dividido en dos cámaras, y de un gobernador general, representante de la Metrópoli, que ejercerá en nombre de ésta la Autoridad Suprema”. <http://lexjuris.com/LEXLEX/lexotras/lexcartaautonómica.htm>.

todo, proveía una estructura de gobierno de tipo parlamentario, pero caracterizado por una gran liberalidad, sin precedentes en la historia de la colonia, hasta entonces gobernada bajo un régimen militar absolutista¹¹. El *status* de Puerto Rico bajo la Carta Autonómica era el de una provincia¹² autónoma integrada al conjunto del Estado español, un Estado de tipo unitario gobernado bajo una monarquía constitucional. El ordenamiento jurídico de las provincias en los asuntos nacionales se determinaba por las leyes de carácter general del Estado y por la normativa aprobada por las legislaturas locales en los asuntos de la competencia de estos cuerpos. Las colonias de ultramar se hicieron formar parte del Estado español en la Constitución de 1812 como “provincias de ultramar”.

El poder ejecutivo residía en un Consejo de Secretarios responsable del Parlamento insular y presidido por el Gobernador general. El Gobernador general, nombrado por el Rey a propuesta del Consejo de Ministros español, tenía una función dual, a la vez era el representante de la soberanía (metrópoli) y jefe del poder ejecutivo colonial. No obstante, sus actos como ejecutivo colonial tenían que ser refrendados por algún miembro del Consejo de Secretarios¹³. En cuanto al poder judicial, la Carta no alteró la estructura preexistente, que consistía en una Audiencia territorial que ejercía como tribunal supremo, compuesta por jueces nombrados por la Corona. Sus dictámenes eran revisables ante el Tribunal Supremo del Reino y se organizaban y administraban de acuerdo a leyes de carácter general, ya que ésta formaba parte del sistema de justicia nacional desde 1876, cuando se hizo extensiva a Cuba y Puerto Rico la ley española de la judicatura de 1870¹⁴.

¹¹ C. Guiven Flores, “Vigencia en Puerto Rico de la Carta Autonómica de 1887, a cien años de su promulgación”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. X, 1998, pp. 399–423; E. Rivera Ramos, “Antecedentes históricos de la autonomía política de Puerto Rico como Estado Libre Asociado. Elementos definidores de la autonomía política puertorriqueña y sus fuentes de Derecho”, *El alcance de la autonomía política de Puerto Rico*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005, pp. 15–16; M. Núñez Martínez, “Las Cartas Autonómicas de Cuba y Puerto Rico: primer antecedente del Estado autonómico”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 25, 2010, pp. pp. 335–372.

¹² Art. 54 de la Carta. El art. 61 establece que las leyes provinciales vigentes en la Isla continuarán rigiendo en cuanto no se opusieran a las disposiciones de la Carta o el Parlamento colonial no hubiese establecido sobre estas materias.

¹³ Art. 44. Los secretarios del despacho eran cinco, nombrados por el gobernador de entre los miembros del Consejo de Administración o de la Cámara de Representantes. La Carta establecía varias excepciones al principio de que los actos del gobernador tenían que ser refrendados por un miembro del gabinete, por el ejemplo, en el caso de poner en ejecución una ley de orden pública, Título VII, Art. 51, §§1, 2 y 3. Aunque el gobernador general autonómico continuó ostentando muchas de las facultades absolutas que había tenido bajo el viejo orden, constituía un progreso significativo respecto del antiguo capitán general con facultades omnímodas. El poder legislativo estaba investido en el parlamento insular, compuesto por el Consejo de Administración, que hacía las veces de cámara alta, en su mayoría electo por el pueblo, y de cámara de representantes, compuesta en su totalidad por individuos electos. Éste tenía competencia legislativa específica sobre los asuntos de índole local y sobre todos los asuntos que no hayan sido especial y taxativamente reservados a las Cortes del Reino o al gobierno central (*vid. supra*, J. Trías Monge, *op. cit.*, pp. 117–122).

¹⁴ Título VI, Art. 34 de la Carta.

A partir de la Carta Autonómica, el gobierno y la administración de la Isla se rieron por dicha “ley especial” a tenor con el art. 89 de la Constitución del 1876, diferenciándose así del régimen ordinario de las provincias peninsulares, pero las normas de carácter general continuaron siendo aplicables a la Isla en todas las materias que no fueron asignadas a la competencia del Parlamento insular y, al margen de éstas, se mantuvo vigente la normativa del Reino hasta que el Parlamento insular aprobase estatutos coloniales sobre las mismas¹⁵.

4. En lo concerniente a las competencias de relaciones exteriores propiamente, el régimen especial de la Carta permitía una injerencia importante del gobierno insular en la conducción de sus relaciones exteriores. Influenciada por el sistema que regía la relación entre el dominio de Canadá e Inglaterra, la Carta Autonómica establecía la consulta del gobierno de la Isla mediante la participación oficial de delegados del gobierno de Puerto Rico en la negociación de los tratados comerciales que afectarían la Isla. Aunque el Estado español seguía ostentando el poder para concertar tratados (*treaty-making power*), la Carta autorizaba al gobierno de Puerto Rico a iniciar las negociaciones de un tratado comercial directamente y a rechazar en un plazo de tres meses la adhesión a los tratados comerciales en cuyas negociaciones no hubiese participado¹⁶.

Cabe señalar que, al entrar en vigor la Carta Autonómica, la Isla tenía representación en las Cortes Españolas por virtud de legislación nacional anterior¹⁷, lo cual, además de la facultad de permitir la defensa de los intereses de la Isla a nivel del Estado mediante voz y voto en el parlamento español, significaba la participación, en la medida en que lo permitía el orden establecido, en las estructuras del estado encargadas de la formación de la política exterior nacional del conjunto del Estado

¹⁵ Art. 1 Adicional de la Carta.

¹⁶ Carta Autonómica de 1897: Art. 37, párrafo 1: “La negociación de los tratados de comercio que afecten a la Isla de Puerto Rico, bien se deban a la iniciativa del Gobierno insular, bien a la del Gobierno central, se llevará siempre por éste, auxiliado en ambos casos por Delegados especiales debidamente autorizados por el Gobierno colonial, cuya conformidad con lo convenido se hará constar al presentarlos a las Cortes del Reino”. / Art. 38: “Los tratados de comercio en cuya negociación no hubiere intervenido el Gobierno insular, se le comunicarán en cuanto fueren leyes del Reino, a fin de que pueda en un período de tres meses declarar si desea o no adherirse a sus estipulaciones. En caso afirmativo, el Gobernador General lo publicará en la Gaceta como Estatuto colonial”.

¹⁷ Aunque a partir de la Constitución de 1812 Puerto Rico tuvo representación en el Parlamento español, dicha participación fue suspendida en varios periodos durante el siglo XIX, a tenor con los avatares de las constituciones españolas. La Constitución de 1876 no se hizo extensiva a Cuba y Puerto Rico, ya que, aunque se mantuvo el principio de representación de las provincias de ultramar en las cortes, se dispuso que esto se haría en la forma que determina una ley especial. Según el art. 89 de la Constitución española de 1876: “Cuba y Puerto Rico serán representadas en las Cortes del Reino en la forma que determine una ley especial, que podrá ser diversa para cada una de las provincias”. En 1892 se aprobó un Real Decreto mediante el cual se enmendó la división territorial de Cuba y Puerto Rico para propósitos electorales. Como resultado de ello, Puerto Rico logró dieciséis diputados a cortes cuyo proyecto principal durante su incumbencia fue la obtención de mayor autonomía para la Isla.

español. No menos importante es el hecho de que, conjuntamente con la Carta Autonómica, mediante un decreto separado, los puertorriqueños alcanzaron la ciudadanía plena en igualdad de condiciones con los españoles peninsulares, al decretarse que los españoles residentes en las Antillas gozarían de los derechos consignados en el Título I de la Constitución del 1876 en los mismos términos que los residentes en la Península. Hasta ese momento no se habían hecho efectivas las garantías de la Carta de Derechos a los habitantes antillanos¹⁸.

El 25 abril 1898 fue la fecha pautada para la inauguración de los trabajos de la Cámara Insular, pero la misma fue aplazada debido al estallido de la guerra hispanoamericana el 21 de abril. Finalmente, el 17 de julio se reunió el Parlamento, escasamente ocho días antes del desembarco de las tropas norteamericanas en la Isla. La campaña llegó a su fin dieciocho días más tarde con la firma del “Protocolo de Paz”.

C) Anexión a EE UU

5. En Puerto Rico no se opuso resistencia a la invasión convirtiéndose en un “territorio” bajo la soberanía de EE UU de América en 1898. Pese a las expectativas de sus habitantes, el destino de Puerto Rico fue un asunto de menor importancia en la negociación del tratado de paz¹⁹.

El *status* territorial de la Isla, no obstante, se distinguió desde el primer momento jurídicamente en el sentido de que aunque *pertenecía* a EE UU, *no formaba parte* de esta federación²⁰. En 1952 se aprobó la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, estableciéndose en la Isla una estructura de autogobierno interno. Sin embargo, en lo que representa un caso excepcional dentro del fenómeno desco-

¹⁸ “En cuanto a la referencia a ‘españoles’ en este y otros decretos de la época, debe señalarse que al igual que en las constituciones de 1837, 1845, 1856 y 1869, pero distinto a la de 1812, la Constitución de 1876 no distinguía entre la ciudadanía y la nacionalidad. Españoles eran bajo la Constitución de 1876 las personas nacidas en territorio español, lo que incluía tanto a los nacidos en España como en las colonias; los hijos de padre o madre españoles, aunque hubieran nacido fuera de España; los extranjeros que hubiesen obtenido carta de naturaleza; y los que sin ella hubiesen ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía. Es de notar, no obstante, que fue en un decreto aparte por el cual el gobierno español decidió extender estas garantías a Cuba y Puerto Rico, decreto que no estaba sujeto al compromiso de enmiendas por consentimiento mutuo a que la Carta estaría afectada una vez aprobada por las Cortes” (J. Triás Monge, *Historia constitucional...*, *op. cit.*, p. 128).

¹⁹ http://www.forgottenbooks.com/readbook_text/Documents_and_Opinions_to_Feb_1000384428/251; J.W. Pratt, *Expansionists of 1898: The Acquisition of Hawaii and the Spanish Islands*, Baltimore, The John Hopkins Press, 1936, p. 231. Es ilustrativo el folleto de A. Casanova Prats, *EE UU y España en relación con Puerto Rico y el Derecho internacional*, San Juan, 1933, p. 30; *vid.*, asimismo, J. López Baralt, *The Policy of the United States Towards its Territories with Special Reference to Puerto Rico*, Universidad de Puerto Rico, 1999.

²⁰ En *Balzac v. Puerto Rico* la jurisprudencia norteamericana catalogó a Puerto Rico como un territorio no incorporado que “pertenece”, pero “no es parte” de Estados Unidos [258 U.S. 298 (1922)]. De esa forma se reafirmó que Puerto Rico quedaba dentro de la cláusula territorial de EE UU que autoriza al Congreso a aprobar, sin limitación alguna, leyes y reglamentos que apliquen a los territorios de la nación americana (art. 4 § 3 de la Constitución USA). Las decisiones jurídicas, que incluyen la citada y otras, están en abierta contravención a lo establecido en el Derecho internacional.

lonizador de la segunda mitad del siglo XX, el proceso constituyente puertorriqueño no desembocó en la independencia de la Isla y tampoco en la anexión, ni alteró el marco de relaciones existentes entre Puerto Rico y EE UU²¹. A todos los efectos legales, Puerto Rico continuó siendo una entidad ambigua dentro del marco constitucional norteamericano, que se mantuvo, en palabras del Tribunal Supremo de los EE UU en un dictamen de 1901, aunque: “en sentido internacional Puerto Rico no es un país extranjero, dado que está sujeto a la soberanía de y pertenece a EE UU, sí es extranjero en relación con EE UU en el sentido doméstico, porque la Isla no ha sido incorporada a EE UU, más bien fue anexada a éste como una posesión”²², en concepto de indemnización por los daños y gastos de la guerra.

El tratamiento inusitado de Puerto Rico y los demás territorios cedidos en el Tratado de París revela la intención de los redactores de evitar que lo dispuesto en el texto del tratado se interpretase como determinativo del *status* de dichos territorios; evadiendo compromisos o promesas y efectivamente dejando el camino abierto para que el Congreso gobernara estos territorios de acuerdo a su exclusiva voluntad, sin las limitaciones que se demarcaban en los tratados de anexión a través de la extensión expresa de las protecciones constitucionales a los territorios. Esta nueva política que, efectivamente redujo a los nuevos territorios a una condición colonial y, por tanto, convirtió a EE UU en un potencia colonial, provocó un agitado debate en el seno de la sociedad estadounidense, pues muchos sostenían que el rumbo que el país estaba tomando al adquirir colonias era contrario a los principios en que la nación estadounidense estaba fundamentada: gobierno por consentimiento y autogobierno²³. Posteriormente, el Tribunal Supremo de EE UU validaría esta política discriminatoria en el tratamiento de los nuevos territorios al elaborar la doctrina de la “incorporación” en una serie de dictámenes conocidos como los “casos insulares”²⁴. Estas determinaciones, vigentes hoy, continúan siendo esenciales en la interpretación jurídica del *status* de Puerto Rico²⁵.

²¹ H. García Muñiz, “Puerto Rico and the US: United Nations Role 1953–1975”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. LIII, n° 1, 1984, pp. 177 ss.

²² *Downes v. Bidwell*, 258 U.S. 244 (1901), 341–342. Desde la anexión de Puerto Rico a EE UU, las autoridades y agencias nacionales experimentaron gran confusión ante la ambigua caracterización legal del nuevo territorio, ignorando si el tratamiento que se le debía era la que correspondía a un Estado de la unión federal o el que se le otorga a un Estado extranjero. Poco tiempo después la cuestión fue confrontada por los tribunales federales en una serie de dictámenes conocidos como los “casos insulares”. *Vid. De Lima v. Bidwell*, 182 U.S. 1 (1901); *Goetze v. United States*, 182 U.S. 221 (1901); *Dooley v. United States*, 182 U.S. 222 (1901); *Armstrong v. United States*, 182 U.S. 202 (1901); *vid.*, asimismo, T.A. Aleinikoff, *Semblances of Sovereignty: The Constitution, the State and America Citizenship*, Cambridge / Londres, Harvard University Press, 2002, pp. 74–94, y los comentarios de J. Torruella, *The Supreme Court and Puerto Rico: The Doctrine of Separate and Unequal*, Río Piedras, Editorial Universidad de Puerto Rico, 1985 y la reseña a esta obra de J. Cabranes, “Puerto Rico: Colonialism as Constitutional Doctrine”, *Harv. L. Rev.*, n° 100, 1986, p. 450–455.

²³ *Vid.* la reseña los debates congresionales en torno a la aprobación del Tratado de París, en J. Trías Monge, *op. cit.*, pp. 156–158.

²⁴ En estos casos, que comienzan en el 1901 (*vid. supra*, nota 22), el Tribunal Supremo de los EE UU determinó que Puerto Rico era una posesión administrada por el Congreso bajo la cláusula territorial de la

6. Tras el Tratado de París, tomó efecto la cesión *de jure* del territorio y Puerto Rico dejó de estar sujeto a la Corona española para someterse a la soberanía del Congreso de EE UU. Sin embargo, la proclamación de este instrumento no tuvo el efecto de implantar el gobierno civil inmediatamente ni *ex proprio vigore* sobre el territorio; por tanto, la autoridad militar continuó vigente hasta tanto el Congreso dispusiera para la creación de un gobierno civil. Aunque los límites de la autoridad militar con posterioridad a la ratificación del Tratado nunca fueron precisados, terminada ya la administración militar, el Tribunal Supremo dictaminó que éstos no eran ilimitados²⁶. Por tanto, aunque se declara que la autoridad legislativa del régimen militar no era ilimitada, no se señala dónde legalmente residen sus límites. Desde el momento de la invasión, la autoridad del gobernador militar se derivó de las instrucciones dictadas por el Presidente en su carácter de comandante en jefe de las tropas. Tan pronto se estableció el régimen militar en Puerto Rico, se suprimió y alteró el orden institucional establecido y se sustituyó por instituciones y procedimientos en la tradición gubernamental norteamericana. El parlamento insular, la diputación provincial y, finalmente, el Consejo de Secretarios, fueron disueltos, este último luego de una renuncia en masa de los miembros en febrero del 1899, en protesta por el nombramiento de norteamericanos al gabinete hecho por el segundo gobernador Guy V. Henry, y sus funciones fueron asignadas a militares norteamericanos.

Se alteró igualmente el sistema judicial, implantándose el Tribunal de Distrito Federal y creándose un “fuero especial” para los norteamericanos residentes en la Isla²⁷. Además, se instruyó al Tribunal que, en vez de regirse por el derecho local en

constitución federal, pero perteneciente a una categoría denominada por el Tribunal como territorios “no incorporados”, es decir, territorios que, a diferencia de los “territorios incorporados”, el Congreso no tenía intención de encaminar hacia el ingreso a la Unión como Estado, por lo que la Constitución federal no aplicaba automáticamente al territorio, sino en la medida en que el Congreso la hiciera expresamente extensible. Los “casos insulares” están matizados por una serie de necesidades, prejuicios y ambivalencias, al punto que en el caso *Downes*, por ejemplo, el juez del Tribunal Supremo de los EE UU Justice White argumentó que los habitantes del territorio eran “extraños a nuestros hábitos, tradiciones y maneras de vida”, siendo “razas extrañas” (*alien races*) [*Downes v. Bidwell*, 258 U.S. 244 (1901), 286, 341].

²⁵ C.C. Cerezo, “Federalism and the Scab of Colonialism”, *Revista de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación*, vol. II, 1990, pp. 25–66.

²⁶ “We have no doubt... that from the necessities of the case, the right to administer the government of Puerto Rico continued in the military commander after the ratification of the treaty and until further action by Congress... At the same time, while the right to administer the government continued, the conclusion of the treaty of peace and the cession of the Island to the United States were not without their significance... While his [the military governor's] power is necessarily despotic, this must be understood rather in an administrative than in a legislative sense. While in legislating for a conquered country he may disregard the laws of that country, he is not wholly above the laws of his own... His power to administer would be absolute, but his power to legislate would not be without restrictions, – in other words, they would not extend beyond the necessities of the case” [*Dooley v. United States*, 182 U.S. 222, 233–34 (1901)].

²⁷ En casos en que un ciudadano norteamericano residente en Puerto Rico fuera parte, el Tribunal Federal aplicaría el derecho del lugar de origen del ciudadano norteamericano. En *Santiago v. Noguera*, 214 U.S.

casos de diversidad, se atuviera a los precedentes establecidos por las cortes federales en casos adjudicados en otros territorios norteamericanos. Se suspendió el recién conseguido sufragio universal masculino y se volvió a los criterios de contribuyentes. Del mismo modo se intervino en el ordenamiento municipal y civil²⁸.

La ocupación militar fue un episodio determinante para la historia constitucional de Puerto Rico. La percepción mutua que se creó entre los dos pueblos en su primera experiencia común sentó las bases para el extendido desencuentro de su relación futura. EE UU, en cuya intervención habían puesto tantas esperanzas de justicia y democracia los puertorriqueños, se mostró como imperio, a través de un gobierno militar autoritario difícilmente distinguible del régimen colonial español. En este periodo EE UU adoptó una política de “colonialismo ilustrado” que desarrolla a través de medio siglo, cimentada sobre tres pilares: el mejoramiento de las condiciones económicas y sociales del país, el impulso hacia la asimilación cultural y la reticencia en otorgar estructuras de autogobierno²⁹.

7. No sin un un álgido debate entre las facciones imperialistas y anti-imperialistas, republicanos y demócratas, el Congreso aprobó la Ley Foraker estableciendo un gobierno civil para Puerto Rico³⁰. Diseñada con el propósito de proveer una estructura civil y fondos operacionales para la Isla a corto plazo, esta ley se mantuvo en vigor por diecisiete años, y las secciones que dispusieron sobre materias tan fundamentales como las relaciones entre Puerto Rico y los EE UU continuaban vigentes en la actualidad. Sin embargo, a pesar de su contenido fundamental para el *status* de la Isla, la Ley Foraker no esclareció la posición de Puerto Rico dentro del esquema constitucional de los EE UU, ni declaró la política que el Congreso pretendía adoptar con respecto a la situación jurídico-estatal de la Isla en adelante. La Ley Foraker se quedó muy corta de las aspiraciones de los puertorriqueños que, en su mayoría, pretendían que se otorgara a la Isla, como mínimo, un grado de autonomía semejante al de los territorios que en ese momento mantenía EE UU. El *status* territorial significaba el derecho a dos cámaras legislativas electivas; la concesión de la ciudadanía americana a los habitantes del territorio; el sufragio universal varonil; la extensión de la Constitución y las leyes de los EE UU; los

260 (1909), se cuestionó la autoridad del gobernador militar para crear este tribunal, y la misma fue afirmada por el Tribunal.

²⁸ J. Trías Monge, *Historia constitucional...*, *op. cit.*, p. 29.

²⁹ C. Delgado Cintrón, “Derecho y colonialismo. La trayectoria histórica del Derecho puertorriqueño”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, 1980, pp. 743–778.

³⁰ Desde la perspectiva jurídica, la posición anti-imperialista es expresada en el ensayo de W.G. Sumner, “The Conquest of the United States by Spain”, *Yale L.J.*, vol. VIII, 1899, pp. 176–177; en contra J.B. Thayer, “Our New Possessions”, *Harvard L. Rev.*, vol. XII, 1899, p. 464 y S.E. Baldwin en “The Constitutional Questions Incident to the Acquisition of Government by the United States of Island Territory”, *ibid.*, p.392. Contemporáneamente, el debate ha sido analizado por, *inter alia*, E. Rivera Ramos, *The Legal Construction of Identity: the Judicial and Social Legacy of American Colonialism in Puerto Rico*, Washington, D.C, American Psychological Association, , 2000, pp. 35–43; J.R. Torruella, *The Supreme Court and Puerto Rico...*, *op. cit.*

alcaldes electivos; el derecho a elegir un Delegado al Congreso; y el mercado libre con los estados de la Unión³¹

No obstante, la Ley Foraker dio a Puerto Rico “un gobierno no solamente más restrictivo que el de la Carta Autonómica, sino aún más limitado que los establecidos por el Congreso en situaciones parecidas, especialmente a partir de 1850, cuando se incorporó el territorio de Nuevo México³². Aunque la estructura de gobierno diseñada por la Ley Foraker partió del modelo territorial norteamericano establecido por la Ordenanza del Noroeste³³ se distinguió fundamentalmente de éste, pues la intención expresa de los legisladores fue colocar a la Isla (y a las demás posesiones ultramarinas adquiridas de España, para cuyo gobierno se utilizó a Puerto Rico como laboratorio) en una posición jurídicamente diferenciada de un territorio ordinario³⁴. Este tratamiento, distinto y patentemente discriminatorio, fue en gran parte producto de la actitud del sector proteccionista, cuya defensa fue asumida por muchos intelectuales y dirigentes políticos, ante el prospecto de integrar a la Unión lo que consideraban países extraños habitados por poblaciones racialmente inferiores y culturalmente subdesarrolladas y cuya admisión al mercado libre entre los Estados de la Unión representaba una amenaza a ciertos sectores económicos.

Según la estructura gubernamental creada por la ley, el gobernador civil y un gabinete de secretarios, todos nombrados por el Presidente con el consejo y consentimiento del senado federal, componían el ejecutivo. El gobernador tenía todos los poderes de un gobernador territorial, salvo que no fuesen localmente inaplicables (Sección 17). La Asamblea Legislativa consistía de dos cámaras: un Consejo Ejecutivo investido de competencias legislativas y ejecutivas, integrado por los cinco secretarios del gabinete del gobernador y otros seis individuos nombrados de igual modo, y la Cámara de Delegados, compuesta en su totalidad por individuos electos.

8. La Ley Foraker creó también la figura del comisionado residente, funcionario electo a quien se le reconocería oficialmente en los departamentos del gobierno federal. La importancia de este funcionario fue dudosa, dado que la ley no señaló sus funciones, ni le asignó un asiento en el Congreso federal, a diferencia de los delegados de los territorios, que representaban los intereses de sus respectivos territorios ante el Congreso, con voz, pero sin voto. No fue hasta cinco años más tarde que la Cámara de Representantes, mediante enmienda a su reglamento interno, le dio un escaño al comisionado residente y el derecho a participar en las deliberaciones de igual modo que los delegados territoriales.

³¹ J. Trías Monge, *Historia constitucional...*, op. cit., p. 199. En 1900 este era el esquema de gobierno de Oklahoma

³² *Ibid.*, p. 197.

³³ A.H. Leibowitz ha señalado que “the Northwest Ordinance was implicitly accepted as the governing statute for the newly acquired territories by the courts or was followed as the model in other governing legislation”, op. cit., p. 6, nota 1.

³⁴ J. Trías Monge, *Historia constitucional...*, op. cit., pp. 217–218.

Dicha Ley se caracterizó, asimismo, por mantener en manos de la metrópoli el control sobre el territorio mediante el nombramiento de las figuras de poder y del veto sobre las decisiones del cuerpo representativo. Tanto los miembros del Consejo Ejecutivo, como el gobernador y los jueces del Tribunal Supremo de Puerto Rico serían nombrados por el Presidente de EE UU. Los jueces de los tribunales inferiores serían a su vez nombrados por el gobernador. El gobernador ostentaba poderes tanto ejecutivos como legislativos, y el Presidente podía delegar en él otras funciones ejecutivas adicionales. Éste venía obligado a rendirle informes al Presidente sobre su administración (Sección 31). Ninguna legislación podía ser aprobada sin el asentimiento por mayoría absoluta del Consejo Ejecutivo, cuya totalidad de miembros eran nombrados por el Presidente y, lógicamente, simpatizaban con los intereses de la metrópoli, aunque cinco de sus once miembros debían ser residentes nacidos en Puerto Rico. Se reservaba al Consejo Ejecutivo, y no a la Cámara de Delegados, la iniciativa de las propuestas para recabar rentas, la asignación de todos los sueldos de funcionarios no nombrados por el Presidente, y la determinación de las modificaciones al sufragio impuesto por el régimen militar. Por último, el Congreso retuvo el poder de anular las leyes aprobadas por la legislatura local, facultad que, a pesar de que nunca se ejerció, tuvo un extraordinario efecto inhibitorio sobre la rama legislativa insular.

La ley también incidió sobre una serie de materias no estrictamente orgánicas, pero que revistieron mayor importancia para las relaciones políticas y económicas entre Puerto Rico y los EE UU. En primer lugar, extendió a la Isla la aplicación de todos los estatutos de los EE UU “que no fuesen localmente inaplicables”³⁵. Esta disposición tuvo un efecto determinante en las relaciones futuras entre Puerto Rico y EE UU, pues, mediante la misma, se reafirmó la colonización legal e institucional de la Isla, que no tenía representación en el órgano encargado de crear las leyes que regirían en su territorio. Aunque la aplicación de la legislación federal era una medida ordinaria en los territorios destinados a convertirse en estados de la Unión en un plazo relativamente corto, éste no era el caso de Puerto Rico, al cual no se estaba

³⁵ Art. 14 de la Ley: “Que las leyes estatutarias de los EE UU, que no sean localmente inaplicables, salvo lo que en contrario dispusiere la presente, tendrán la misma fuerza y validez en Puerto Rico que en los EE UU, excepción hecha de las leyes de rentas internas, las cuales, en virtud de lo dispuesto en la sección 3, no tendrán fuerza y validez en Puerto Rico”. Se exceptuaron a esta regla las leyes nacionales de rentas internas, aunque éstas no significaban entonces lo que en la actualidad. Desde la creación de los EE UU las rentas internas del gobierno federal consistían principalmente en aranceles sobre los productos importados e impuestos sobre ciertos productos, alcohol y tabaco notoriamente y actividades. En 1862 se establecieron nuevos impuestos sobre la renta personal, destinados a sufragar la guerra civil, que serían recaudados por el *Bureau of Internal Revenue* creado con este propósito. Debido a la oposición de las clases alta y media, los impuestos sobre la renta personal fueron derogados diez años más tarde y reinstaurados en 1894. El impuesto sobre la renta personal fue declarado inconstitucional por el Tribunal Supremo en 1895. En 1913 se aprobó la decimosexta enmienda, que autorizó al Congreso a establecer un impuesto sobre la renta personal. El buró fue reorganizado en 1953, luego de la cual se le nombró *Internal Revenue Service*. Actualmente es la sección más grande del Departamento del Tesoro federal.

haciendo extensiva la aplicación de la constitución federal. Declaraba asimismo la ciudadanía de Puerto Rico para todos los ciudadanos de la Isla³⁶.

2. *El Estado Libre Asociado de Puerto Rico*

9. En la primera mitad del siglo XX se introdujeron varios cambios en la estructura institucional de Puerto Rico que ampliaron el grado de participación de los puertorriqueños en el gobierno de la Isla. Hasta 1946 todos los gobernadores nombrados por el Presidente fueron estadounidenses. Tras décadas de reivindicaciones ante el Congreso de los EE UU, a raíz del final de la Segunda Guerra Mundial, se aprobó la “Ley Crawford–Butler”, mediante la cual se autorizó la elección del gobernador de Puerto Rico por los puertorriqueños. Sin embargo, el contralor y los jueces del Tribunal Supremo continuaron siendo nombrados por el Presidente de los EE UU. En 1948 por primera vez en su historia el pueblo de Puerto Rico eligió su gobernador. Hubo de esperar a 1952 para que se permitiera al pueblo de Puerto Rico optar por una fórmula de autogobierno –el Estado Libre Asociado– que le dio el poder de gobernar por sí mismos sus asuntos internos mediante una Constitución propia.

Culminado el proceso constituyente, en 1952 el Presidente Harry S. Truman firmó la Resolución conjunta congressional H. J. Res. 430, que dio el sello de aprobación a la Constitución elaborada por los puertorriqueños finalmente adoptada el 3 de marzo de 1952. Se ha señalado que la historia legislativa indica que, al autorizar la elaboración de una constitución de Puerto Rico, el Congreso de EE UU nunca se propuso alterar bases jurídicas y constitucionales de la relación entre la Isla y los EE UU³⁷. Evidencia de ello es el hecho de que las disposiciones de las Leyes Foraker y Jones referentes a la relación entre EE UU y Puerto Rico permanecieron vigentes y fueron compiladas en la Ley 600³⁸ de 1950 aprobada por el Congreso de los EE UU que creaba el Estado Libre Asociado de Puerto Rico³⁹. Al amparo de dicha Ley 600, Puerto Rico aprobó una constitución, la cual fue enmendada por el Congreso⁴⁰ y finalmente avalada por el pueblo de Puerto Rico.

Una vez que se realizó este trámite entre el pueblo de Puerto Rico y los EE UU, éste representó ante las Naciones Unidas (ONU) que Puerto Rico, que había estado

³⁶ Art. 7 de la Ley.

³⁷ E. Rivera Ramos, *The Legal Construction of Identity...*, op. cit., p. 57; A. Fernós Isern, *Estado Libre Asociado de Puerto Rico: Antecedentes, creación y desarrollo hasta la época presente*, Editorial Universitaria, Universidad de Puerto Rico, 1088, p. 81–197; J.M. García Passalacqua y C. Rivera Lugo, *Puerto Rico y los EE UU: el Proceso de Consulta y Negociación de 1989 y 1990*, Río Piedras, P.R., Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1990–1992, pp. 94–95.

³⁸ R. Hernández-Colón, “The Commonwealth of Puerto Rico. Territory or State?”, *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, vol. XIX, mayo, 1959, pp. 207–258; A. Fernós López-Cepero, “Desarrollo constitucional puertorriqueño. Un análisis histórico crítico”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 29, n° 2, 1995, pp. 259–274..

³⁹ Ley del 3 de julio de 1950, Pub. L. 81–600, § 1, 64 Stat. 3189.

⁴⁰ Ley del 3 de julio, Pub. L. n81–600. 66 Stat. págs. 327–28.

bajo el control absoluto del Congreso, había entrado en un pacto sujeto a cambios únicamente por consentimiento mutuo⁴¹. Consecuentemente, la ONU sustrajo a Puerto Rico de la lista de Territorios que no se gobiernan y relevó a los EE UU de la obligación de informar sobre Puerto Rico a la ONU⁴².

10. La definición de la posición jurídica de Puerto Rico *vis a vis* EE UU y la comunidad global de Estados presenta un problema que, a la altura del siglo XXI, dista de una sencilla solución. En términos generales se configura como una colonia clásica, tradicional, en el sentido de que es un país donde la legislación de más trascendencia que afecta a la vida de todos los puertorriqueños se hace en la legislatura de otro país sin la participación de los puertorriqueños. Aunque en la actualidad los términos “colonia” y “posesión” se consideran políticamente incorrectos y han sido suplantados por otros menos “ofensivos”, la realidad es que, por diferentes razones, continúan existiendo “territorios”, remanentes de los grandes imperios europeos. Estos “territorios” o “dependencias” reflejan múltiples grados de “dependencia” política con otros Estados⁴³.

El *status* de Puerto Rico es el Estado Libre Asociado a los EE UU. El Gobierno está integrado por: a) un gobernador elegido por un período de cuatro años en elecciones generales; b) una asamblea legislativa compuesta de dos cámaras: el Senado (27 escaños) y la Cámara de Representantes (51 escaños), cuyos miembros son elegidos por votación directa de la población adulta en elecciones generales, y c) un Tribunal Supremo y tribunales inferiores.

Incluso después del establecimiento de un gobierno constitucional en Puerto Rico en 1952, se mantuvo en ley la autoridad ejercida sobre la Isla por el Congreso de los EE UU, que está provisto de plenos poderes sobre Puerto Rico, mientras que el ELA ejerce autoridad local en una amplia gama de asuntos locales (*home rule*). Todas las leyes pertinentes a las relaciones del territorio con los EE UU se mantuvieron en vigor en virtud de la Ley de Relaciones Federales, con arreglo a la cual Puerto Rico quedó incorporado en los regímenes comercial, monetario y arancelario

⁴¹ Declaración de Frances P. Bolton, la representante de los EE UU, y de James P. Richards ante el Comité de Descolonización el 3 de noviembre de 1953, 29; Department Bulletin 802, 804 (Diciembre, 1953).

⁴² Resolución de la Asamblea General 748, 27 de noviembre, 1953.

⁴³ Los Estados que mantienen dependencias ultramarinas son: Australia: Isla Norfolk, Islas del Estrecho Torres. e Isla Navidad; Dinamarca: Islas Faroe y Groenlandia; Finlandia: Islas Aaland; Francia: Polinesia Francesa, Martinica, St Pierre y Miquelon, Guyana Francesa, Guadeloupe, Reunion, Mayotte, Nueva Caledonia, Islas Wallis y Futuna, Bassas da India, Isla Clipperton, Isla Europa, Territorio Francés del Sur y la Antártica, Isla Glorioso, Juan de Nova y Tromelín; Portugal: Islas Azores, Madeira; Países Bajos: Aruba y las Antillas Holandesas; Nueva Zelanda: Islas Cook y Niue; España: Ceuta, Melilla; Reino Unido: Anguilla, Bermuda, British Indian Ocean Territory, British Virgin Islands, Cayman Islands, Falkland Islands, Gibraltar, Guernsey (and its dependencies Alderney and Sark), the Isle of Man, Jersey, Montserrat, Pitcairn Islands, St Helena, and the Turks and Caicos Islands; EE UU: American Samoa, Guam, Northern Marianas, Puerto Rico, and the US Virgin Islands. Wake Island.

de los EE UU⁴⁴. Además, los EE UU continuaron las funciones relacionadas con la defensa de Puerto Rico. En 1958 la Asamblea Legislativa de Puerto Rico pidió que se introdujesen modificaciones de la Ley de Relaciones Federales, pero éstas no se promulgaron. En 1959 se presentaron al Congreso de los EE UU tres proyectos de ley en que se pedían modificaciones al *status* político de Puerto Rico, no se le dio paso a ninguna de ellas, salvo el de un somero y cortés estudio.

El plebiscito celebrado el 13 de diciembre de 1998 arrojó el siguiente resultado: un 50,4% a favor de “Ninguna de las anteriores”, opción que se incluyó gracias a una acción judicial propugnada por el PPD; un 46,7% a favor de la estadidad; un 2,3% a favor de la independencia; un 0,3% a favor de la libre asociación, y un 0,06% a favor del Estado Libre Asociado. Muchos partidarios de la independencia se dividieron al votar también por la opción “Ninguna de las anteriores”, en un acto de rechazo masivo a lo que se consideraba un ejercicio antidemocrático. Algunos sectores políticos y de la sociedad civil ponen cada vez más en tela de juicio la validez de plebiscitos cuyos resultados no son vinculantes para el Gobierno de los EE UU y también que los EE UU estén realmente dispuestos a conceder la estadidad. Muchos quieren también un proceso de libre determinación y descolonización de conformidad con la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 1960 y las resoluciones del Comité Especial de Descolonización o de los 24. En la actualidad existe un sector portorriqueño de carácter independentista que apoya el hecho de que el caso de Puerto Rico sea incluido nuevamente en la lista de territorios no autónomos y que le sea de completa aplicabilidad la Resolución 1514 de la ONU⁴⁵.

11. Para situar al Estado Libre Asociado de Puerto Rico dentro de sistema federal de los EE UU es menester situarlo dentro de la organización territorial del estado establecido por la Constitución federal. Hasta la creación del ELA, no había duda alguna de que la posición de Puerto Rico dentro del esquema jurídico estadounidense era la de posesión de los EE UU, por tanto su administración competía exclusivamente al Congreso bajo la Cláusula Territorial de la Constitución de los EE UU. Al implantarse la fórmula del ELA –llamada por los norteamericanos *commonwealth*– que otorgaba cierto grado de autonomía en asuntos internos a Puerto Rico, surge la duda, subsistente hasta hoy día, de si el cambio de situación jurídico-política de Puerto Rico le situó fuera de la Cláusula Territorial de la Constitución de EE UU. Surge también la pregunta de si en efecto Puerto Rico, bajo el ELA, ya no se ubica dentro de la Cláusula Territorial, pues ¿dónde se sitúa el ELA en el mapa organizacional de la Constitución de EE UU? Esta pregunta encuentra escasa res-

⁴⁴ C. Ramos de Santiago (comp.), *El desarrollo constitucional de Puerto Rico. Documentos y Casos*, 2ª ed. rev., Editorial Universidad de Puerto Rico, 1979, pp. 172 ss.

⁴⁵ J. Mari Bras, “El caso de Puerto Rico en las Naciones Unidas”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. VIII, 1973, pp. 134–176; M.G. Ithier, “Status de Puerto Rico y el Derecho internacional. Su ingerencia en el proceso de determinación del status mediante resolución 1514 de la ONU”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*. Pontificia Universidad Católica de Puerto Rico, vol. 41, nº 1, 2002.

puesta en los documentos de creación del ELA⁴⁶. En la legislación tanto congresional como constituyente que sentó los fundamentos de la nueva “situación jurídico-política” (Ley 600, Constitución del ELA) no se estableció explícitamente que bajo el nuevo esquema la Isla estaría fuera del alcance de los poderes plenarios del Congreso.

Es imposible entender la posición anómala que ocupa Puerto Rico dentro del sistema de gobierno de los EE UU sin entender la posición más ortodoxa que poseen dentro de ese sistema de gobierno los cincuenta Estados que conforman la federación. Los poderes propios de Puerto Rico son, en el mejor de los casos y como máximo, similares a los que poseen los cincuenta Estados, con una excepción muy sensible: Puerto Rico, a diferencia de esos Estados, carece de representación con voto en Congreso de los EE UU⁴⁷. Además, los habitantes de Puerto Rico tampoco pueden ejercer el derecho al voto en la elección del presidente y vicepresidente de ese país⁴⁸.

Las fuentes del Derecho en Puerto Rico son la Constitución de Estados Unidos, las leyes federales, los tratados suscritos por ese país, la reglamentación de los organismos administrativos federales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otros tribunales federales competentes, la Constitución, las leyes y los reglamentos de Puerto Rico y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico. Las fuentes federales priman sobre las locales⁴⁹. Las principales áreas de exclusividad del poder federal son aquellas en las que se entiende que debe haber uniformidad a través de todo el territorio de los Estados Unidos. Ejemplos significativos son: control de la moneda, inmigración, derecho de patentes y relaciones exteriores. En esas áreas, los Estados y Puerto Rico carecen prácticamente de competencias.

La subsiguiente interpretación de dichos estatutos por el Tribunal Supremo federal, aparte de escasa, ha sido ambigua y contradictoria, y ha contribuido más a la confusión que al esclarecimiento de la posición de la Isla dentro del esquema constitucional norteamericano. Aunque no hay consenso en este respecto ni a nivel del gobierno federal y mucho menos internamente a nivel de los partidos políticos locales, desde el punto de vista estrictamente jurídico, la mayoría de los estudiosos coinciden en que, a falta de una declaración estatutaria expresa de parte del Congreso de EE UU, revocando la aplicabilidad de la Cláusula Territorial en la Isla, Puerto

⁴⁶ W. Román Samot, *Teoría general del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, Raleigh, N.C., Lulu Press, Inc., 2013, pp. 21 ss.

⁴⁷ Según F. Carreras i Serra, en el curso de una mesa redonda del del seminario conjunto entre Cataluña y Puerto Rico: “A la vista de lo escuchado, Puerto Rico tiene mucha menor autonomía respecto al Estado federal americano, no sólo si fuera aprobado el proyecto que auspicia Ibarretxe, sino en la actual autonomía vasca respecto las instituciones centrales de nuestro Estado” (cf. *El alcance de la autonomía política de Puerto Rico*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005, p. 107).

⁴⁸ J.J. Álvarez González, “La distribución de competencias entre Estados Unidos y Puerto Rico: conflictividad competencial y justicia constitucional”, *El alcance de la autonomía política de Puerto Rico*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2005, pp. 69–70.

⁴⁹ E. Rivera Ramos, “Antecedentes históricos...”, *loc. cit.*, p. 23.

Rico, bajo el ELA, continúa sujeto al poder plenario del Congreso, al igual que los otros territorios y *commonwealth* de los EE UU.

El gobierno interno de Puerto Rico es de carácter republicano, del tipo presidencial, constituido por una asamblea legislativa bicameral y un ejecutivo unipersonal electos mediante sufragio universal y un tribunal supremo compuesto por jueces designados por el Ejecutivo y confirmados por el Senado de Puerto Rico.

III. Consecuencias del especial estatuto político de Puerto Rico

1. Relaciones internacionales

A) Cuestiones de carácter competencial en torno al *treaty making power*

12. Asegurada la cesión de la Isla en 1899, el gobierno federal de EE UU asumió de manera general todos los poderes que hasta entonces había ejercido España sobre Puerto Rico y los poderes que habían sido delegados al gobierno de la Isla mediante la Carta Autonómica de 1897, incluyendo –aunque tácitamente– la competencia de relaciones exteriores. Al conceder autonomía interna a la Isla en 1952 nunca se abordó directamente el asunto de las relaciones internacionales de la Isla. Como regla general y de conformidad al actual estatuto del Estado Libre Asociado, los EE UU mantienen la autoridad respecto la defensa, las relaciones internacionales, el comercio exterior y la política monetaria, mientras que Puerto Rico tiene autonomía en asuntos tributarios, política social y la mayor parte de los asuntos legales, excepto aquellos en conflicto con la Constitución y legislación de los EE UU⁵⁰. Ade-

⁵⁰ Desde la perspectiva española debe recordarse que los puertorriqueños gozan de todos los beneficios que corresponden a los iberoamericanos para la obtención de la nacionalidad española. De conformidad con la Res. DGRN 25 junio 2007 (BOE, 7-VIII-2007) “La cuestión que se plantea en este recurso es si la persona que opta a la nacionalidad española por haber estado sujeto a la patria potestad de un español, conforme a lo dispuesto en el art. 20, n.º 1, a) del Código civil, tiene que renunciar a la nacionalidad estadounidense que ostenta al ser natural de Puerto Rico. Se trata de determinar en definitiva si dentro del concepto de naturales de los “países iberoamericanos” que utiliza el Código civil a los efectos de quedar a salvo del requisito de renuncia a la nacionalidad anterior, es posible incluir a los naturales de Puerto Rico. A este respecto el criterio de este Centro Directivo tiene que ser el mismo que mantuvo en su día y que no puede ser otro que considerar a los naturales de Puerto Rico dentro del concepto de países iberoamericanos, a los efectos de quedar a salvo del requisito de la renuncia exigido en el art. 23 Cc. En efecto, esta interpretación no es sólo la literal, ya que no hay duda del carácter de país iberoamericano de Puerto Rico, sino también del espíritu de la misma que no es otro que evitar que los naturales de aquellos países con especiales vínculos históricos o culturales con España tengan que renunciar a su nacionalidad de origen”. Por tanto, un puertorriqueño al adquirir la nacionalidad española por su residencia legal y continuada en España durante al menos dos años, no tiene que declarar que renuncia a su ciudadanía natural y de origen, entiéndase su ciudadanía puertorriqueña. Tampoco estos tienen que renunciar a su ‘status’ político ni a su ciudadanía estadounidense, al considerar la Administración Española a Puerto Rico, al margen de sus relaciones jurídico políticas con EE UU, como un país iberoamericano, y ésta da entender, en la otorgación de la nacionalidad española a un puertorriqueño que, ni su actual status ni su ciudadanía estadounidense se verán afectados al obtener esa otra

más, la propia Constitución de Puerto Rico, diseñada de conformidad al modelo de las constituciones de los Estados miembros de la Unión, no contiene referencia alguna al Derecho internacional que es una competencia eminentemente federal.

Al crear la nueva estructura de gobierno, se otorgó al gobierno federal, y más concretamente al ejecutivo federal, una competencia casi exclusiva sobre los asuntos exteriores. Esta competencia se concretó en dos disposiciones constitucionales (art. I): el *treaty power* o poder para concertar tratados y el poder para regular el comercio exterior otorgado al Congreso federal. La Isla carece de autoridad para determinar sus “relaciones externas”, no tiene “voz propia en el mundo” ni en la mayoría de “los organismos internacionales”, y mucho menos ostenta “la capacidad de firmar tratados internacionales para promover nuestros intereses económicos, culturales e institucionales, en defensa de nuestra identidad como pueblo”⁵¹, derechos éstos de autodeterminación externa. En efecto, en la sección 10 del art. 1 se prohíbe expresamente a los Estados concertar tratados⁵². Del mismo modo se le prohíbe llegar a “acuerdos” con “potencias exteriores” sin el consentimiento del Congreso. Bajo el esquema de la Constitución federal de 1776, el Presidente posee amplios poderes para iniciar (o no iniciar) gestiones internacionales y decidir el curso y la estrategia de dichas gestiones. Aunque tiene una obligación de mantener al Senado informado de sus gestiones, no se le requiere obtener aprobación previa para iniciar y conducir las gestiones. Solamente, una vez negociado el tratado, se requiere la aprobación de dos terceras partes de los miembros presentes en el Senado para aprobar la firma del mismo. Algunos presidentes han reclamado una autoridad inherente para concertar acuerdos internacionales basados directamente en el poder ejecutivo que la Constitución concede al Presidente.

nacionalidad española, ya que Puerto Rico, es considerado por ordenamiento jurídico español como un país de cultura y lengua hispánica, que acredita con su nuevo certificado de ciudadanía puertorriqueña su origen de país iberoamericano, y también porque, la expresión empleada por el artículo 23 Cc español “naturales de los países mencionados en el ap. 2 del art. 24” –entre los que se incluyen los iberoamericanos–, debe ser interpretado como referido a los nacionales de tales países en los que se incluye a los nacionales de Puerto Rico que, hasta el Tratado de París de 11 de abril de 1899 no pasó a ser dominio norteamericano, ostentando desde 1950 la condición política de Estado Libre Asociado concedido por el Congreso de los Estados Unidos, y en 1917, pasan a ser ciudadanos norteamericanos de lealtad pero no de pleno derecho. Por ende, un puertorriqueño puede obtener la nacionalidad española con su nuevo certificado de ciudadanía puertorriqueña sin tener que renunciar a la ciudadanía americana según las normas de los EE UU, el ELA de Puerto Rico y el Estado Español las cuales les permiten legalmente que éste posea esas tres nacionalidades, al España considerar a los puertorriqueños como naturales de los países de origen iberoamericanos con derecho a su nacionalidad por residencia sin necesidad de renunciar su ciudadanía puertorriqueña ni la estadounidense”.

⁵¹ *Id.* Sección 2.2.10 párrafo tercero.

⁵² Definición de concepto de tratado: Acuerdo que se logra entre estados o entidades internacionales con personalidad internacional. Los mismos debieran cumplir bajo la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 27 de enero, 1980. 27 de enero de 1980. Bajo el derecho de los EEUU, para que un tratado tenga validez, debe ser ratificado por dos terceras partes del Senado y firmado por el Presidente.

Si en efecto el poder ejecutivo incluye la autoridad para entrar en *sole executive agreements*, independientemente de otras concesiones de competencia ejecutiva más específicas, sería difícil determinar qué límites, más allá de los impuestos al gobierno por la Carta de Derechos, tendría este poder. Lógicamente, muchos miembros del Congreso y otros sectores se han opuesto a cualquier reclamo hecho por un presidente de que su poder para concertar acuerdos internacionales surge únicamente del poder ejecutivo que la Constitución le adjudica.

13. A tenor con la Constitución, los tratados y las leyes aprobadas por el Congreso federal son “la ley suprema de la nación” (*the supreme law of the land*). Esta disposición se conoce como la cláusula de la supremacía (art. VI, cláusula 2 de la Constitución). Esto significa que en la jerarquía de normas, las disposiciones de un tratado, al igual que las de una ley federal, tienen ascendencia sobre las constituciones de los estados federados y sobre todas las leyes elaboradas por los congresos estatales, pues su rango es inferior únicamente a la Constitución federal.

Por consiguiente, tanto un tratado como una ley federal pueden abrogar las disposiciones de las constituciones y leyes de los Estados federados. Todos los tratados son “la ley de la nación” (*the law of the land*), pero sólo los tratados autoejecutables prevalecen en los tribunales domésticos sobre una norma previa incompatible⁵³. Aunque el espectro competencial del Congreso federal se ha ampliado considerablemente a través de la interpretación que ha hecho la jurisprudencia de determinadas cláusulas de expresión general, en principio el texto de la Constitución EE UU concede un ámbito competencial limitado al Congreso federal, los llamados *enumerated powers*, expresando que todas las competencias no expresamente concedidas al gobierno federal residen en los estados federados; es decir, sus órganos representativos o en el pueblo. Sin embargo, esta limitación no se explica del mismo modo para los tratados. Existe la percepción general de que el poder del gobierno federal para conducir relaciones exteriores, por ser éste un gobierno “soberano” o “nacional”, no está sujeto a los *constraints* o restricciones que están sujetas las leyes domésticas⁵⁴. Por esta razón a los Estados federados les preocupa la interpretación que se da al *treaty power*, en tanto en cuanto este poder *unrestrained* puede atentar contra sus propias competencias.

El *treaty power* ha sido ampliado mediante la doctrina de “poderes implícitos” elaborada por el Tribunal Supremo Federal. Al igual que otros poderes del gobierno federal que se han expandido a través del tiempo invadiendo cotos de dominio

⁵³ All treaties are the law of the land, but only a self-executing treaty would prevail in a domestic court over a prior, inconsistent act of Congress. A non-self-executing treaty could not supersede a prior inconsistent act of Congress in a U. S. court. A non-self-executing treaty nevertheless would be the supreme law of the land in the sense that—as long as the treaty is consistent with the Bill of Rights—the President could not constitutionally ignore or contravene it [*States v. Curtiss-Wright Corp.*, 299 U.S. 304 (1936)].

⁵⁴ *Vid.*, por todos, G.A. Finch, The Need to Restrain the Treaty-Making-Power of the United States Within Constitutional Limits”, *Am. J. Intl. L.*, vol. 48, n° 1, 1954, pp. 57-82.

original de los estados —como ejemplos más notorios podríamos señalar el poder de regular el comercio interestatal o el poder de proteger los derechos civiles— el *treaty power* ha sido el centro de una álgida controversia desde su inceptión. A este respecto el Tribunal Supremo federal ha mantenido una postura que ha reafirmado y protegido la supuesta exclusividad del poder sobre las relaciones exteriores que ostenta el Presidente al ser favorecido con el *treaty power*. Ya en 1920, la sentencia de *Missouri v. Holland*⁵⁵ estableció que el poder del Presidente para negociar tratados no se limitaba a aquellas materias que estaban bajo la competencia del Congreso federal⁵⁶. A tenor con esta interpretación, el *treaty power* permite al gobierno federal regular materias que están “reservadas” a los estados y que, de otro modo, estarían fuera del control congresual. Complementariamente, el asunto de *States v. Curtiss-Wright Corp.* proclamó que el Presidente está libre de las restricciones constitucionales impuestas por la doctrina de la *nondelegation* cuando actúa sobre los asuntos exteriores⁵⁷.

14. La teoría constitucionalista se decanta por dos vertientes: Por un lado, los defensores de los *states rights* o derechos de los Estados miembros, también llamados federalistas o nuevos federalistas, defienden la máxima autonomía de los estados y atacan la usurpación “anticonstitucional” de los derechos estatales por el gobierno federal mediante acuerdos internacionales, junto a los soberanistas, partidarios de la “soberanía” e independencia de la nación americana ante la “agenda internacional” que pretende mermar insidiosamente sus poderes soberanos, favorecen una lectura constitucional que se limite el poder presidencial para conducir *foreign affairs* y simultáneamente endosan una visión amplia de las competencias de los estados federados para conducir su acción exterior. Por otro lado, los internacionalistas, partidarios de una mayor integración y sometimiento de EE UU a los esquemas y convenciones internacionales, que se alinean en este frente con los defensores del gobierno central, favorecen una interpretación amplia argumentando que limitar el poder presidencial en asuntos internacionales beneficia sólo los intereses particulares y localistas de Estados movidos muchas veces por mentalidades xenofóbicas que desconfían del llamado “New World Order” y que simplemente optan por ignorar el mundo exterior bajo la premisa de que *politics ends at the water’s edge* y

⁵⁵ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920)

⁵⁶ J.L. Jackson, “The Tenth Amendment versus the Treaty-Making Power under the Constitution of the United States”, *Virginia L. Rev.*, vol. 14, n° 5, 1928, pp. 331-357 y vol. 14, n° 6, 1928, pp. 441-468.

⁵⁷ 299 U.S. 304 (1936). Con posterioridad se ha reafirmado este punto en *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981). Esta visión también permea el análisis del Tribunal en *Dames Isla Moore v. Reagan*, 453 U.S. 654 (1981), 453 U.S. 280, 291–292 (1981). En la actualidad cobra mayor urgencia el debate sobre si el *treaty power* autoriza al Presidente, junto a una mayoría de los miembros presentes del Senado, a regular mediante un tratado materias que de otro modo estarían fuera del ámbito de las competencias legislativas del Congreso federal. Téngase en cuenta que en 1942 el Tribunal Supremo Federal resolvió extender el poder del Presidente en asuntos internacionales al interpretar que el concepto de “tratado que abrogaba la Constitución” incluye órdenes ejecutivas en materias internacionales y a tenor con acuerdos hechos por el ejecutivo, por lo que dio a estas órdenes rango de ley suprema, al igual que un tratado [*U.S. v. Pink*, 315 U.S. 203 (1942)].

de que la intervención de órganos internacionales en asuntos domésticos no redunde en beneficio alguno para ellos⁵⁸.

Evidentemente, esta visión favorece una participación restringida de los Estados federados en la acción exterior, y que la misma sea canalizada por conducto del gobierno central. En muchas instancias EE UU ha rehusado formar parte de convenciones internacionales o ha firmado las mismas con “reservas”, que tienen el efecto de dejar el cumplimiento de dichas convenciones al arbitrio de los EE UU, en gran parte como resultado del *catering* a las presiones internas de los estados federados que no admiten una intromisión externa que limite sus competencias⁵⁹.

B) Estrategias de los gobiernos insulares

15. Con respaldo en el bloque normativo anterior, la gestión del Departamento de Estado de EE UU como representante de los intereses de la Isla en la comunidad internacional ha propiciado que Puerto Rico quede aislado de la comunidad internacional.

Frente a esta situación, los gobiernos insulares ha tenido forzosamente que conjugar varias estrategias entre la acomodación, la negociación, el sometimiento, o la confrontación, oscilando entre la pasividad y la asertividad, pero siempre en atención a la postura que haya asumido el gobierno de turno de la Isla (al concepto que tenga) en cuanto a cuál debe ser el *status* ulterior o relación definitiva entre Puerto Rico y EE UU. Ha habido períodos en que la administración insular, con o sin la aprobación de EE UU, ha asumido importantes gestiones a nivel internacional para establecer contactos con varios países o comunidades regionales y adelantar sus propios intereses en la esfera internacional —que no siempre coinciden con los de EE UU— aunque en pocas ocasiones ha tenido éxito y muchos programas hayan sido frustrados por la negativa de los EE UU o por un cambio en el gobierno insular. En los últimos años se ha registrado una importante actividad por parte del gobierno de Puerto Rico en la toma de decisiones de política exterior del gobierno de EE UU, en concreto tras la apertura de su mercado a los países caribeños (Iniciativa de la Cuenca del Caribe⁶⁰) y a Canadá y México (Tratado de Libre Comercio

⁵⁸ P.A. Lacovara, “The Authority of the Commonwealth of Puerto Rico under the United States Constitution to Join International Organizations and to enter into International Agreements”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. II, 1977, pp. 452 ss.

⁵⁹ A.J. Teissonnière Ortiz, “Situación de Puerto Rico frente al Derecho internacional, con especial referencia al Derecho internacional del trabajo y la participación en la OIT”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 12, 2002, pp. 325–348.

⁶⁰ La ICC fue en sus orígenes un programa económico pero con claros objetivos políticos y de defensa concebida para ayudar a los países caribeños a exportar productos a los EE UU y estimular el sector privado en la región. El programa permitía la entrada a los EE UU de la mayoría de los productos caribeños (74 por ciento) libres de arancel. Esa iniciativa norteamericana, que también incluía ayudas e inversiones, beneficia-

de América del Norte), pues semejante apertura afectaba gravemente a los intereses de la Isla al tener que competir por las inversiones de capital norteamericano con países que ofrecían salarios y beneficios laborales mucho más bajos y una estructura de incentivos tributarios similares o superiores.

16. Al no ser Puerto Rico un Estado soberano queda excluido automáticamente de una participación plena en muchas Organizaciones internacionales que limitan su capacidad de miembro pleno a Estados-nación⁶¹. Puerto Rico tiene severas restricciones en su proyección internacional. Participa de diversas formas en algunos organismos internacionales, pero son escasos y, en numerosas ocasiones, su gobierno ha sido llamado a capítulo por las autoridades federales por sus incursiones no autorizadas en ese ámbito. Las dudas sobre el *status* territorial de la Isla han impedido también su participación en las organizaciones internacionales que permiten una excepción “territorial”, mientras que el no ser un Estado de la federación norteamericana ha significado que desde el plano jurídico tampoco tenga participación alguna en la formulación de la política exterior de EE UU a través de una representación en el Congreso de EE UU⁶².

A diferencia de lo que ha sucedido en el seno de muchos Estados compuestos, donde se han implantado mecanismos de dos niveles de *two-tiered diplomacy* o colaboración entre los diferentes niveles de gobierno en la conducción de relaciones exteriores desde una base territorial, en Puerto Rico no se han implantado mecanismos oficiales de “consulta” entre la rama ejecutiva federal de EE UU, a quien compete la política exterior de la federación de EE UU, y el gobierno de Puerto Rico en materia de asuntos exteriores que afecten la Isla. En muy contadas ocasiones se ha incluido un delegado de Puerto Rico en delegaciones norteamericanas ante foros internacionales, pero este arreglo puntual no representa un mecanismo efectivo para la representación de los intereses de Puerto Rico a nivel internacional⁶³. Las gestiones del gobierno insular para procurar la membresía de la Isla en la Organización de Estados del Caribe⁶⁴ –frustradas por la intervención del Departa-

ba más a las islas pequeñas de la región. Vid. A.P. Maingot, *The United States and the Caribbean: Challenges of Asymmetrical Relationship*, Boulder, Co., Westview Press, 1994, p. 188.

⁶¹ Vid. L.A. Passalacqua Christian, “La personalidad internacional del Estado Libre Asociado de Puerto Rico”, *Revista de Derecho Puertorriqueño*, Universidad Católica de Puerto Rico, 1970, pp. 136–149.

⁶² W.M. Reisman, “Puerto Rico and the International Process: New Roles in Association”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XI, n° 2, 1977, pp. 535 ss.

⁶³ W. Román Samot, *Teoría general del Estado Libre Asociado de Puerto Rico*, op. cit., pp. 137 ss.

⁶⁴ Puerto Rico Seeks Resolution on Association of Caribbean States Membership: San Juan, Puerto Rico | Caribbean News Agency | Dec 14, 2001 – *Secretary of State, Ferdinand Mercado, has insisted that Puerto Rico's membership to the Association of Caribbean States (ACS) falls within constitutional parameters and hopes that conversations with the U.S. State Department will clear up any misunderstanding. “All of this has been done within the framework of Puerto Rico's relationship with the United States,” Mercado, who arrived on Thursday from the ACS's Third Summit in Venezuela said. A letter from the U.S. State Department, which was signed by C. David Welch, said it supports Puerto Rico's membership in international organizations whenever it is possible. However, the letter stated that the Island's membership in the 25-nation ACS “does*

mento de Estado de EE UU— dramatizan la falta de capacidad de las autoridades gubernamentales de Puerto Rico para la iniciativa exterior, al hacer patente que el gobierno de la Isla tiene las manos atadas cuando se trata de extender sus actividades oficiales más allá de las fronteras del territorio insular. La carencia de un régimen jurídico especial que ordene la relación de Puerto Rico con EE UU en la esfera internacional y la posición de subordinación de la Isla conlleva/justifica/legítima la imposición del gobierno federal cada vez que el gobierno insular intenta ampliar *de facto* su ámbito de acción en la arena internacional.

En respuesta a estos nuevos desafíos, el gobierno de Puerto Rico a principios de 1990 diseñó estrategias de inserción internacional que incluyeron la afiliación a organismos internacionales y regionales de naturaleza económica —como la CEPAL y la Organización Mundial de Turismo—, la participación oficial en misiones comerciales bilaterales, ferias y exposiciones internacionales y el establecimiento de oficinas de promoción comercial en España, México, Panamá y Chile. El Gobernador de Puerto Rico participó por primera vez como observador invitado en la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno en 1992, en Madrid, España.

2. Ciudadanía norteamericana

17. En 1917 la Ley Jones⁶⁵ otorgó a los puertorriqueños la ciudadanía norteamericana “sin una noción clara de lo que vendría después”⁶⁶ y pesar de la objeción

not appear to fall” within constitutional parameters of the Island’s relationship with the United States. Puerto Rico has been a U.S. Commonwealth since 1952. While the government has control over local affairs, the U.S. government keeps control of areas such as immigration, commerce and foreign relations. The letter from Welch listed two objections to Puerto Rico’s membership. The first states the need for congressional approval to pay for the membership fee. The second objection is ACS’s political nature. ACS was formed in the mid 1990s as part of an effort by Caribbean Basin nations to strengthen their economic position and ease future integration into a Free Trade Area of the Americas, proposed by former President Bill Clinton. The ACS has addressed issues as unifying responses to natural disasters, ending the U.S. embargo against Cuba and ending nuclear shipments through the Panama Canal. Mercado said the government will never do anything to compromise U.S. interests. Mercado went to the summit this weekend as a special guest to observe discussions on a wide range of topics ranging from immigration to corruption. He said it was all part of the government’s efforts to prepare Puerto Rico for globalization challenges and enhance its competitiveness and economy. “I also met with the presidents of international organizations and foreign relations ministers,” he said. “Puerto Rico’s membership was backed by all member nations.” Several New Progressive Party officials, such as Senate Minority Leader Kenneth McClintock, have questioned the Island’s incursion into international groups as a separate entity and not as part of the United States. “If Puerto Rico can be part of something within the constitutional framework, then what’s wrong with it? That way we have the benefit of participating in the decisions,” he said. He highlighted the importance of Puerto Rico participating in the 25-member trading bloc’s discussions on sustainable tourism and economy, two areas of great importance. Regarding the membership fee objection, Mercado said membership fees to international organisations are not paid with federal funds.

⁶⁵ Ley Jones, cap. 190, 39 Stat. 951 (1917) (codificado en 48 U.S.C. § 731 (1987)). <http://www.lexjuris.com/lexlex/lexotras/lexactajones.htm>.

unánime de la Cámara de Delegados insular. Dicha Ley dispuso en el art. 5 que: “Todos los ciudadanos de Puerto Rico, según se definen en la Sección 7 de la Ley (Foraker) se declaran por la presente ciudadanos de Estados Unidos, y serán tenidos y considerados como tales”. Asimismo esta ley instituyó una Carta de Derechos y despojó al Consejo Ejecutivo de sus funciones legislativas, sustituyendo a la Asamblea Legislativa por una legislatura, compuesta de Cámara y Senado, cuyos miembros serían electos en su totalidad por los puertorriqueños. No obstante, la relación política y constitucional

Los nacidos en Puerto Rico tienen la nacionalidad estadounidense, pero no tienen derecho al voto en las elecciones presidenciales o legislativas de los EE UU a menos que residan en el territorio continental; mientras residen en Puerto Rico no pueden votar en la elección presidencial. Los ciudadanos de los EE UU nacidos en territorio continental radicados en Puerto Rico tampoco pueden votar. Además, en una decisión judicial el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció la existencia de la ciudadanía puertorriqueña⁶⁸. Más tarde, el Departamento de Estado de Puerto Rico certificó esa ciudadanía, que los puertorriqueños pueden solicitar mediante un protocolo establecido por ese Departamento de Estado⁶⁹. Es un hecho notorio que uno de los efectos materiales de la transmisión de la nacionalidad estadounidense fue facilitar la incorporación de los puertorriqueños a las fuerzas armadas de los EE UU.

A partir de aquí, a) los nacidos en Puerto Rico son considerados ciudadanos de EE UU y tienen derecho a utilizar el pasaporte de ese país; b) Los residentes de Puerto Rico pueden circular libremente hacia cualquier otra parte de los EE UU; c) Los residentes de Puerto Rico, aunque sean ciudadanos norteamericanos, no tienen derecho a votar por el presidente de los EE UU ni a elegir representantes con voz y voto ante el Congreso federal.

3. Organización del poder judicial

18. El poder judicial se mantuvo en los tribunales creados durante la etapa del gobierno militar, esto es, el Tribunal Supremo de Puerto Rico y el Tribunal de Distrito federal; el primero con jurisdicción sobre la normativa local y el segundo, cuyos procedimientos se conducirían totalmente en inglés, con idéntica jurisdicción que las cortes federales de distrito y, además, sobre los asuntos que atendían las antiguas cortes federales de circuito. A excepción del derecho de *habeas corpus* establecido bajo el régimen militar, se omitió una Carta de Derechos, rompiendo

⁶⁶ Cf. J. Trías Monge, *Puerto Rico. Las penas de la colonia...*, *op. cit.*, p. xvii. Sobre el particular *vid.* J.A. Cabranes, *Citizenship and the American Empire*, New Haven, Yale University Press, 1979.

⁶⁷ A.H. Leibowitz, *Defining Status...*, *op. cit.*, pp. 145–155; E. Rivera Ramos, “Antecedentes históricos...”, *loc. cit.*, pp. 14–15.

⁶⁸ *Ramírez de Ferrer v. Juan Mari Bras*, res. el 18 de noviembre de 1997, 142 DPR (1997).

⁶⁹ Desde 2007, las personas que hayan nacido en Puerto Rico que deseen tener un certificado de ciudadanía puertorriqueña pueden solicitarlo desde hoy a través de internet.

con el precedente establecido de hacerla formar parte de las leyes orgánicas de los territorios, donde se les daba valor de pacto entre el territorio y el gobierno federal, inalterable salvo por mutuo consentimiento.

En cuanto a la administración de la justicia, el Tribunal del Distrito Federal para Puerto Rico, establecido en 1900, permaneció en la Isla tras la adopción de la Constitución del ELA y ejerce jurisdicción sobre toda materia que surja bajo una legislación federal y sobre toda controversia que surja entre un ciudadano de EE UU domiciliado en Puerto Rico (categoría compuesta en su gran mayoría por puertorriqueños) y un ciudadano de EE UU domiciliado un estado federado de EE UU o entre un ciudadano de EE UU domiciliado en Puerto Rico y un ciudadano extranjero⁷⁰.

19. En la actualidad el poder judicial se ejerce por tribunales de jurisdicción general, que vienen obligados a aplicar tanto el Derecho local como el Derecho federal. El Poder Judicial de Puerto Rico emana del art. V de la Constitución del Estado Libre Asociado, y de la Ley de la Judicatura (Ley núm. II de 24 de julio de 1952, según enmendada), la cual se aprobó para implantar las disposiciones constitucionales⁷¹. Los jueces de estos Tribunales son designados por el Gobernador con el Consejo y consentimiento del Senado de Puerto Rico, y su administración corresponde al Juez Presidente del Tribunal Supremo. La Rama Judicial está compuesta por el Tribunal Supremo, Tribunal de Apelaciones, Tribunales de Primera Instancia y la Oficina de Administración de los Tribunales. El Tribunal Supremo es el órgano más importante y su presidente designa un administrador para dirigir la Oficina de Administración de los Tribunales. Esta oficina es el brazo administrativo de la Rama Judicial⁷². De conformidad con la Sección 7 del referido art. V, "Sec. 7. "El Tribunal Supremo adoptará reglas para la administración de los tribunales las que estarán sujetas a las leyes relativas a suministros, personal, asignación y fiscalización de fondos, y a otras leyes aplicables en general al gobierno".

Ahora bien, un tribunal de los EE UU para el distrito de Puerto Rico, es decir, un tribunal federal, ejerce jurisdicción limitada sobre determinados asuntos. Tiene facultad para invalidar por inconstitucionales o contrarias a la ley federal la legislación puertorriqueña y las actuaciones de los órganos administrativos puertorriqueños. Esto se traduce en que un gran número de los pleitos que surgen en el territorio de la Isla y que afectan a los ciudadanos de la misma son dirimidos ante el Tribunal Federal para el Distrito de Puerto Rico, un tribunal en que los trabajos se conducen en inglés, que no es el idioma nativo de los puertorriqueños; cuyos jueces son nom-

⁷⁰ Los tribunales federales de los EE UU son los tribunales de primera instancia de competencia general en el sistema judicial federal y tienen aptitud para conocer toda clase de causas federales. Hay 94 distritos judiciales federales, que incluyen uno o más en cada estado, el Distrito de Columbia (Washington, D.C), Puerto Rico y los territorios de ultramar.

⁷¹ Vid. J. Trías Monge, *El sistema judicial de Puerto Rico*, Ed. Universitaria Universidad de Puerto Rico, 1978.

⁷² H. Padilla Martínez, "El Poder Judicial en Puerto Rico su estructura, funciones y limitaciones", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 50, 1981, pp. 357 ss.

brados por el Presidente de los EE UU y confirmados por el Senado de EE UU, que no son democráticamente elegidos por los puertorriqueños, y cuyas sentencias se dictan de acuerdo a un derecho elaborado por el Congreso de los EE UU, sin la participación de los puertorriqueños.

20. Consecuentemente, existen dos sistemas judiciales: los Tribunales de Puerto Rico y el Tribunal de Distrito de los EE UU para Puerto Rico.

i) El art. 2.001 de la Ley de la Judicatura de 2003 establece sistema judicial unificado en lo concerniente a jurisdicción, funcionamiento y administración, bajo el Tribunal General de Justicia, que es un tribunal de jurisdicción y competencia general, dividido en un Tribunal Supremo como tribunal de última instancia, un tribunal intermedio de Apelaciones y un Tribunal de Primera Instancia.

ii) El Tribunal de Distrito de los EE UU para Puerto Rico, tiene una jurisdicción limitada y sólo puede entender en los casos que correspondan a la legislación federal de los EE UU o en los casos en que haya diversidad de ciudadanía (*diversity of citizenship*), es decir, cuando un ciudadano de un estado de la Unión demanda a uno de otro estado. También tiene jurisdicción en todo caso que surja al amparo de la Constitución de los EE UU⁷³. Este tribunal coexiste como un foro independiente del estatal. Se trata de un tribunal de jurisdicción original limitada y tiene jurisdicción original para entender en cualquier asunto relacionado con delitos cometidos contra las leyes de los EE UU, delitos cometidos en alta mar o en territorio federal y excepcionalmente por traslado de una causa sometida en el foro estatal cuando se plantee una cuestión federal y exista una ley que provea para tal traslado. Las decisiones del Tribunal Federal para el Distrito de Puerto Rico pueden ser revisadas por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito. De este tribunal se acude al Tribunal Supremo de los EE UU.

Los casos que examina el Tribunal Supremo de Puerto Rico vinculados a la legislación federal pueden apelarse ante la Corte Suprema de los EE UU. Las apelaciones del Tribunal de Distrito de los EE UU para Puerto Rico se atienden ante el Primer Circuito, que es el primer nivel apelativo, previo al Tribunal Supremo de los EE UU. Los jueces de distrito federales de Puerto Rico son designados al amparo el Artículo III de la Constitución de los EE UU, igual que cualquier otro juez federal en EE UU, pero distinto a otras posesiones, como son las Islas Vírgenes de los EE UU, Guam y las Islas Marianas del Norte, donde los jueces federales son designados al amparo del Artículo I de la Constitución con autoridad limitada a su territorio y por término limitado, contrario a los jueces federales de Puerto Rico, que tienen

⁷³ M.A. Ahumada Ruiz, "El 'certiorari'. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 41, 1994, pp. 89-136.

autoridad y jurisdicción en todos los estados y posesiones, siendo designados como jueces de por vida.

IV. Consecuencias de la vinculación a Estados Unidos para el Derecho internacional privado

1. Interacción entre el civil law y el common law

21. La contemplación del Derecho privado de Puerto Rico suscita el interrogante sobre su consideración pues, aunque su origen es indubitadamente español, la evolución hasta aquí apuntada muestra la confluencia sobre el mismo de doctrinas civilistas, doctrinas sustantivas del *common law* y la metodología jurisprudencial del *common law*⁷⁴. Se habla así, de una forma un tanto simplista, de un “sistema mixto”⁷⁵. Y esta consideración tiene una proyección puntual en las fuentes de Derecho⁷⁶, en el papel del Derecho en la sociedad, en la organización de las leyes, en la metodología que se debe utilizar para desarrollar el Derecho y, evidentemente, en el DIPr.

Históricamente, la aplicación del régimen legal de la metrópoli a las provincias ultramarinas debe, sin embargo, ser objeto de una matización preliminar: la obsesión de la metrópoli por no reconocer nuevos derechos y libertades a los ciudadanos de los territorios de Cuba, Puerto Rico e Islas Filipinas. Si como consecuencia del art. 4 de la Constitución de 1837, se creó la Comisión General de Codificación por RD de 19 agosto 1843⁷⁷, los primeros textos legales que aparecieron no se aplicaron en un principio a las Antillas españolas; por el contrario, desde 1837 se dispuso un régimen jurídico especial para las provincias de ultramar mediante leyes especiales, lo que suponía una excepción al principio constitucional de la unidad de fueros⁷⁸.

⁷⁴ L. Fiol Matta, “Common Law and Civil Law in the Legal Method of Puerto Rico: The Transmission of Legal Discourse”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 64, 1995, pp. 501 ss; E. Rivera García, “El andamiaje legal de Puerto Rico: fusión enriquecida del Derecho común anglosajón y la tradición civilista”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 82, 2013, pp. 687–704; A. Bernabé, “La tradición jurídica puertorriqueña: ¿civil o anglosajona?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 83, 2013–2014, pp. 182–195.

⁷⁵ T.B. Smith, “The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdiction”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. XXXV, 1966, pp. 263 ss.

⁷⁶ J.M. Alvarado Rivera, “Fuentes del Derecho mercantil y su trato por los tribunales: Estudio comparado de España, Estados Unidos y Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 78, n° 4, 2009, pp. 825–857.

⁷⁷ P. Gómez de la Serna, “Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 39, 1881, pp. 284–300, esp. 295.

⁷⁸ Desde una perspectiva crítica vid. J. Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar...*, op. cit., pp. 67 ss; J. Montenegro Valentín, “Algunas reflexiones sobre la codificación civil española y Ultramar”, *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano: Actas y Estudios* (L.E. González Vales, coord.), vol. 2 San Juan, Academia Puertorriqueña de la Historia, 2003, pp. 521–544; E. Iniesta Pastor, “La Comisión General de Codificación (1843–1997). De la codificación moderna

Se crearon al efecto una serie de comisiones ultramarinas y más tarde, una Comisión de Codificación de las provincias de Ultramar, independiente de la peninsular, adscrita al Ministerio de ultramar, y no al de Gracia y Justicia, con la misión de redactar anteproyectos legislativos o evacuar informes relativos a la dificultad de aplicar en las colonias la legislación peninsular⁷⁹.

Si bien es cierto que con referencia al origen histórico de las fuentes de Derecho privado de este sistema es civilista, pues en su origen fue impuesto por el poder español como parte de la conquista, tras el cambio de soberanía, prácticamente todo lo relacionado con el ordenamiento jurídico civil se transformó en un modelo anglosajón. Entre 1898 y 1902, se eliminaron tres de los cinco códigos españoles vigentes y se sustituyeron por códigos norteamericanos⁸⁰. Quedaron en vigor el Código civil, que fue revisado en 1902, el Código de comercio y la Ley Hipotecaria, que sería modificada en 1979. Paralelamente, se nombró una comisión codificadora, la cual introdujo cambios sustanciales al texto del Código Civil español importados del Código Civil de Louisiana y la antigua Audiencia Territorial se transformó en un tribunal de estilo norteamericano. Poco a poco, estos cambios adoptaron elementos sustantivos, procesales y administrativos del *common law*, lo cual resultaría inevitablemente en el tener que tomar prestada también la metodología jurisprudencial que define al *common law*.

22. Pese al peso del modelo heredado de España, que se resiste a desaparecer en algunas instituciones jurídicas esenciales, como la responsabilidad civil⁸¹, las decisiones del Tribunal Supremo comenzaron a darle más influencia al valor de precedente de sus decisiones anteriores, a citar fuentes norteamericanas con más frecuencia y a operar claramente como fuentes de Derecho. Se ha dicho de esta corriente jurisprudencial que no ha dejado de quitar el prestigio y la pertinencia al Derecho

a la descodificación contemporánea”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXXIII, 2013, pp. 65-103.

⁷⁹ J. Alvarado Planas, “Las Juntas para la reforma de las leyes y administración ultramarinas en el siglo XIX”, *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: Actas del XII Congreso internacional de historia del Derecho indiano* (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998) (F. Barrios Pintado, coord), vol. 1, 2002, pp. 101-122.

⁸⁰ Al momento del cambio de soberanía en la Isla, estaban en vigor el Código Civil de 1888, el Código de Comercio de 1885, el Código Penal de 1870, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872. Durante los primeros años de la ocupación norteamericana, se sustituyó el Código Penal por uno copiado de California y Montana, el Código de Enjuiciamiento Criminal por uno copiado del de California y el Código de Enjuiciamiento Civil por uno copiado del de Idaho. *Vid.* P.F. Silva Ruiz, “Desarrollos recientes y tendencias del Derecho civil para el siglo XXI en Puerto Rico”, *Anuario de Derecho Civil*, 1989, n° 3, pp. 887-904.

⁸¹ J. Trias Monge, *El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico: el caso de la responsabilidad civil extracontractual*, Oxford. N.H., Equity Publishing Company, 1991; J.A. Cuevas Segarra y E.M. de Hostos de Mayagüez, “El sistema de responsabilidad civil extracontractual en los ordenamientos jurídicos de Puerto Rico y España”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n°s 12-13, 1994-1994, pp. 337-350.

civil⁸² y frente a ella, entre otros precedentes destaca por su especial virulencia el asunto *Valle v. American International Insurance Co.* en materia de responsabilidad extracontractual⁸³, aunque esta defensa civilista no tendría continuidad. Las manifestaciones civilistas siguen sin embargo muy presentes en otras materias como el Derecho de familia como evidencia el asunto *Morales Vargas v. Jaime Jaime*⁸⁴.

La Ley Núm. 85 de 16 de agosto de 1997 creó la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico⁸⁵. Los trabajos comenzaron en febrero de 1998⁸⁶, sin embargo, las cámaras legislativas dejaron de financiar los trabajos de la Comisión durante el cuatrienio del 2009 al 2012 y al cesar fácticamente su actividad la Comisión no pudo concluir sus trabajos. Por esta razón el Senado propuso en 2013 crear una Comisión Especial Conjunta, de estructura más modesta que su predecesora, para concluir dentro de un plazo no mayor de un año la labor de producir la legislación que contenga la revisión del Código Civil, ya sea como un nuevo Código o como un bloque sistematizado de de enmiendas al vigente. De esta forma, no se quedaría incompleta esa tarea indispensable para la modernización de este ordenamiento, en la que ya se ha invertido una cantidad importante de recursos públicos y de esfuerzos de diversos sectores⁸⁷.

2. Americanización del Derecho internacional privado

23. Desde una perspectiva académica en Puerto Rico se sigue la concepción tripartita del contenido del DIPr (competencia judicial internacional, determinación del Derecho aplicable y reconocimiento de decisiones producidas en el extranjero).

⁸² Cf. J. Trías Monge, "La crisis del Derecho en Puerto Rico", *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 49, 1980, pp. 8-9.

⁸³ 108 DPR 692 (1979).

⁸⁴ 2005 TSPR 174 166 DPR.

⁸⁵ La Comisión se compondrá de siete Senadores uno de los cuales será el Presidente de la Comisión de lo Jurídico del Senado que designará el Presidente del Senado y de siete Representantes uno de los cuales será el Presidente de la Comisión de lo Jurídico Civil de la Cámara que designará el Presidente de la Cámara de Representantes. Su misión es realizar una revisión total y una reforma del Código Civil de Puerto Rico de 1930, atemperando a nuestros tiempos y prestando, además, especial atención en conciliar todas sus partes con el fin de que resulte en una obra moderna, concordante y armónica, la cual será sometida por la Comisión a la consideración de las Cámaras Legislativas. La misma recomendará la adopción de una nueva edición de dicho Código, si así lo estimare necesario y conveniente. <http://www.lexjuris.com/lexlex/ley1997/lex97085.htm>.

⁸⁶ Para la documentación detallada del desarrollo de este proyecto legislativo, *vid.* M. Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: El proceso de revisión del Código civil de Puerto Rico", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXXV, 2001, pp. 491 ss; *id.*, "Crónica de una ruta adelantada: los borradores del Código civil de Puerto Rico", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XL, 2006, pp. 419 ss.

⁸⁷ <http://www.mariadelourdes.net/uploads/5/4/6/7/5467991/rks29.pdf>

Ahora bien, en atención a la tradición civilista y al alcance del Código Civil puertorriqueño, éste último comprende únicamente las cuestiones de Derecho aplicable. Los asuntos de jurisdicción y de reconocimiento de sentencias extranjeras deben atenderse en el ordenamiento procesal, señaladamente, las Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia de 2009 y las Reglas de evidencia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el mismo año. Estos últimos sectores están fuertemente condicionados por la situación de dependencia respecto de los Estados Unidos que se ha señalado en las páginas anteriores.

La importancia de una regulación de DIPr, se debe “al grado de cosmopolitismo alcanzado por nuestra sociedad, no solo por razón del movimiento poblacional hacia otras ciudades fuera de Puerto Rico y viceversa”, y al “incremento de nuestra actividad económica en general, la cual se ha extendido a varios países en y fuera del continente norteamericano”⁸⁸. Al igual que en Cuba los preceptos de DIPr de Puerto Rico tienen su origen en la legislación española, en concreto, el sistema se sustentaba, esencialmente, en los arts. 9 a 11 del Código Civil (Cc) de 1889, en lo concerniente al ámbito de aplicación de las leyes en el espacio, en los arts. 51 y 70 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC), que incluían un rígido régimen de competencia judicial internacional, y en los arts. 951 a 958 LEC en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras⁸⁹.

No obstante, en la revisión que se le hizo al Código Civil en 1902 se decidió “americanizar” los referidos arts. 9 a 11⁹⁰ reemplazándose el antiguo principio civilista de la unidad de la masa sucesoral y por la regla americana *lex rei sitae*⁹¹ en el sentido marcado por el *Restatement*⁹². Baste atender a que en la Sentencia de 11

⁸⁸ *Petra Márquez Estrella Ex parte*, 128 DPR 243 (1991), p. 247

⁸⁹ Vid. el folleto de G. Velázquez, *Directivas fundamentales del Derecho internacional privado Puertorriqueño*, Río Piedras, Junta Editora U.P.R., 1945; A. Fernós López-Cepero, “Perspectiva actual del Derecho internacional privado puertorriqueño”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. 21, n° 3, 1987, pp. 589-596.

⁹⁰ “La reforma más importante hecha en el Título Preliminar del Código ha sido la relativa a restringir la doctrina de los estatutos personal y real, tomando en cuenta y aplicando el principio general del derecho civil americano de que los derechos respecto a los bienes inmuebles han de regularse totalmente, así en cuanto a la contratación como en cuanto a los derechos hereditarios, por la ley del país en que están sitos” [*Bracons v. Registrador de San Juan*, 24 DPR 753, 757 (1917), citando el Informe de la Comisión Codificadora del Código Civil de 1902, presentado a la Asamblea Legislativa de Puerto Rico el 31 de diciembre de 1901].

⁹¹ S.C. Symeonides, “Revising Puerto Rico’s Conflicts Law: A Preview”, *Colum. J. Trans’l L.*, vol. 28, 1990, pp. 413 ss, esp. pp. 416-417.

⁹² “Several factors serve to explain the importance attributed by the rule to the location of the land. The state where the land is situated will have a natural interest in transactions affecting it, particularly in view of the fact that land by its nature is immovable. Also, since in the situations covered by the rule the land constitutes the subject matter of the contract, it can often be assumed that the parties, to the extent that they thought about the matter at all, would expect that the local law of state where the land is situated would be applied to determine many of the issues arising under the contract. The rule furthers the choice-of-law values of certainty, predictability and uniformity of result and, since the state where the land is situated will

octubre 2011 (*Roselló Puig v. Rodríguez Cruz*) el Tribunal Supremo debió pronunciarse acerca de si surtía efectos en Puerto Rico un contrato suscrito en el Estado de Florida por unos cónyuges puertorriqueños sujetos al régimen de la sociedad de bienes gananciales, mediante el cual transfieren a uno solo de éstos la titularidad exclusiva de un bien inmueble sito en ese Estado. En su fallo el TS resolvió de conformidad con el art. 1286 Cc, cuyo origen es art. 1334 Cc español, teniendo en cuenta que el 13 mayo 1981 se habían suprimido las limitaciones al poder de disposición de los cónyuges en este último cuerpo legal. Dicho tribunal consideró que aunque la situación jurídica controvertida estaba conectada con el Estado de Florida debía resolverse con arreglo a las normas de DIPr y pese a acudir a comentaristas españoles como A. Miaja de la Muela y A. Marín López, consideró que el problema era propio del “estatuto real” y no del “estatuto personal”. Para ello tuvo en cuenta la reforma del Título preliminar del Cc practicada en 1902 que incorporó el principio general del Derecho estadounidense respecto a que los bienes inmuebles se regulan conforme a la ley donde estén sitos, dándose especial énfasis al hecho de que la propiedad inmueble se rige única y exclusivamente por las leyes del estado en que esté sito el inmueble⁹³. Aunque el peso de la doctrina norteamericana se va imponiendo así como las referencias al Segundo *Restatement*, las alusiones a la doctrina española son reiteradas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo como es el caso de J.A Carrillo Salcedo⁹⁴, E. Pérez Vera⁹⁵ o P.A. de Miguel Asensio⁹⁶.

24. Es importante recordar que en materia de DIPr se “consideran extranjeras entre sí aquellas jurisdicciones con legislación propia sobre determinadas materias, cuyas legislaciones pueden venir en conflicto unas con otras, aunque esas jurisdicciones no sean necesariamente extranjeras a los fines del Derecho internacional público”⁹⁷. Precisamente, ese es el caso de países organizados federalmente como EE UU, en el que las legislaciones de los diferentes Estados dan margen a que se generen conflictos de leyes. Dichos conflictos suelen encontrar solución en la aplicación de normas o principios del DIPr. El art. IV, Sec. 1, de la Constitución de EE UU establece que “[s]e dará entera fe y crédito en cada Estado a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros Estados”. Esta disposición constitucional, conocida como la de *full faith and credit*, se aplica tanto a las sentencias judiciales como a las leyes de los diferentes Estados y territorios de EE UU, pero no de la misma manera pues no se trata de un mandato inexorable⁹⁸. Y ello

be readily ascertainable, of ease in the determination of the applicable law” (American Law Institute, *Restatement of the Law, Second, Conflicts of Laws*, vol. 1, Sec. 189).

⁹³ 2011 TSPR 148 183 DPR.

⁹⁴ *Ramírez Sainz Petionario v Alexander Cabanillas*, 2009 TSPR 151 177 DPR.

⁹⁵ *López Torres v González Vázquez*, 2000 TSPR 80 DPR.

⁹⁶ *Ramírez Sainz Petionario v Alexander Cabanillas*, 2009 TSPR 151 177 DPR.

⁹⁷ *Armstrong v. Armstrong*, 85 DPR 404, 409 (1962).

⁹⁸ R.H. Jackson, *Full Faith and Credit: The Lawyer's Clause of the Constitution*, New York, Columbia University Press, 1945, pp. 10–28. Sin embargo. El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha explicado que la cláusula de *full faith and credit* no opera *ex proprio vigore* y está sujeta a excepciones, por lo que, en el

porque cada Estado o territorio tiene legitimidad para implementar la política pública que entienda más apropiada, a través de sus propias leyes⁹⁹.

En consecuencia, se consideran “extranjeras” las jurisdicciones que tienen legislación propia sobre ciertas materias que pueda ser incompatible con la del foro. Así, en el interior de sistemas federales, donde coexisten diversas legislaciones estatales, como en EE UU, se dan colisiones entre las distintas leyes de los Estados. Lo mismo sucede en sistemas unitarios con legislaciones forales, como España. Los problemas de selección de ley aplicable no son más fáciles de resolver porque surjan en una unión federal. Y es que este tipo de casos no se puede resolver diciendo simplemente que se le va a dar deferencia a un Estado por estimarlo “hermano” y se va a aplicar su ley en lugar de la propia¹⁰⁰. Sin embargo, las leyes de un Estado de los EE UU no son estatutos ajenos al ordenamiento jurídico portorriqueño. Por el contrario, en los EE UU existen salvaguardas constitucionales que se extienden a Puerto Rico, como lo son las cláusulas de debido proceso de ley, y de entera fe y crédito, las cuales dan certeza de la justicia de las actuaciones oficiales dentro de cada uno de los estados¹⁰¹ y precisamente por la existencia de esas salvaguardias es imposible considerar las leyes de un Estado de la Unión “como unas normas extrañas”¹⁰².

3. Extensión de las Convenciones suscritas por los EE UU

25. La situación anterior justifica el carácter limitado de los instrumentos internacionales que se aplican a Puerto Rico, como consecuencia de la limitada política seguida en esta materia por EE UU. Por lo que se refiere a la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado cabe referirse a los siguientes Convenios: Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros; Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial; Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial; Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

La actitud de EE UU respecto de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado ha tenido la virtud de alejar a Puerto Rico de su

contexto de las sentencias judiciales, no se le puede dar entera fe y crédito a una sentencia de otro estado, haciendo caso omiso de las leyes puertorriqueñas que exigen la intervención previa de un tribunal local. *Vid. Amy v. Adm. Deporte Hípico*, 116 DPR 414, 420 (1985); *Roseberry v. Registrador*, 114 DPR 743, 747 (1983).

⁹⁹ W.J. Rich, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁰ K.H. Nadelmann, *Conflict of Laws: International and Interstate*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1972, p. 213.

¹⁰¹ *Restatement of the Law, op. cit.*, vol. I, Sec. 10.

¹⁰² *Pueblo v. Martínez Cruz*, 167 DPR 741, 759 (2006).

entorno jurídico más inmediato pues aunque EE UU ha ejercido un papel importante en la codificación desarrollada en este foro, únicamente se ha incorporado a algunos instrumentos muy alejados del conflicto de leyes.. Baste atender que únicamente participa en tres Convenios: Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias de 30 de enero de 1975, Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 30 enero 1975 y Protocolo Adicional a la Convención interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias de 8 mayo 1979.

Dentro de las realizaciones de la Uncitral figuran las Convenciones de mayor universalidad, esto es, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); a ellas debe añadirse la Convención sobre la Prescripción en materia de Compraventa Internacional de Mercaderías (Nueva York, 1974).

Por último, en el marco de Unidroit, debe aludirse al Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, hecho en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001.

V. **Ámbito de la jurisdicción en las relaciones transfronterizas**

1. Reglas generales del sistema

26. En el momento en que se suscita ante un tribunal un litigio con elementos de extranjería es menester examinar, en primer término, si se tiene jurisdicción y competencia, tanto sobre la materia, como sobre las personas. En los países con tradición de *common law* esta cuestión ha sido considerada a partir de los denominados *long arm statutes*, o estatutos que permiten extender la jurisdicción personal sobre quienes hacen gestiones de negocios desde otro Estado. De esta suerte, es más fácil adquirir jurisdicción sobre una controversia aun cuando no haya contactos sustanciales con el foro judicial donde se presenta. Y ello es particularmente importante, cuando los tribunales estatales tienen jurisdicción general sobre la materia.

En la jurisprudencia puertorriqueña la cuestión fue suscitada por el Tribunal Supremo, a propósito de un supuesto de protección de menores, al afirmar que “Los tribunales debemos sopesar diversos factores para determinar si aun gozando de jurisdicción, debemos abstenernos de ejercerla. Entre ellos debemos enumerar los siguientes: la suficiencia de la información disponible para aquilatar debidamente los hechos y formar juicio sobre el impacto del decreto que se dicte sobre la personalidad y el bienestar del menor; la sustancialidad de los contactos del foro con la controversia; el grado a que el ejercicio de jurisdicción pueda desalentar la multiplicación y prolongación de controversias sobre el asunto y contribuir a crear la estabilidad necesaria; el punto a que se tienda, como se debe tender, a evitar el secuestro unilateral de menores para fines de obtener un decreto de custodia; y el extremo en

que se facilite el mayor respeto posible a las determinaciones de otros estados, así como del propio foro”¹⁰³.

El análisis, sin embargo, no concluye con la determinación de jurisdicción y competencia. En los Estados adscritos al *common law* es habitual considerar con carácter previo si el foro local resulta ser el más adecuado o conveniente para atender la controversia, aunque los criterios determinantes de su jurisdicción sean indubitados. La justificación de tal proceder pretende evitar que un tribunal tenga que atender controversias con las cuales tiene poca relación o interés. Se establecen así una serie de criterios para llevar a cabo esta operación que se enmarcan dentro de la doctrina del denominado *forum non conveniens*. A partir de tales criterios, si el tribunal jurisdiccionalmente competente considera que no es el foro más apropiado, procederá, bien a desestimar la demanda, con el objeto de que sea presentada en el tribunal más adecuado, o bien a paralizar el procedimiento hasta que la controversia sea resuelta en el otro tribunal.

Una vez que el tribunal haya determinado que posee e jurisdicción y que debe ejercerla será necesario también caracterizar o calificar el caso y decidir cuál es la ley aplicable, según el DIPr del foro.

27. Al amparo de la facultad inherente que confiere al Tribunal Supremo el Art. V, Sec.6, de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico¹⁰⁴, dicho Tribunal adoptó unas nuevas Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia en 2009¹⁰⁵, que fueron encomendadas a la Comisión de lo Jurídico y de Ética de la Cámara de Representantes de Puerto Rico y a la Comisión de lo Jurídico Civil del Senado de Puerto Rico. Dichas Reglas rigen todos los procedimientos de naturaleza civil ante el Tribunal General de Justicia. Dichas reglas deberán interpretarse de modo que faciliten el acceso a los tribunales y el manejo del proceso, de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica de todo procedimiento¹⁰⁶. En la materia que nos ocupa la Regla 3, que proviene de la Sección 410.10 del Código de Enjuiciamiento Civil de California, regula tres cuestiones autónomas: Jurisdicción; competencia y traslado. Por lo que se refiere a la primera de ellas, el Tribunal General de Justicia tendrá jurisdicción (Regla 3.1):

(1) sobre todo asunto, caso o controversia que surja dentro de la demarcación territorial del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, y

¹⁰³ *Marrero v. García*, 105 DPR 90 (1976).

¹⁰⁴ J. Aulet Concepción, “El poder del Tribunal Supremo para adoptar reglas de procedimiento ¿inherente o delegado? ¿amenaza nuestras instituciones constitucionales?”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 23, 1953, pp. 169 ss.

¹⁰⁵ <http://www.ramajudicial.pr/ts/2009/2009TSPR143.pdf>.

¹⁰⁶ *Vid.* los comentarios y sugerencias del Departamento de Justicia sobre el informe de reglas de procedimiento civil de 19 marzo 2008. http://www.justicia.pr.gov/rs_template/v2/divleg/download/Com_Reglas_Proc_Civil.pdf.

(2) sobre las personas domiciliadas y las no domiciliadas que tengan cualquier contacto que haga la jurisdicción compatible con las disposiciones constitucionales aplicables.

El tribunal tendrá facultad para conocer de procedimientos de jurisdicción voluntaria. Se podrá acudir al tribunal en un recurso de jurisdicción voluntaria con el fin de consignar y perpetuar un hecho que no sea en ese momento objeto de una controversia judicial y que no pueda resultar en perjuicio de una persona cierta y determinada.

En materia de competencia (Regla 3.2). Todo pleito se presentará en la sala que corresponda según lo dispuesto por ley y por estas reglas, pero no se desestimará ningún caso por razón de haberse sometido a una sala sin competencia. Todo pleito podrá tramitarse en la sala en que se presente por convenio de las partes y la anuencia fundamentada del juez o jueza que presida dicha sala en ese momento. De lo contrario, será transferido por orden del juez o jueza a la sala correspondiente.

Los pleitos que afecten la propiedad inmueble se determinan de la siguiente manera: Los pleitos en relación con el título o algún derecho o interés en bienes inmuebles deberán presentarse en la sala correspondiente a aquella en que radique el objeto de la acción, o parte del mismo (Regla 3.3)

Según el sitio de origen de la causa del litigio:

i) Los pleitos contra el Estado Libre Asociado de Puerto Rico y contra las compañías de seguros o de fianza, y aquellos para recobrar daños y perjuicios, deberán presentarse en la sala en que radique el objeto del seguro o de la fianza o en que la causa del litigio o alguna parte de ella tuvo su origen (Regla 3.4).

ii) Los pleitos según la residencia de las partes En todos los demás casos, el pleito deberá presentarse en la sala en que tengan establecidas sus residencias las partes demandadas, o alguna de ellas, con excepción de los casos de reclamación de salarios en los que el pleito se tramitará en la sala correspondiente a la residencia de la parte demandante. En los casos de alimentos, el pleito se tramitará en la sala correspondiente a la residencia de los(las) menores. Si ninguna de las partes demandadas reside en Puerto Rico o si la parte demandante ignora el lugar donde residen, el pleito se presentará en cualquier sala del Tribunal de Primera Instancia. En caso de que sean comerciantes, sociedades, corporaciones y asociaciones que tengan oficina o agente en diferentes lugares, podrán ser demandados en la sala del lugar en que tengan su centro de operaciones, oficina principal o agente, o en el lugar en que se hayan obligado. Estas reglas regirán todos los procedimientos de naturaleza civil ante el Tribunal General de Justicia. Se interpretarán de modo que faciliten el acceso a los tribunales y el manejo del proceso, de forma que garanticen una solución justa, rápida y económica de todo procedimiento (Regla 3.5).

2. Aplicación de la doctrina del *forum non conveniens*

28. Al contrario de a los países civilistas, que confieren a sus tribunales la posibilidad de declinar el ejercicio de su jurisdicción en favor de otros tribunales, siempre que no se trate de las denominadas “competencias exclusivas”, en el sistema norteamericano se sigue una posición distinta. Parte ésta de un modelo que fue en su día debatido en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, y que no es otro que el recomendado por los principios de *Unidroit* y aceptado también por el *American Law Institute*. En esencia parte de un análisis basado en el criterio del “foro claramente inapropiado”, un criterio que se considera equi-

distante entre la normativa estricta civilista y el mecanismo liberal del *common law* y que tiene la ventaja de ofrecer mayor certeza y predictibilidad a la decisión de los tribunales en cuanto a la paralización de una reclamación, al compararla con el análisis que corresponde al criterio del “foro claramente más apropiado”.

En Puerto Rico no existía legislación ni jurisprudencia sobre la doctrina de *forum non conveniens*, pero el asunto *Fernando Ramírez Sainz v. Alexander Cabanillas*, brindó la oportunidad de incorporarla a su ordenamiento procesal estableciendo la metodología aplicable a la institución¹⁰⁷. Asimismo, la jurisprudencia puertorriqueña consideró tras el asunto *Marrero Reyes v. García Ramírez* que los tribunales deben sopesar diversos factores para determinar si aun gozando de jurisdicción, deben abstenerse de ejercerla¹⁰⁸.

Este último asunto abordó una petición de custodia que presentó la madre de una menor que vivía con los abuelos en el extranjero. En esta decisión se afirmó, que “[l]os tribunales debemos sopesar diversos factores para determinar si, aun gozando de jurisdicción, debemos ejercerla,” para luego indicar “que es enteramente posible que ciertos factores inviten a invocar la doctrina de *forum non conveniens*, pero que el peso de otros aconsejen el ejercicio de jurisdicción”¹⁰⁹. Para ello, el Tribunal recurrió al Derecho internacional privado y al Derecho comparado, pues éste “no sólo nos ayuda a entender mejor el derecho como creación cultural, sino que proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de los distintos sistemas jurídicos, lo que en definitiva ayuda también a entender e interpretar el

¹⁰⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 2006 el contrato de servicios profesionales en controversia había sido suscrito en la República Dominicana, entre un abogado domiciliado y residente en dicho país y un cliente domiciliado y residente de Puerto Rico. El abogado se obligó a cobrarle una deuda, que estaba garantizada con un bien inmueble sito en la República Dominicana, a un domiciliado de ese Estado. De dicho contexto se deduce que la mayoría de las fuentes de prueba, sino todas, están localizadas en la Isla vecina. Así las cosas, el abogado ejecutó la propiedad que garantizaba la deuda, pero el cliente no pagó la totalidad de los honorarios acordados. En consecuencia, el abogado presentó una demanda en cobro de dinero en los tribunales de Puerto Rico. La decisión consideró que los tribunales de Puerto Rico no eran claramente inapropiados para resolver esta controversia, pues el demandado no había demostrado el perjuicio de que la controversia fuese atendida por el foro puertorriqueño. Por el contrario, sería gravoso para las partes y contrario al principio de justicia rápida y económica, desestimar la demanda para que se presente en los tribunales dominicanos. El Tribunal resolvió en el sentido de que no procedía desestimar la demanda instada por razón de que el foro puertorriqueño no era claramente inapropiado.

¹⁰⁸ Entre ellos figuran: la suficiencia de la información disponible para aquilatar debidamente los hechos y formar juicio sobre el impacto del decreto que se dicte sobre la personalidad y el bienestar del menor; la sustancialidad de los contactos del foro con la controversia; el grado a que el ejercicio de jurisdicción pueda desalentar la multiplicación y prolongación de controversias sobre el asunto y contribuir a crear la estabilidad necesaria; y el extremo en que se facilite el mayor respeto posible a las determinaciones de otros estados, así como del propio foro. Para el tribunal, entre los objetivos que deben perseguirse principalmente se cuentan el logro de la mayor uniformidad posible y el desarrollo de la máxima deferencia a las determinaciones de otros países y Estados. De ahí que es enteramente posible que ciertos factores inviten a invocar la doctrina de *forum non conveniens*, pero que el peso de otros aconsejen el ejercicio de jurisdicción. *Marrero Reyes v. García Ramírez*, 105 DPR 90 (1976).

¹⁰⁹ *Marrero Reyes v. García Ramírez*, 105 DPR 90, 100 (1976).

sistema propio¹¹⁰. En dicho asunto el Tribunal tras rechazar la aplicación del criterio de la nacionalidad para determinar la competencia judicial internacional e involucrar las cuestiones del *forum* y del *ius*, afirmó que los tribunales de Puerto Rico tienen jurisdicción para entender en casos de custodia en cualquiera de las situaciones siguientes: 1) cuando se posee jurisdicción *in personam* sobre todos los litigantes o aun sobre una sola de las partes; 2) cuando el menor está domiciliado en Puerto Rico; 3) cuando el menor está físicamente presente o tiene su residencia habitual en Puerto Rico; y 4) cuando el menor es ciudadano o nacional de Puerto Rico. Resolvemos, además, que el hecho de que exista jurisdicción para juzgar un asunto de guarda de menores no justifica de por sí su ejercicio, a menos que las normas que se expresan en la segunda parte de esta opinión revelen que Puerto Rico constituye un foro apropiado a tales fines en las circunstancias específicas de que se trate¹¹¹.

29. Según este planteamiento, antes de analizar si procede acoger una moción de *forum non conveniens*, el tribunal está obligado a verificar que efectivamente posee jurisdicción y competencia sobre las partes y la materia, y una superado este elemento preliminar, el demandado que intente paralizar un litigio fundamentándose en la doctrina de *forum non conveniens* está obligado a probar que el foro doméstico resulta claramente inapropiado y que hay un tribunal en otro Estado que también tiene jurisdicción y que es claramente el más apropiado para resolver la controversia. Si los anteriores requerimientos se demuestran, el tribunal debe paralizar los procedimientos y concederle término al demandante para que presente su reclamación en el foro adecuado.

La jurisprudencia ha suscitado la utilidad de un instrumento similar para atender casos que involucren el ámbito extra jurisdiccional en tradición del *common law* y de esta cultura jurídica adoptó un concepto amplio de discreción judicial: lo que se conoce como un *long arm statute*, que permite adquirir jurisdicción sobre una persona con contactos mínimos en Puerto Rico. Por consiguiente, en este país se pueden presentar litigios que no tienen contactos sustanciales con el foro, más aún cuando los tribunales puertorriqueños tienen jurisdicción general sobre la materia.

VI. Determinación de la ley aplicable

1. Proceso de americanización

30. Los preceptos del Código civil se corresponden a la versión originaria del Código civil español de 1889 que son, a su vez, una yuxtaposición de la orientación estatutaria del Código civil francés de 1804 y conflictual del Código civil de Piemonte de 1865, en concreto, los art. 9, 10 y 11 incluidos en sus disposiciones preli-

¹¹⁰ J.J. Fawcett, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 2.

¹¹¹ *Marrero v. García*, 105 DPR 90 (1976).

minares¹¹²¹¹³ y dan respuesta a los denominados “estatuto personal”, “estatuto real” y “estatuto formal”¹¹⁴.

El Código civil incluyó, además, otras disposiciones de DIPr intercaladas entre disposiciones sustantivas, por ejemplo, la última oración del art. 68 (invalidez del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero), el art. 127 (ley aplicable al régimen económico del matrimonio celebrado en país extranjero), el art. 97 (jurisdicción para el divorcio), el art. 666 (ley aplicable a la forma del testamento otorgado fuera de Puerto Rico), el art. 667 (prohibición del testamento mancomunado otorgado fuera de Puerto Rico) y el art. 638 (lugar de otorgamiento e idioma del testamento ológrafo).

Tras la independencia y en una primera etapa el art. 9 era interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que la ley personal del individuo era la del país a que pertenecía, y que dicha ley le seguía donde quiera que se trasladase, regulando sus derechos personales, su capacidad para transmitir por actos *inter vivos* y *mortis causa* y el régimen de su matrimonio y familia. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o del estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los ciudadanos de Puerto Rico, aunque residan en países extranjeros, y este precepto del Código Civil, era aplicable, por analogía, a los ciudadanos de cualquier

¹¹² Vid. G. Velázquez, *Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorriqueño*, Río Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1945.

¹¹³ En tenor de estos preceptos era el siguiente

Art. 8: Las Leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español.

Art. 9: Las Leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero.

Art. 10: Los bienes muebles están sujetos a la Ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las Leyes del país en que están sitos.

Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.

Los vizcaínos, aunque residan en las villas, seguirán sometidos, en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana, a la Ley 15, título XX del Fuero de Vizcaya.

Art. 11: Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las Leyes del país en que se otorgan.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las Leyes españolas.

No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las Leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por las Leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.

¹¹⁴ L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico* (Río Piedras, Junta Editora U.P.R., 1947); G. Velázquez, *Directivas Fundamentales del Derecho Internacional Privado*, (Río Piedras, Junta Editora U.P.R., 195); S.C. Symeonides, “Revising Puerto Rico’s Conflicts Law: A Preview”, *Colum. J. Trans’l L.*, vol. 28, 1990, pp. 13 ss.

Estado, residentes, habitual o temporalmente, en Puerto Rico¹¹⁵. No obstante, la jurisprudencia posterior cambió radicalmente de orientación al determinar que en Puerto Rico, el domicilio de las personas determina la aplicación del estatuto personal¹¹⁶.

31. Además, en la revisión que se le hizo al Código Civil en 1902, los comisionados que se habían formado en el Derecho anglosajón decidieron “americanizar” estos artículos. De esta forma, derogaron el antiguo principio civilista de la unidad de la masa sucesoral y la conexión de la nacionalidad introduciendo la regla americana *lex rei sitae*¹¹⁷. De esta suerte la regulación quedó de la siguiente forma

Art. 9. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los ciudadanos de Puerto Rico, aunque residan en países extranjeros¹¹⁸.

Art. 10. Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos.

Art. 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de los Estados Unidos en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes de los Estados Unidos.

No obstante lo dispuesto en esta sección y en la anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en países extranjeros.

¹¹⁵ *Antongiorgi v. El Regis. de la Prop.*, 6 DPR 239, 242 (1904); “El estado civil de los ciudadanos debe regirse en todo por la ley de su país y solo puede determinarse con arreglo a ella”. En la misma dirección: *Orama v. Oyanguren*, 19 DPR 828, 831 (1913)

¹¹⁶ *Martínez v. Vda. De Martínez*, 88 DPR 443 (1963); *León Rosario v. Torres*, 109 DPR 808 (1980).

¹¹⁷ L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, Libro I, Santurce, P.R., Imprenta Soltero, 1947, p. 25.

¹¹⁸ Mientras que el art. 9 Cc Español disponía, que “Las leyes relativas a los derechos y deberes de la familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero”, el código puertorriqueño se limitó desde 1902 a expresar que tales leyes obligaban “a los ciudadanos de Puerto Rico”. Tal parece que la Asamblea Legislativa consideró prudente o jurídicamente inevitable soslayar el uso de términos que pudiesen dar base a argumentar la existencia de una nacionalidad puertorriqueña como tal. A tal efecto se suprimieron de nuestro Código civil, contrario a las recomendaciones de la Comisión Codificadora de 1902, los Arts. 17 (a), 18 y 20 del antiguo Código civil español, (1) que establecen, entre otros, el principio de que es español todo aquél que sea hijo de padre o madre españoles, aunque nacieren fuera de España y que tal condición subsiste hasta tanto se renuncie la nacionalidad o se le despoje de ella bajo las disposiciones de los Arts. 22 y 23. En su lugar se insertó un artículo, el número 10 del Código Político de 1902 1 L.P.R.A. sec. 7, disponiendo que “Son ciudadanos de Puerto Rico: 1. Toda persona nacida en Puerto Rico y sujeta a su jurisdicción. 2. Toda persona nacida fuera de Puerto Rico que sea ciudadano de los Estados Unidos y resida dentro del territorio. 3...”.

A pesar de estas incursiones del Derecho anglosajón, los tres artículos del Código Civil de Puerto Rico no eran más deficientes que otras disposiciones similares de algunos códigos civiles de la familia legal francesa o latina. Estos artículos han desempeñado, por mucho tiempo, la función que se esperaba de ellos, especialmente debido a la función correctora y suplementaria de la jurisprudencia puertorriqueña que se examinará más adelante.

En la actualidad, sin embargo, más de cien años después de la revisión de 1902, es evidente que los art. 9, 10 y 11 del Código Civil han agotado su utilidad social y se han convertido en un impedimento para el progreso. La necesidad de superar este impedimento es evidente y urgente. Por tanto, no debe sorprender que, virtualmente, todas las jurisdicciones de orientación romano germánica que tenían disposiciones similares las hayan reemplazado con codificaciones modernas de DIPr, tarea importante que debió haberse hecho en Puerto Rico hace ya mucho tiempo.

Como puede apreciarse, los artículos de DIPr del Código Civil vigente son muy escasos, extraordinariamente breves y orpocos, breves, elípticos dados en una etapa histórica periclitada. Ello ha obligado al Tribunal Supremo a llevar a cabo, de manera parcial, la tarea de modernizarlos y de adaptarlos a las circunstancias actuales.

32. Basándose en la explicación otorgada por la Comisión Codificadora que preparó el proyecto del Código Civil de 1902, respecto a la razón por la cual se incorporó el estatuto real en el ordenamiento puertorriqueño, optando el Tribunal Supremo, claramente influenciado por la doctrina norteamericana, por estar a *lex rei sitae*, que es la conexión que debe seguirse, según esta concepción, para establecer la capacidad legal de las partes en transacciones sobre bienes inmuebles. De esta suerte, “toda cuestión relacionada a los bienes inmuebles se rige por el estatuto real, esto es, las leyes del lugar en que está sito son las que priman, sin importar el domicilio de su propietario”¹¹⁹.

La labor creativa de los jueces norteamericanos en la elaboración del DIPr ha sido esencial¹²⁰ y en ella se ha conferido una especial importancia al hecho de que la propiedad inmueble se rige única y exclusivamente por las leyes del estado en que esté sito el inmueble. Con ello se impide que surjan conflictos entre Estados allegados en relación con la ley a aplicarse respecto a las propiedades inmuebles sitas en éstos. Y, junto a ello, proporciona un clima de respeto mutuo en relación al dominio y a la soberanía sobre el bien en cuestión, a la vez que promueve la aplicación uniforme de las leyes a todas las propiedades inmuebles dentro de un mismo territorio. Por último, incorpora un alto grado de previsibilidad y permite el ejercicio de un control por parte del Estado sobre los bienes que se encuentran en su territorio,

¹¹⁹ *Roselló Puig v. Rodríguez Cruz*, 11 octubre 2001. http://www.ramajudicial.pr/ts/2011/2011_TSPR_148.pdf.

¹²⁰ H. Batiffol, “La cour suprême des États-Unis et le droit international privé”, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, París, LGDJ, 1976, pp. 83-103..

pues, como es lógico, el Estado donde está situado el inmueble posee un interés particular sobre éste¹²¹.

De acuerdo con lo anterior, el Estado del foro tiene que decidir si los intereses por los que vela su ley tienen mayor peso que los del foro alternativo, y para ello debe considerar el respeto que merece la ley del otro, si las partes están debidamente informadas sobre la ley que se pretende aplicar y los contactos de cada Estado con las partes y la controversia. Si el foro tiene contactos significativos con la controversia, de modo que exista un interés del Estado o territorio en el pleito, puede aplicar su propia ley, y más aún cuando la ley conflictiva de la otra jurisdicción va en contra de su política pública¹²². Existe un deber del juez, en interés de su propia nación, para aplicar la regla pertinente al caso.

2. Contradicciones del sistema

33. La primera contradicción la introdujo la revisión de 1902 del Código Civil y, más concretamente, la jurisprudencia posterior y estuvo centrada en la opción entre el “modelo español” o el “modelo norteamericano”. Es ilustrativo el asunto *Cruz v. Domínguez*¹²³ en el contexto del tradicional conflicto entre la ley de la nacionalidad de una persona y la ley del domicilio. En este caso el tribunal sostuvo que una acción de divorcio contra un español domiciliado en Puerto Rico debía regirse por la ley puertorriqueña (que permitía el divorcio) y no, por la ley española (que no lo permitía). El demandado argumentó que el art. 9 Cc, el cual “regula el estado y condición de sus ciudadanos en cualquier punto en que se encuentren [,] ... y la reciprocidad y cortesía exigen que las Cortes de Puerto Rico apliquen las leyes de España al tratarse de súbditos españoles”. El Tribunal Supremo de Puerto Rico rechazó el argumento al expresar que “aún suponiendo que [tal lectura del artículo 9] expresara la opinión de la legislatura, hay autoridades que sostienen que no estamos obligados a seguirla”. Dichas autoridades no eran otra que J. Story ferviente defensor de la conexión domiciliar en los EE UU¹²⁴. El tribunal concluyó que debido a que “Puerto Rico pertenecía a los Estados Unidos... los principios de DIPr que

¹²¹ De conformidad con el Restatement “Several factors serve to explain the importance attributed by the rule to the location of the land. The state where the land is situated will have a natural interest in transactions affecting it, particularly in view of the fact that land by its nature is immovable. Also, since in the situations covered by the rule the land constitutes the subject matter of the contract, it can often be assumed that the parties, to the extent that they thought about the matter at all, would expect that the local law of state where the land is situated would be applied to determine many of the issues arising under the contract. The rule furthers the choice-of-law values of certainty, predictability and uniformity of result and, since the state where the land is situated will be readily ascertainable, of ease in the determination of the applicable law” (Restatement of the Law, Second, Conflicts of Laws, *op. cit.*, Sec. 189).

¹²² *Roselló Puig v. Rodríguez Cruz*, *cit.*

¹²³ 8 DPR 580 (1905),

¹²⁴ J. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign ad Domestic*, 8ª ed., 1883, p. 41.

sus Tribunales deben seguir, al menos en asuntos de divorcio, son naturalmente los que se han desarrollado en los Estados Unidos”.

Posteriormente, en el asunto *López v. Fernández*¹²⁵, se acudió directamente a la aplicación de leyes del Congreso, especialmente la sección 5 de la Ley Jones, la cual dispone: “Todos los ciudadanos de los Estados Unidos que han residido... en la Isla por un año serán ciudadanos de Porto Rico”. El Tribunal expresó que, ante este lenguaje, es “inevitable la conclusión de que en la interpretación y aplicación del art. 9 Cc debía prevalecer la doctrina del domicilio y no la de la nacionalidad”.

A estos casos debe agregarse el asunto *Colón v. Registrador*¹²⁶, esta vez en el marco de un conflicto entre un “estatuto personal” y un “estatuto real”. La cuestión debatida era “si el tutor español de menores españoles, con residencia en España tanto el tutor como los menores, que ha sido debidamente autorizado por el Consejo de Familia como lo exige el Código Español para proceder a la cancelación de una hipoteca sobre bienes inmuebles radicados en Puerto Rico ... debe o no obtener una orden de una corte de distrito insular que lo autorice para ello de conformidad con los preceptos de la ley local”. El Juez Hutchison, ponente del tribunal, expuso el dilema en términos tajantes al expresar: “Debemos, francamente y sin reserva mental alguna, aceptar o rechazar rotundamente la aplicación de la regla americana de *lex rei sitae* como la verdadera norma que ha de seguirse al determinar la capacidad legal de las partes en transacciones sobre bienes inmuebles”. El tribunal adoptó esa regla, pero hizo claro que la selección no se basaba en “los méritos intrínsecos de tal o cual teoría considerada en abstracto”, sino en “condición[es] política[s] y relaciones comerciales futuras de acuerdo con el nuevo estado de cosas creado por virtud del reciente cambio de soberanía”. El Tribunal hizo una comparación inspirada en lo que llamó la “tendencia de la Corte Suprema de Louisiana a ajustarse a los principios de la ley común y a poner en línea las reglas que rigen sus decisiones con las de los demás Estados y de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, y procedió a la “adopción, de una vez por todas,” de la regla americana *lex rei sitae*. El Tribunal expresó, además, que la regla “de modo alguno quebranta la letra o espíritu de nuestro código civil o ningún principio fundamental en que descansa”, o, en cualquier caso, el “espíritu de la revisión recomendada por la Comisión Codificadora con el propósito deliberado de 'aplicar el principio general del derecho americano de que todos los derechos respecto de los bienes inmuebles han de regularse, así en cuanto a la contratación como en cuanto a los derechos hereditarios, por la ley del país en que están sitios”¹²⁷.

¹²⁵ 61 DPR 522 (1943). Vid. A. Fernós, *La ciudadanía nacional de los puertorriqueños*, San Juan P.R., Ed. Situm, 1996.

¹²⁶ 22 DPR 369, 376-377 (1915).

¹²⁷ El caso *Colón* fue criticado justificadamente por varios autores. Uno describió el razonamiento utilizado como “a todas luces espurio, que se afina en deleznales consideraciones de oportunismo y de política y no en sólidos y auténticos fundamentos jurídicos”. G. Velázquez, *Directivas Fundamentales del DIPr*

34. Otra contradicción presente en la jurisprudencia puertorriqueña de DIPr frente al modelo heredado de España tiene su origen en el hecho de que las normas legisladas en esta materia no cubren el espectro completo de los posibles problemas. Así, por ejemplo, estas normas no atienden los conflictos de leyes en materia de responsabilidad civil extracontractual ni, en su mayor parte, los conflictos en materia de contratos. Por esta razón la jurisprudencia puertorriqueña ha tratado conscientemente de atemperar la rigidez del modelo¹²⁸. Concretamente, en el caso de *Viuda de Ruiz v. Registrador*¹²⁹, el Tribunal examinó si el art. 11 Cc, que dispone que “Las formas y solemnidades de los contratos ... se rigen por las leyes del país en que se otorguen”, era de naturaleza potestativa o imperativa. La opinión mayoritaria, fundamentándose principalmente en autoridades civilistas, concluyendo que: “La naturaleza potestativa del art. 11 de nuestro Código Civil es la que más nos satisface. Como ya hemos expresado su utilidad práctica se limitaría con una interpretación contraria”. Por otro lado, en áreas no atendidas por las disposiciones de DIPr del Código Civil, la jurisprudencia estaba libre para moverse, gradualmente, del enfoque tradicional al enfoque moderno de esta materia, sin las limitaciones de normas legisladas anticuadas.

3. Incidencia de la revolución conflictual americana

35. Al igual que en los Estados Unidos de América, el tránsito de un enfoque a otro comenzó en los años sesenta, se completó en los años setenta y ha estado limitado, principalmente, a conflictos de leyes en materia de contratos y de responsabilidad civil extracontractual¹³⁰.

i) El caso que inició la nueva tendencia jurisprudencial fue *Maryland Casualty Co. v. San Juan Racing Association, Inc.*¹³¹, con una controversia típica de conflicto de leyes en materia de contratos de seguros. La póliza de seguro se había emitido en la oficina principal del asegurador en Pensilvania, pero había sido refrendada por el agente local del asegurador en Puerto Rico, en donde se domiciliaba el asegurado y en donde se localizaba el riesgo asegurado. El Tribunal Supremo señaló que el hecho de que la póliza se refrendara en la Isla permitiría aplicar la ley de Puerto

Puertorriqueño, Río Piedras, Junta Editora U.P.R., 1945, pp. 34, 40; E. Vázquez Bote, *Derecho civil de Puerto Rico*, San Juan, Ed. Jurídicas, vol. I-1, 1972, p. 354..

¹²⁸ Vid. en materia de sucesiones, *Cabrer v. Registrador*, 113 DPR 424 (1982), *Armstrong v. Armstrong*, 85 DPR 404 (1962), *Quiñones v. Escalera Irizarry*, 99 DPR 962 (1971), y *Bracons v. Registrador*, 24 DPR 753 (1917).

¹²⁹ 93 DPR 914, 921(1975).

¹³⁰ Extracto del documentado informe de la Comisión conjunta permanente para la revisión y reforma del Código civil de Puerto Rico. Borrador para discusión memorial explicativa del Libro séptimo. Derecho internacional privado. <http://www.leivafemendez.com.ar/Libro%20S%E9ptimo.%20Derecho%20internacional%20privado.pdf>.

¹³¹ 83 DPR 559 (1961).

Rico si se adoptara la regla de que la ley aplicable es la del lugar en el que se ejecutó el último acto necesario para la validez del contrato. Sin embargo, persuadido por precedentes del Tribunal Supremo federal y de tribunales estatales de Estados Unidos, el tribunal descartó las “teorías conceptualistas del lugar de contratación” y fundamentó, con criterios más amplios, la aplicación de la ley de Puerto Rico. Para ello afirmó que “la doctrina que sostiene la aplicación de las leyes del Estado que tiene más contacto, relación más estrecha con el contrato, [se justifica] por el enorme interés que tiene éste en proteger los intereses de sus ciudadanos”. Asimismo enfatizó que ese interés del Estado es particularmente importante en relación con el contrato de seguro, en el cual el asegurado generalmente tiene que aceptar lo que propone la compañía aseguradora.

ii) El segundo caso importante en el que se manifestó la nueva tendencia jurisprudencial fue el ya referido *Viuda de Fornaris v. American Surety Company*¹³², muy similar al caso de *Babcock v. Jackson*, resuelto por un tribunal de Nueva York, el cual marcó el comienzo de la “revolución” en materia de conflicto de leyes en los EE UU¹³³. Versaba el caso de cuatro ciudadanos puertorriqueños que murieron en un viaje de regreso de Saint Thomas cuando el avión privado en el que viajaban, pilotado por su dueño, se estrelló en aguas de Saint Thomas. El avión estaba matriculado en Puerto Rico y era aquí en donde permanecía estacionado regularmente. En la correspondiente acción por muerte ilegal, los demandados invocaron el tope de diez mil dólares que establece la ley de Saint Thomas a la compensación de daños por muerte ilegal. Tras señalar que ni el Código Civil de Puerto Rico ni su predecesor, el Código Civil español, proveen una norma de DIPr en materia de daños y perjuicios, el Tribunal Supremo de Puerto Rico reconoció que la jurisprudencia española había adoptado la regla *lex loci delicti* para resolver tales conflictos. Habida cuenta de los múltiples y dominantes contactos de Puerto Rico con el caso, esta presunción quedó rebatida y se resolvió que la ley aplicable era la de Puerto Rico a partir de la experiencia reciente en el DIPr norteamericano, lo que le permitió reducir la vieja regla *lex loci delicti* a una mera regla presuntiva, que puede ser desplazada fácilmente en los casos con los hechos apropiados. Concretamente el Tribunal se basó en los “intereses” del *locus delicti* de disuadir la conducta ilegal o de reparar sus consecuencias. Así, al hablar de “intereses”, el tribunal allanó el camino para un nuevo enfoque de DIPr menos territorial y menos cuantitativo. Por último, al hablar de *dos* intereses, el de disuadir y el de reparar, el tribunal abrió el camino para separarlos en el futuro y para reconocer que, en algunos casos, el interés del *locus delicti* de reparar puede que no sea tan fuerte como el interés correspondiente de la *lex domicilii*.

¹³² 93 DPR 29 (1966).

¹³³ 191 N.E.2d 279 (1963).

iii) Un tercer caso está referido a materia contractual. Se trata del asunto *Green Giant Co. v. Tribunal Superior*¹³⁴, el cual reiteró que: “La doctrina de los contactos dominantes no responde a criterios cuantitativos. No es el número de contactos lo que determina la ley aplicable sino la calidad de éstos en relación con la cuestión en controversia. Se trata más bien de un proceso analítico en que se evalúan los diversos contactos siguiendo los principios generales o factores que se han formulado por la doctrina científica para dirimir los conflictos de leyes”. De acuerdo con ese análisis, la mayoría de los jueces del tribunal rechazó la aplicación de la legislación laboral puertorriqueña para proteger obreros puertorriqueños que fueron contratados en Puerto Rico para trabajar en Maryland y Delaware. Otro aspecto importante de este caso es que refleja un aumento de la confianza del tribunal en las autoridades estadounidenses al citar a tratadistas como Leflar, Curie y Weintraub, además del Segundo *Restatement* sobre Conflicto de Leyes del *American Law Institute*.

iv) Dos años más tarde, J. Trías Monge¹³⁵, que había disentido de la solución adoptada en el caso anterior, redactó la opinión mayoritaria en *Archilla v. Smith Worldwide Movers, Inc.*, 106 D.P.R. 538 (1981), y refinó la búsqueda de soluciones flexibles traídas de la experiencia comparada. Luego de una exhaustiva discusión de autoridades europeas y americanas, el presidente Trías Monge concluyó que la fórmula flexible del Segundo *Restatement* era más apropiada para este caso en particular, en el cual estaba implicado un contrato de transportación marítima inherentemente complejo.

4. Referencia a los problemas de aplicación de las normas de conflicto

36. El Código civil en su art. 11.3° se limita a insertar la excepción de orden público: “No obstante lo dispuesto en esta sección y en la anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en países extranjeros”. Este precepto, trasunto del Cc español de 1989, ha sido objeto de aplicación y de interpretación en varias decisiones.

¹³⁴ 104 DPR 489, 498 (1975).

¹³⁵ El juez presidente Trías Monge disintió fuertemente en el caso de *Green Giant*, en una erudita opinión en la cual criticó que la opinión mayoritaria ignorara el interés de Puerto Rico de proteger a sus obreros emigrantes. Luego de señalar que el Código Civil no tiene una norma de DIPr en esta materia y que el art. 7 de dicho cuerpo autoriza a recurrir a la equidad para atender ese vacío legislativo, urgió al Tribunal a diseñar un enfoque más flexible para la determinación de la ley aplicable en materia de contratos. Además, abogó por la utilización de un enfoque que estuviera basado en una experiencia comparativa, en lugar de fundamentarse simplemente en la experiencia estadounidense. A esta advertencia le siguió una discusión equilibrada y muy versada de autoridades de América del Sur, de España, de otros países europeos, y de los Estados Unidos de Norteamérica; así como disposiciones pertinentes del Código Bustamante, del Código Civil Español, del Borrador de la Convención de la Unión Europea de Obligaciones Contractuales y del Segundo *Restatement* de Conflicto de Leyes.

En *Colón Aponte v. Registrador*, el Tribunal Supremo advirtió que dicho precepto impide que se lleven a cabo negocios fuera de Puerto Rico con el fin de burlar las leyes prohibitivas de la Isla sobre asuntos que afecten relaciones o bienes en Puerto Rico¹³⁶; en consecuencia se negó a dar validez a un testamento mancomunado, realizado por un matrimonio en un país donde estaba permitido testar de esa manera, mediante el cual se le transfería a la esposa una finca perteneciente a la sociedad de gananciales constituida por ambos y ubicada en Puerto Rico.

Al resolver un conflicto entre las leyes de Puerto Rico y las de Venezuela relacionado con el reconocimiento de un hijo, en *Martínez v. Pérez Viuda de Martínez*¹³⁷ el mismo Tribunal Supremo entendió que, si la ley extranjera aplicable a la controversia contradijera una disposición de orden público de Puerto Rico, se le daría preeminencia al Derecho puertorriqueño porque el art. 11 impide que los tribunales de Puerto Rico pongan en vigor leyes, sentencias o acuerdos de países extranjeros que violen las políticas y buenas costumbres de este país.

37. De conformidad con la Regla 202 (Conocimiento judicial de Asuntos de Derecho) de las Reglas de evidencia de Puerto Rico, adoptadas por el Tribunal Supremo el 9 febrero 2009:

A) El Tribunal tomará conocimiento judicial de: (1) la Constitución y las leyes del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, (2) la Constitución y las leyes de los Estados Unidos de América.

(B) El Tribunal podrá tomar conocimiento judicial de: (1) las Reglas y Reglamentos de los Estados Unidos de América y del Estado Libre Asociado de Puerto Rico (2) las leyes y reglamentos de los estados y territorios de los Estados Unidos de América, y (3) las ordenanzas aprobadas por los municipios del Estado Libre Asociado de Puerto Rico. (4) los tratados en los que los Estados Unidos de América sea parte y apliquen a Puerto Rico.

Como puede observarse dicha Regla no considera el conocimiento judicial de la legislación de un país que no sea los EE UU. Ahora bien la jurisprudencia ha formulado ciertos parámetros interpretativos partiendo de la base que la ley extranjera es idéntica a la local¹³⁸.

5. Anteproyecto del Libro de Derecho Internacional Privado

38. La discusión anterior demuestra que, a pesar de tener un inicio precario, la jurisprudencia puertorriqueña de DIPr ha resuelto la dicotomía entre los elementos

¹³⁶ 67 DPR 17, 23 (1947).

¹³⁷ 88 DPR 443, 454-455 (1963).

¹³⁸ *Esteves v. Registrador*, 43 DPR 7, 9 (1932). *Vid.* la opinión concurrente de 30 de enero de 1976 en *Futurama Import Corp. v. Trans Caribbean*, 104 DPR 609 (1976). “Aun cuando adoptemos el criterio de que no es necesario traer prueba de la ley extranjera, encontramos que la ley de Islas Virgenes es igual a la nuestra” [*In the Matter of Hutchins*, 8 V.I. 181 (1971)].

españoles y los estadounidenses. Esto lo ha logrado mediante el ejercicio de su facultad para tomar ideas de ambos sistemas, sin preferencias o juicios preconcebidos, y guiado solamente por los méritos de las soluciones que presentan uno y otro lado de la doctrina y por las circunstancias del caso particular. Con este propósito se elaboró un borrador del Libro de DIPr cuyo origen fue una propuesta elaborada entre 1987 y 1991 bajo el auspicio de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación presidida a la sazón por el ex juez presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, don José Trías Monge. La propuesta, titulada *A Projet for the Codification of Puerto Rican Private International Law*, fue debatida extensamente, enmendada y adoptada por un Comité Especial de la Academia¹³⁹. El comité estuvo presidido por el ex juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, don Lino Saldaña. El profesor Arthur T. von Mehren, Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, fue consultor del comité y el profesor Symeon C. Symeonides, Catedrático y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Willamete fue el Relator o “Rapporteur” de esta valiosa aportación. Con posterioridad los trabajos fueron entregados a la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico¹⁴⁰.

El proyecto de Libro séptimo del Código civil está firmemente anclado en la experiencia local y toma la profunda sabiduría de la jurisprudencia puertorriqueña. Sin embargo, también aprovecha la vasta experiencia acumulada por los tribunales estadounidenses, principalmente, al evitar sus errores y sus excesos. Más importante aún, este Libro se sirve de la rica experiencia codificadora de los ordenamientos civilistas europeos y americanos, y es verdaderamente el producto genuino de una investigación comparada objetiva, extensa y exhaustiva. Para examinar la rica experiencia latinoamericana en la codificación del derecho internacional privado

39. En atención a la tradición civilista y al alcance del Código civil puertorriqueño, este Libro solamente atiende el asunto de la ley aplicable. Los asuntos de jurisdicción y de reconocimiento de sentencias extranjeras deben atenderse en el ordenamiento procesal y en otras leyes. Aunque se consultaron todas estas fuentes, este Libro está muy lejos de estar subordinado a alguna de éstas. A pesar de ciertas similitudes terminológicas con otras codificaciones, este es un Libro verdaderamente distinto e independiente. Un ejemplo de su universalidad y de su particularidad se encuentra en el importantísimo Artículo –artículo general y supletorio– el cual

¹³⁹ El Comité estuvo presidido por el ex juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, don Lino Saldaña. El profesor Arthur T. von Mehren, Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, fue consultor del Comité y el profesor Symeon C. Symeonides, Catedrático y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Willamete fue el Relator o “Rapporteur”.

¹⁴⁰ *Vid.* la ponencia presentada por la directora ejecutiva de la Comisión, Lcda. Marta Figueroa Torres, en torno al borrador del libro séptimo sobre Derecho Internacional Privado del Código civil de Puerto Rico revisado, 20 abril 2007. <http://www.oslpr.org/v2/PDFS/Borrador%20Codigo%20Civil%20Updated/7-Libro%20Septimo%20El%20registro%20del%20estado%20civil%20de%20las%20personas%20naturales%20y%20de%20otras%20constancias%20demograficas/02PONE~1.pdf>.

refleja que el objetivo del proceso de determinación de la ley aplicable es identificar y aplicar la ley del Estado que “tiene la conexión más significativa con las partes y la disputa en relación con el problema de que se trata...”. La frase enfatizada se parece a la frase “relación más significativa” del Segundo *Restatement* (secciones 5, 188, 222, 283 y 291). Al mismo tiempo, la frase “conexión más significativa” del artículo es parcialmente diversa de todas las formulaciones antes citadas. Por ejemplo, la expresión “más significativa” invita a hacer un análisis más cualitativo y tiene menos connotación territorial o física que las expresiones “más fuerte” o “más cercano”, usadas en las formulaciones europeas. En cierta medida, estas diferencias y similitudes pueden reflejar las influencias europeas y las americanas en esta materia. Sin embargo, es más importante notar que las palabras “conexión más significativa” y el objetivo que éstas persiguen encuentra apoyo en la jurisprudencia puertorriqueña de DIPr, particularmente en el lenguaje de “contactos dominantes” usado en *Maryland Casualty*, *Viuda de Fornaris* y *Green Giant*. Aun así, el lenguaje de la nueva formulación difiere lo suficiente para que sea menos vulnerable a una interpretación errónea que invite a hacer un conteo mecánico o cuantitativo de contactos, o a una mera localización geográfica de la disputa. Este Libro de DIPr incorpora la doctrina jurisprudencial de *Viuda de Fornaris* y la de otros casos del Tribunal Supremo de Puerto Rico, la desarrolla y adopta un enfoque menos territorial y menos cuantitativo. Se trata de un enfoque fundamentado en la experiencia puertorriqueña que, a la vez, recoge los mejores elementos de ambos lados del Atlántico, sin someterse ciega o automáticamente a las autoridades jurídicas estadounidenses o españolas¹⁴¹.

Respecto al alcance y a la estructura de este Libro, en armonía con la tradición civilista I de Puerto Rico, atiende sólo el aspecto de la ley aplicable en los casos con elementos extranjeros y no el asunto de la jurisdicción adjudicativa interestatal o internacional, ni el del reconocimiento de sentencias extranjeras.

Este Libro se estructura en de cuarenta y ocho artículos organizados en seis títulos: Título I (Disposiciones generales), Título II (Las instituciones familiares), Título III (Derechos reales), Título IV (Derecho de obligaciones y contratos), Título V (De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia) y Título VI (Derecho de sucesiones) que consta de 48 artículos acompañados de extensos comentarios en español y en inglés. El Anteproyecto se completó en 1991 y debía ser presentado a la legislatura Puerto Rico el año siguiente. Por razones que no tenían nada que ver con el texto y todo que ver con la política de Puerto Rico, la introducción de esta iniciativa a la legislatura se retrasó año tras año. Más de una década después, las perspectivas de la promulgación legislativa parecen tan inciertas como nunca, aunque muchos operadores jurídicos de la Isla en ocasiones expresan renovado interés en ella. A pesar de su estado inerte, sin embargo, el proyecto merece la atención de los estudiosos y legisladores fuera de la Isla de la Commonwealth. De hecho, una

¹⁴¹ Extracto del Borrador para discusión memorial explicativa del libro séptimo. Derecho internacional privado, *loc. cit.*

jurisdicción estadounidense que ha echado un vistazo más de cerca a este Proyecto ha considerado digno de ser imitado¹⁴².

VII. Reconocimiento y ejecución de decisiones

1. Antecedentes

40. La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 13 de mayo de 1855, y la posterior de 3 de febrero de 1881 y extendida en su nueva forma a Puerto Rico el 25 de setiembre de 1885, disponía en sus arts. 951 a 958 (correspondientes a los arts. 922 a 929 de la ley anterior, vigente en Puerto Rico desde 1865) la manera y circunstancias en que podría darse cumplimiento en el país a las sentencias extranjeras. En ausencia de tratado, se sentaba el principio de la reciprocidad: las sentencias extranjeras tendrían la misma fuerza que se les diese en la nación concernida a las ejecutorias dictadas en España. Las sentencias tenían que ser lícitas en España y Puerto Rico y, entre otros requisitos, no podían haber sido dictadas en rebeldía. Al efecto, disponía que “[E]n ausencia de tratado, se sentaba el principio de la reciprocidad; las sentencias extranjeras tendrían la misma fuerza que se les diesen la nación concernida a las ejecutorias dictadas en España. Las sentencias tenían que ser lícitas en España y Puerto Rico y entre otros requisitos no podían haber sido dictadas en rebeldía”¹⁴³.

41. Tras la invasión norteamericana en 1898, la referida Ley de Enjuiciamiento Civil se mantuvo vigente por muy poco tiempo. Las variadas enmiendas que el nuevo régimen impuso en el nuevo Código de Enjuiciamiento Civil de 1904 no incluían disposición alguna sobre el exequátur. Un año más tarde, la Ley de Evidencia proveyó un mecanismo para la ejecución de sentencias extranjeras¹⁴⁴. El

¹⁴² En 2001, el Estado de Oregón promulgó una ley sobre elección de la ley para los contratos cuyo modelo que se basa sustancialmente en estos preceptos. Vid. S.C. Symeonides, “Codifying Choice of Law for Contracts: The Puerto Rico Project”, J. Nafziger, Isla s. Symeonides (eds.), *Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren*, Ardsley, N.Y., Transnational Publishers., 2002, 419–437; *id.*, “Oregon’s New Choice-of-Law Codification for Tort Conflicts: An Exegesis”, *Oregon L. Rev.*, vol. 88, nº 4, 2009, pp. 965–1045.

¹⁴³ Vid. *Efectos Litográficos, C.A. v. National Paper Isla Type Company of Puerto Rico*, 112 DPR 389 (1982). En esta decisión el Tribunal Supremo de Puerto Rico fijó ciertos requisitos: (a) que la sentencia extranjera se haya dictado por un tribunal con jurisdicción sobre la persona y el asunto; (b) dictada por un tribunal competente; (c) que se haya observado el debido proceso de ley; (d) que el sistema bajo el cual se dictó la sentencia haya sido imparcial y sin prejuicio; y (e) que el resultado de la sentencia no sea contraria al orden público local ni haya sido obtenida por fraude. Asimismo, *vid. Mench Fleck v. Mangual Gonzalez*, 161 DPR 851 (2004).

¹⁴⁴ A. Cruz Vélez, “Redefinición de los Criterios aplicables al Reconocimiento de las Sentencias Extranjeras en Puerto Rico: Efectos Litográficos v. National Paper”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 52, 1983, pp. 829 ss; J.C. Gómez Escarce, “El exequátur puertorriqueño en *Roseberry v. Registrador*”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 54, 1985, pp 839.

Código de Enjuiciamiento Civil de 1904 no incluyó disposición alguna sobre el exequátur o procedimiento para autorizar la ejecución de una sentencia extranjera, pero la Ley para reglamentar la presentación de evidencia en los procedimientos civiles, de 9 de marzo de 1905 estableció en su art. 66 una regla al efecto adoptada de la normativa californiana¹⁴⁵. Por último, en la edición del Código de Enjuiciamiento Civil de 1933, este artículo de la Ley de Evidencia recibió el n° 428. Otros artículos de la Ley de Evidencia, que también trataron sobre aspectos del exequátur, también fueron incluidos en la referida edición del Código de Enjuiciamiento Civil.

2. Líneas generales del sistema vigente

A) Aspectos generales

42. Para el Tribunal Supremo de Puerto Rico “por razón de su propia esencia, el principio de soberanía conduce al rechazo de la efectividad automática de las sentencias y órdenes dictadas por los tribunales de un estado o país extranjero”. Y, de conformidad con este postulado, “la mayor parte de las naciones del mundo civilizado requiere el reconocimiento y la convalidación de las sentencias extranjeras por los tribunales del foro donde se pretende hacer efectiva la misma. El procedimiento para dicho reconocimiento y convalidación ha sido tradicionalmente denominado como exequátur¹⁴⁶ y su finalidad es “garantizar el debido proceso de ley a las partes afectadas por la ejecutoria extranjera y conceder a éstas una oportunidad razonable para presentar sus defensas y ser escuchadas¹⁴⁷. Las reglas fueron sistematizadas como sigue: a) que la sentencia extranjera haya sido dictada por un tribunal con jurisdicción sobre la persona y el asunto que sea objeto de la misma, b) que la sentencia haya sido dictada por un tribunal competente; c) que se haya observado el debido proceso de ley por el tribunal que emitió la sentencia; d) que el sistema bajo el cual se dictó la sentencia se distinga por su imparcialidad y ausencia de prejuicio contra los extranjeros; e) que la sentencia dictada en el extranjero no sea contraria al orden público del foro requerido o local, que no sea contraria a los principios básicos de la justicia y que no haya sido obtenida mediante fraude¹⁴⁸”.

B) Reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia de 2009

43. Con posterioridad, mediante la aprobación de las Reglas de Procedimiento Civil y las Reglas de Evidencia de 1979 se derogaron la mayoría de los artículos del Código de Enjuiciamiento Civil, entre ellos el art. 428 del Código de Enjuiciamiento

¹⁴⁵ Vid. M.C. Feuillade, “El exequatur en las nuevas reglas de procedimiento civil para el Tribunal General de Justicia de Puerto Rico”, *Rev. Jur. Universidad de Puerto Rico*, vol. 79, pp. 1067 ss, esp. nota 6.

¹⁴⁶ *Márquez Estrella, Ex parte*, 128 DPR 243 (1991)

¹⁴⁷ *Efectos Litográficos v. Nat. Paper & Type Co.*, 112 DPR 389, 395-396 (1982).

¹⁴⁸ *Silva Oliveras v. Dúran Rodríguez*, 119 DPR 254 (1987) y *Márquez Estrella, Ex parte*, 128 DPR 250 (1991).

to Civil y por ende el art. 66 de la antigua Ley de Evidencia. Ello obedeció a todas luces al criterio de que el exequátur representa una materia sustantiva que debe ser parte de la sección del Código Civil que trata de normas referentes al Derecho internacional privado. Además, que la Regla 72 de Procedimiento Civil derogó la LEC para España y Ultramar. Ello dejó a Puerto Rico sin normativa sobre el exequátur, durante muchos años. Dado que no existía en Puerto Rico norma escrita sobre la temática y la realidad sociológica reclamaba una respuesta de cooperación jurisdiccional internacional. Ya el Tribunal Supremo se había tomado el trabajo de aclarar que el establecimiento de los requisitos del exequátur de forma jurisprudencial se daba “en ausencia de tratado o legislación especial aplicable”¹⁴⁹.

El 4 de septiembre de 2009 fueron aprobadas las nuevas reglas de Procedimiento Civil para el Tribunal General de Justicia, entre las que se encuentran las que regulan el trámite de exequátur y que comenzaron a regir el 1 julio 2010¹⁵⁰. La Regla de Procedimiento Civil 55.1 concibe el exequátur como el “procedimiento de convalidación y reconocimiento judicial de una sentencia de otra jurisdicción por los tribunales del foro donde se pretende hacer efectiva. Su trámite puede ser ex parte u ordinario”. Como puede observarse se deja claro que convalidación y reconocimiento son dos conceptos distintos, donde la validez constituye un requisito para el reconocimiento.

i) Alegaciones: Están reguladas en la Regla 55.2, según la cual la parte solicitante del exequátur deberá presentar al Tribunal de Primera Instancia uno de los siguientes escritos: a) demanda presentada contra todas las demás personas afectadas por la sentencia de otra jurisdicción cuya convalidación y reconocimiento se solicita; b) solicitud ex parte suscrita bajo juramento por todas las personas afectadas por la sentencia de otra jurisdicción cuya convalidación y reconocimiento se solicita. En los supuestos en que puedan afectarse los intereses de menores o personas incapacitadas, deberá incluirse en la demanda o en la solicitud ex parte a la madre y padre con patria potestad o al (a la) tutor(a) del (de la) menor o persona incapacitada¹⁵¹.

ii) Documentación: Deberá presentarse al tribunal la demanda o la solicitud ex parte acompañada de los documentos siguientes: a) copia certificada, legible, completa y en cumplimiento con los requisitos de las Reglas de Evidencia de la sentencia cuya convalidación y reconocimiento se solicita; b) Traducción fiel y exacta al idioma español de la sentencia en caso de no haber sido redactada originalmente en el idioma español o en el idioma inglés. (Regla 55.3)¹⁵².

¹⁴⁹ *Efectos Litográficos v. National Paper & Type Co.*, 112 DPR 389, 404 (1982).

¹⁵⁰ Regla 74 de Procedimiento Civil, 32A LPRA Ap. V, R. 74 (2009).

¹⁵¹ Regla 55.2 de Procedimiento Civil, 32A LPRA Ap. V, R. 55.2 (2009).

¹⁵² Esta Regla responde básicamente a la elaboración jurisprudencial. *Vid. Elba Otero Vega v. Genaro Antonio Tejada Pérez*, KLAN200601555 (TA) (31 de agosto de 2007). Debe tenerse en cuenta que de

Una cuestión importante es que se solicita copia certificada, cuando la regla general para los documentos no provenientes de los EEUU es la copia legalizada, ya que las certificaciones conceptualmente no trascienden los trámites internos. Tal vez, así como en la Regla 55.5 se distingue entre aquellas sentencias provenientes de los EE UU¹⁵³, aquí también debería haberse hecho la distinción.

Para la circulación de documentos extranjeros lo propio es la legalización y autenticación, encontrando su excepción solamente en los casos de los ámbitos Convencionales que simplifican o eximen de tal requerimiento, más allá de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico y sus concordantes dentro del ordenamiento interno y del ordenamiento federal con el sistema de presunciones de legitimidad de documentos y la jurisprudencia existente en la materia, cuyo análisis profundo excede el marco de este artículo. Dígase, entonces, que para todo documento que provenga de fuera de los EEUU, el trámite ordinario será la cadena de legalizaciones por la vía diplomática y la simplificación en aplicación de la Convención de la Haya de 1961 Sobre la Supresión de la Exigencia de Legalización de los actos Públicos Extranjeros, dentro de su ámbito de aplicación.

Sobre el requisito de traducción, es importante aclarar que siempre es preferible que se cumpla dentro del país donde se solicitara el exequátur, debido a que, si se ha realizado en el extranjero, también deberá solicitarse la legalización del traductor que ha intervenido.

iii) Notificaciones: Además de notificar a las personas afectadas por la sentencia cuya convalidación y reconocimiento se solicita también deberá notificarse con copia de la demanda o de la solicitud ex parte a los(las) funcionarios(as) públicos que se refieren a continuación: a) al Procurador o Procuradora de Asuntos de Familia, en todo caso en que puedan ser afectados los intereses de menores o de personas incapacitadas; b) al Ministerio Público, en todo caso en que, a los fines de lograr su posterior inscripción en el Registro de la Propiedad, se solicite la convalidación de las sentencias a las cuales se refiere el art. 45 de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad; c) al Secretario o Secretaria de Justicia de Puerto Rico, en todo caso en que, a juicio del tribunal, se trate un asunto de máximo interés público para que pueda comparecer en representación del Estado Libre Asociado de Puerto Rico si así lo desea (Regla 55.4).

acuerdo con la Regla 902 (D) de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 2009: "Documento presuntamente otorgado o firmado en su capacidad oficial por una persona autorizada por las leyes de un país extranjero para su otorgamiento. Éste deberá estar acompañado de una certificación final sobre la autenticidad de la firma y el cargo oficial de (1) la persona que lo otorga o certifica, o (2) cualquier persona funcionaria cuyo certificado de autenticidad y el cargo oficial trata el otorgamiento o certificación. El documento puede también ser parte de una cadena de certificados de autenticidad de la firma y puesto oficial relacionados con el otorgamiento o certificación por autoridad competente en cumplimiento con lo establecido en el Tratado de la Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961".

¹⁵³ Regla 55.5 de Procedimiento Civil, 32A LPRA Ap V, R. 55.5 (2009).

Asimismo, existen especiales requerimientos en el Derecho registral hipotecario. Establece en el art. 45 de la Ley Registral Hipotecaria, la necesidad previa del exequátur de las sentencias extranjeras. A este efecto la Regla 55.4 en su inciso (b) requiere notificación con copia de la demanda o de la solicitud *ex parte*:

La notificación internacional tendrá dos vertientes, aquella que se deriva de las normas que indiquen las leyes rituales internas y el plano Convencional, que para el caso de los EEUU y por lo tanto del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, estará centrado en la Convención de la Haya de 1965 sobre la comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales, en materia civil y comercial y la convención Interamericana sobre exhortos y cartas rogatorias, realizada dentro del marco de la CIDIP I, de Panamá, en 1975. Si se ha cumplido con los requerimientos que establecen las Convenciones de las que EEUU forma parte, no podrá alegarse indefensión.

iv) Procedimiento: El tribunal, una vez resueltas las cuestiones de índole procesal que sean pertinentes, determinará si la sentencia de otra jurisdicción cumple con las normas siguientes establecidas en la Regla 55.5), según se trate de una sentencia de un Estado de EE UU o sus territorios o de una sentencia dictada en otra jurisdicción que no sea un Estado de este país o sus territorios.

En el primer caso (sentencias de EE UU): 1) que se haya dictado por un tribunal con jurisdicción sobre la persona y el asunto que sea objeto de la misma¹⁵⁴; 2) que el tribunal que la emitió haya observado el debido proceso de ley, y 3) que no haya sido obtenida mediante fraude. Desde hace tiempo, el Tribunal Supremo había establecido que, con carácter general, las sentencias provenientes de EE UU son acreedoras de entera fe y crédito, independientemente de lo que sea la política pública y las disposiciones legales de Puerto Rico sobre la materia o asunto de que se trate¹⁵⁵. Sin embargo, no por ello están exentas del trámite de exequátur. También se ha aclarado que deben cumplirse con los requisitos formales y procesales, especialmente la existencia de jurisdicción internacional del juez sentenciador, el control de las garantías de defensa en juicio y la posible obtención del fallo mediante fraude.

En el segundo caso (otros Estados): 1) que se haya dictado por un tribunal con jurisdicción sobre la persona y el asunto que sea objeto de la misma; 2) que se haya dictado por un tribunal competente; 3) que el tribunal que la emitió haya observado los principios básicos del debido proceso de ley; 4) que el sistema bajo el cual fue dictada se distinga por su imparcialidad y por la ausencia de prejuicio contra las personas extranjeras; 5) que no sea contraria al orden público; 6) que no sea contraria a los principios básicos de justicia, y 7) que no se haya obtenido mediante fraude.

¹⁵⁴ Cabe retener que en el sistema estadounidense, la *personal o territorial jurisdiction*, tomadas como competencia judicial internacional, se asientan sobre la base de suficiencia de contactos con el foro para asumir el caso.

¹⁵⁵ *Márquez Estrella*, 128 DPR en la pág. 256.

Encontramos en la Regla 55.5 el fraude a la ley, en los puntos (a) (3) y (b) (7), los principios básicos de justicia en el punto (b) (6) y el orden público, en el punto (b) (7)¹⁵⁶. De la lectura de la norma parecería que no existe posibilidad o al menos no es una cuestión a analizar, si una sentencia proveniente de los EEUU atenta contra principios básicos de justicia o contra el orden público. La expresión que alude a los *principios básicos de justicia*, sin lugar a dudas creemos que debe interpretarse desde un orden público procesal internacional. Este orden público lo denominamos adjetivo. En él, se pondrá énfasis en las garantías consagradas y ya mencionadas más arriba, siendo esencial el haber accedido a la tutela judicial y a unas garantías procesales efectivas. El Tribunal Supremo ha dado parámetros del límite al reconocimiento diciendo que la aceptación de la sentencia extranjera “estará limitada por consideraciones de orden público, orden constitucional, los intereses, principios y valores del Estado o país del foro donde se promueve el reconocimiento”¹⁵⁷.

v) Ejecución: La ejecución de la sentencia de otra jurisdicción reconocida y convalidada se tramitará en conformidad con las disposiciones del ordenamiento procesal vigente para la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de Puerto Rico (Regla 55.6).

B) Doctrina del Tribunal Supremo

44. Las anteriores reglas se complementan con los criterios establecidos por la doctrina del Tribunal Supremo, a saber:

i) Prohibición de revisión del fondo: El principio de no revisión de fondo ha sido claramente establecido por el Tribunal Supremo en diferentes fallos, destacamos entre ellos el caso *Helen Mench Fleck v. Felix L. Mangual Gonzalez*, donde expresamente se ha dicho: “El propósito de la acción de reconocimiento o de exequátur es el de garantizar el debido proceso de ley a las partes afectadas por la ejecutoria extranjera y conceder a estas una oportunidad razonable para presentar sus defensas y ser escuchadas. Empero, el tribunal ante el cual se practique dicho procedimiento no podrá entrar a considerar los méritos de una sentencia extranjera. Dicho tribunal se limitará, luego de resolver los planteamientos de índole procesal que sean pertinentes, a determinar si la sentencia extranjera cumplió con todas las normas de Derecho internacional privado”¹⁵⁸. Por consiguiente el tribunal ante el cual se prac-

¹⁵⁶ *Márquez Estrella*, 128 DPR, p. 250 “[q]ue la sentencia dictada en el extranjero no sea contraria al orden público del foro requerido o local, que no sea contraria a los principios básicos de la justicia y que no haya sido obtenida mediante fraude”.

¹⁵⁷ *Márquez Estrella*, 128 DPR, p. 257.

¹⁵⁸ *Mench Fleck*, 161 DPR en la p. 856. En el caso *Efectos Litográficos*, se ha dicho: “Tal revisión puede ocurrir únicamente de modo incidental, como medio tan solo para determinar el cumplimiento con criterios tales como el de la consonancia con el orden público” (112 DPR, p. 400), para aclarar nuevamente dos

tique dicho procedimiento no podrá entrar a considerar los méritos de una sentencia extranjera. “Dicho tribunal se limitará, luego de resolver los planteamientos de índole procesal que sean pertinentes, a determinar si la sentencia extranjera cumplió con todas las normas de DIP”¹⁵⁹.

ii) Supresión de la reciprocidad: A pesar de que en varios países subsiste la doctrina de la reciprocidad, no se considera procedente el retorno al sistema imperante sobre este particular en Puerto Rico hacia fines de siglo. Es cierto que esta doctrina favorece que otros países puedan tender a reconocer y autorizar el cumplimiento de las sentencias extranjeras, pero no siempre ha promovido la unidad internacional y, por lo demás, sacrifica otros valores significativos que hemos reseñado. Resulta mucho más preferible la continuada expansión del movimiento en respaldo de la aceptación, aunque sea unilateral, del exequátur, con determinadas limitaciones¹⁶⁰.

3. Proyecto de Ley de Procedimiento de Exequátur del Estado Libre Asociado de Puerto Rico

45. La Cámara de Representantes presentó un Proyecto con el objeto de crear una Ley de Procedimiento de Exequátur del Estado Libre Asociado de Puerto Rico que consolidara la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el asunto *Efectos Litográficos*¹⁶¹

Esta Propuesta unifica el sistema de convalidación de sentencias al establecer que “las emitidas por un estado de los EE UU o sus territorios, o en otro país extranjero, que correspondan adjudicarse en el Tribunal General de Justicia, podrán ser convalidadas mediante el procedimiento que dispone esta Ley”. También presta atención a los actos extrajudiciales oficiales. La solicitud de exequátur será ordinaria (contra todas las demás personas afectadas por la sentencia extranjera o acto oficial extrajudicial cuyo reconocimiento y convalidación se solicita) o ex parte (suscrita bajo juramento por todas las personas afectadas por la sentencia extranjera o acto oficial extrajudicial cuyo reconocimiento y convalidación se solicita) junto con copia certificada, legible, completa y en cumplimiento de las Reglas de Evidencia de la sentencia o acto oficial extrajudicial cuyo procedimiento y convalidación se solicita. También presta atención a las notificaciones, al procedimiento y a la ejecución. Como novedad se regula la eventualidad de revisión de las sentencias extranjeras.

párrafos más adelante: “Las sentencias extranjeras podrán examinarse en su fondo como medio tan solo para precisar la existencia de factores limitativos del exequátur”. Sin lugar a dudas creemos que es difícil trazar una clara línea divisoria entre la razón que sirvió de fundamento para iniciar la revisión de fondo de las sentencias extranjeras y aquella que sirve de fundamento para regular el respeto al orden público del requerido.

¹⁵⁹ *Efectos Litográficos v. Nat. Paper & Type Co.*, 112 DPR 389, 395-396 (1982).

¹⁶⁰ *Ibid.*, 112 DPR pp. 339-340.

¹⁶¹ Proyecto de la Cámara 1189, 17 mayo 2013, <http://senado.pr.gov/Lecturas%202013/01-21-14%20II.pdf>.

POURQUOI LA RÉPUBLIQUE DOMINICAINE A-T-ELLE BESOIN D'UNE LOI DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE ?

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Sommaire: I. Caractère non exhaustif et dispersé du système de droit international privé. 1. Compétence juridictionnelle internationale. 2. Détermination du droit applicable. 3. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères. II. Caractères inadapté et obsolète du Code Bustamante. III. Panorama du régime conventionnel. IV. Vers une réforme du système. 1. Facteurs déterminants. 2 Lignes directrices du projet de loi de droit international privé.

I. Caractère non exhaustif et dispersé du système de droit international privé

La République dominicaine ne dispose pas de loi particulière qui régle au moins une part substantielle des problèmes inhérents aux transactions juridiques extérieures. En général, les diverses matières qui conforment le contenu du droit international privé (DIPr) : détermination de la compétence des tribunaux dominicains (1), détermination de la législation applicable aux affaires qui comportent une élément étranger (2) et reconnaissance et exécution de décisions prononcées à l'étranger (3) font l'objet d'une réglementation vraiment lacunaire et appartiennent à divers corps juridiques, ce qui suscite de graves difficultés pour apporter une réponse cohérente fondée sur les solutions disponibles.

1. Compétence juridictionnelle internationale

La compétence juridictionnelle du juge dans une affaire liée à l'étranger est capitale dans tout système d'Etat de DIPr. Cependant, en République dominicaine, il n'existe pas de régulation des questions de compétence juridictionnelle internationale, hormis les dispositions des art. 14 et 15 du Code civil¹ (puisque l'art. 16, rela-

¹ Il s'agit de la traduction littérale du Code civil français de 1804 : Art. 14 : "Un étranger, même non-résident dans la République, pourra être cité devant ses tribunaux, pour l'exécution des obligations par lui contractées dans la République avec un dominicain; il pourra être traduit devant les tribunaux pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des dominicains". Art. 15 : "Un dominicain pourra être traduit devant un tribunal de la République, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger".

tif à la *cautio iudicatum solvi*, a été modifié par la Loi 845, de 1978²). Face au manque de règles expresses dans le code de procédure civile, les opérateurs juridiques doivent s'en remettre à un ensemble d'éléments provenant de la jurisprudence des tribunaux dominicains, qui reflète un panorama assez confus et prête souvent à confusion³.

Cette lecture marque l'existence de deux critères généraux. D'une part, l'indépendance dans le traitement des conflits de lois et des conflits juridictionnels et d'autre part, le caractère dominant de la juridiction dominicaine qui se considère comme pleine et incontournable. Pour les tribunaux dominicains, les solutions en la matière répondent à une conception large de la notion de compétence juridictionnelle selon laquelle celle-ci est intimement liée à la souveraineté nationale. Elle est matérialisée dans les aspects suivants :

i) La transposition pure et simple au niveau international de la vis attractiva dont dispose la juridiction ordinaire dans le domaine interne (art. 59 du Code de procédure civile) pour affirmer, de cette manière, le caractère exclusif et exclusif dont jouit (face aux juridictions étrangères) la juridiction nationale pour connaître toutes les affaires civiles qui surviennent en République dominicaine. Ceci a abouti à de nombreuses reprises à l'application de critères de délimitation de compétence territoriale aux affaires liées à d'autres pays. Toutefois, cette orientation fut nuancée après l'adoption de la Loi n° 834/1978, qui modifie le code de procédure civile, en insérant à l'art. 24 la possibilité, si le juge "estime" que l'affaire relève d'une juridiction étrangère, d'orienter les parties pour que celles-ci "recourent" à la juridiction pertinente⁴. Indépendamment de la formulation bilatérale du précepte, il apparaît inadapté aux affaires à caractère international, il n'existe pas d'expérience pratique de son application.

ii) L'attribution de la compétence aux tribunaux dominicains peut déroger à la volonté privée lorsque les parties se soumettent à un tribunal étranger. C'est une possibilité restreinte qui ressort de l'art. 20.2° de la Loi n° 834 : au sujet de l'incompétence d'office, le texte établit que « Devant la Cour d'appel et devant la Cour de cassation, ce défaut de compétence ne pourra être déclaré d'office que si l'objet (...), ou échappe à la connaissance de tout tribunal dominicain ». Dès lors, au cours de l'élaboration de leur contrat, si les parties décident de donner compé-

² Loi n° 834, que abroge et modifie certaines dispositions en matière de procédure civile et intègre les réformes les plus récentes et les plus avancées du Code de procédure civile français, du 15 juillet 1978 (*Gaceta Oficial*, n° 9478).

³ J.M. Castillo Roldán, "Competencia judicial internacional en la República Dominicana", <http://juanmi-castilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia-judicial-internacional-en.html>, 13 juin 2013.

⁴ Art. 24 : "Quand le juge estime que le sujet relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il se contente de déclarer que les parties recourent à la juridiction correspondante. Dans tous les cas, le juge qui se déclare non compétent désigne la juridiction qu'il estime compétente. Cette désignation s'impose aux parties et au juge de renvoi".

tence à un tribunal étranger pour résoudre toute difficulté liée à son exécution, le juge dominicain ne pourra décliner l'affaire, dans la mesure où la partie défenderesse le demande. Dans ce cas de figure, il sera nécessaire *prima facie* que l'exception déclinatoire correspondante soit invoquée par quelqu'un, puisqu'il s'agit d'une compétence prorogée de manière conventionnelle, et par conséquent, relevant de l'intérêt privé. De manière plus explicite, l'art. 12 de la Loi n° 489-08 relative à l'arbitrage commercial admet sans équivoque l'exception déclinatoire de compétence arbitrale quand il existe dans le contrat une clause de soumission à l'arbitrage et que les effets de la soumission aux tribunaux de l'Etat étranger ne sont pas régulés dans le code de procédure⁵.

2. Détermination du droit applicable

Du point de vue du droit applicable, le système repose sur l'art. 3 du Code civil, qui reflète ce même précepte du Code civil français, dont l'insuffisance n'a pas été palliée par l'adoption de dispositions postérieures. Le caractère obsolète de la régulation des questions relatives au droit applicable est dû au fait que la solution introduite par l'art. 3 du Code Napoléon de 1804 subsiste. Il s'agit d'un fidèle héritage de ce que l'on a baptisé la théorie des statuts⁶. Conformément à ce précepte :

« Les lois de police et de sécurité s'imposent à tous les habitants du territoire. Les biens immeubles, même s'ils sont détenus par des étrangers, sont régis par le droit dominicain. Les lois qui se réfèrent à la capacité des personnes s'imposent à tous les dominicains, même lorsqu'ils résident dans un pays étranger »

Les caractéristiques de ce précepte peuvent être réduites au nombre de trois. En premier lieu, les évidentes lacunes qu'il contient, notamment le silence qu'il entretient au sujet de la régulation des biens immeubles, de la forme des actes, des contrats et successions; il est certain que ces lacunes avaient au début du XIX^e un faible appui doctrinal et pratique, mais aujourd'hui ce vide n'est absolument pas fondé. En deuxième lieu, la technique de réglementation qu'il introduit, fondée sur la détermination de la sphère d'application spatiale du système de droit. Il s'agit de l'emploi d'une technique fortement unilatérale qui, si elle avait du sens en son temps, est aujourd'hui largement dépassée par l'emploi généralisé dans les systèmes juridiques romain-germaniques de ce que l'on appelle la méthode conflictuelle, fondée sur des règles à caractère bilatéral. Enfin, l'art. 3 auquel il est fait référence se caractérise en ce qu'il fait de la nationalité de la personne une condition pour déterminer le droit applicable aux matières comprises dans ce que l'on a bapti-

⁵ Critère cautionné par les décisions rendues par la Cour Suprême de Justice (SCJ) du 13 décembre 2006 et du 30 janvier 2008. *Vid.* E. Alarcón, *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Librería Jurídica Internacional, 2012; J.C. Fernández Rozas et N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Saint-Domingue, Editorial Funglode, 2013.

⁶ Au sujet du contexte historique de la rédaction de l'art. 3 Cc. français sous Napoléon Bonaparte, *vid.* H. Battifol y P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. 1, 8^e ed., Paris, LGDJ, 1993, n° 272, note 1 et n° 254, note 1.

sé « le statut personnel », remplaçant le lien qui avait généralement préférence en la matière, à savoir; le domicile.

Mais à la différence de ce qui s'est produit en République dominicaine, le système français de DIPr peut servir d'exemple du poids que peut avoir la jurisprudence dans un pays qui de manière paradoxale est représentatif du droit codifié. Comme le soulignait J.D. González Campos lors de la rédaction de l'art. 3 du Code civil, le cœur du système concernant le droit applicable est partagé entre deux idées : la première, que les tribunaux français étaient incompétents pour se prononcer sur des différends entre étrangers; la seconde, qu'ils ne devaient pas connaître des cas qui n'étaient pas régis par la législation française. Ceci a alors justifié la régulation toutefois limitée des affaires de transactions externes contenue dans les trois paragraphes de ce précepte, ainsi que le caractère unilatéral de ses règles⁷. Mais cette double conviction a rapidement évolué, étant donné que les tribunaux français durent appliquer la loi personnelle des étrangers. Ainsi, à partir de l'art. 3 du Code civil, ils développèrent "un véritable système de conflits de lois pour déterminer quel droit étranger est applicable lorsque le droit français ne l'est pas"⁸. Cette situation, bien qu'elle parte du même texte normatif, dont le caractère est "princier" et le contenu livré avec parcimonie, n'a pas trouvé de correspondance, ne serait-ce que de manière minime, dans la jurisprudence dominicaine.

Devant cette lacune du développement prétorien, il est regrettable qu'après plus de 200 ans, le législateur dominicain n'ait pas décidé de s'adapter aux nouveaux courants de codification une fois entrés dans le XXI^e siècle alors que les bases théoriques du droit international privé ont été jetées en Amérique latine et que la pratique apporte alors quotidiennement de nombreux exemples de la problématique réelle que suscitent les transactions juridiques externes. En revanche, des dispositions semées de lacunes qui ne s'adaptent pas aux besoins socio-économiques de notre époque et ne permettent pas un développement flexible de la justice perdurent. Le fait que l'art. 3 du Code civil soit resté en vigueur pendant plus de 150 ans, de manière imperméable aux profondes transformations des transactions juridiques extérieures intervenues depuis lors, nous donne une idée des lacunes du système de droit international privé en matière de détermination du droit applicable.

Le caractère unilatéral de ce précepte, même si cela s'est produit sans la force requise, a été bilatéralisé par la jurisprudence dominicaine en admettant l'application du droit étranger, pour des raisons de réciprocité, lorsque la demande provient de

⁷ Cf. J.D. González Campos, "Sobre la vinculación del juez a la ley en Derecho internacional privado", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, vol. 4, 2002, Madrid, Civitas 2002, pp. 6307-6322.

⁸ H. Battifol y P. Lagarde, *op. cit.*, p. 458; E. Jayme, "Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 177, 1982, p. 24. En évaluant ce précepte, cet auteur pense que malgré le fait qu'il intègre des principes inspirateurs significatifs pour la codification postérieure du DIPr, on ne peut pas considérer qu'il s'agisse d'une authentique manifestation de la codification de ce système juridique.

non-nationaux. C'est dans ce contexte exclusivement, que la jurisprudence (SSCSJ n° 72 du 13 janvier 2006, n° 115, du 9 juin 2010 et n° 128 du 15 septembre 2010) a pu conclure que :

« ...quant au conflit de lois (...) que l'on connaît, lorsqu'il s'agit de lois relevant d'Etats différents comme pour un conflit international, qui fait l'objet du droit international privé, faut-il rappeler ce que la doctrine et la jurisprudence du pays d'origine de notre législation ont répondu à ce sujet : "Une loi étrangère — rappelle-t-on — peut être appliquée en France si le règlement du conflit implique cette application. Mais celle-ci n'a pas le même caractère que la loi française. Il appartient aux parties d'établir l'existence de la loi, mais la violation de la loi étrangère ne constitue pas un cas de cassation"; dans le même ordre, cette Cour suprême de justice a maintenu le même critère sur le particulier, critère qu'elle ratifie à cette occasion, mais, dans les conditions prescrites dans la législation dominicaine, ainsi, il a été jugé que "rien ne s'oppose à celui qui allègue l'application d'un droit devant nos tribunaux, en justifie le texte, grâce à la certification de deux avocats exerçant dans le pays dont relève le droit en question, cette certification étant dûment légalisée, en accord avec l'art. 3 de la loi 716 de 1944, relative aux Fonctions publiques des Consuls, selon laquelle tout document qui sera présenté à des fonctionnaires de l'administration judiciaire doit être certifié par le fonctionnaire consulaire de la juridiction dans laquelle il a été délivré »

Ce modèle rigide contraste largement avec celui suivi par les règles de conflit contenues dans les législations nationales modernes et dans les Conventions internationales que la République dominicaine a commencé à ratifier. Ces règles, qui maintiennent la structure traditionnelle, intègrent une orientation matérielle, celle du résultat, qui offre davantage de marge au juge ou à l'autorité qui les applique. Parmi les dispositions postérieures, il convient de relever la « Loi de divorce à la vapeur » (Loi 1306-bis sur le divorce, du 21 mai 1937⁹, modifiée par la loi 142 du 4 juin 1971) qui régit une procédure instituée en particulier pour les étrangers ou pour les dominicains non-résidents dans le pays en cas de divorce par consentement mutuel. Outre les problèmes d'ordre confessionnel qu'elle implique, comme l'a démontré la résolution n° 3874 du Congrès national qui a approuvé le Concordat et le Protocole final signé entre la République dominicaine et le Saint-Siège le 16 juin 1954, elle fut le fruit d'une époque passée qui est aujourd'hui révolue. Il convient par ailleurs de faire mention de la loi n° 136-03 qui crée le Code pour le Système de protection et les Droits fondamentaux des enfants et adolescents, du 7 août 2003, ainsi qu'une autre disposition isolée et, a posteriori l'entrée en vigueur de la loi n° 489-08 sur l'arbitrage commercial. Cette dernière disposition directement inspirée de la loi modèle de la Cnudci (relative à l'arbitrage commercial, de 1985), est pleinement homologuée dans les dispositions qui existent à ce sujet dans d'autres systèmes juridiques favorables à l'arbitrage.

3. Reconnaissance et exécution de décisions étrangères

La reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères sont des matières caractérisées par une grande imprécision. Les règles relatives à l'exequatur contenues

⁹ G. Ireland et J. de Galíndez, *Divorce in the Americas*, Buffalo NY, Dennis, 1947.

dans l'ancien code de procédure civile ont généralement été appliquées¹⁰, jusqu'à la modification apportée par la loi n° 834/1978, dont l'art. 122 dispose que "Les décisions de justice prononcées par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les fonctionnaires étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi". L'essentiel du texte précité est discutable, puisque la loi dont il est question ne comprend pas de dérogations expresses, son art. 142 se limitant à préciser : "toutes les lois et dispositions du Code de procédure civile relatives aux sujets traités dans la présente loi faisant l'objet de dérogations et de substitutions". Et il est peu probable que cette question bénéficie d'une solution immédiate puisque le projet de réforme du Code de procédure civile de 2010 est paralysé. Celui-ci comportait une réglementation expresse en la matière¹¹. Comme on a pu l'observer, l'art. 122 précité se contente d'établir un cadre de référence, sans chercher à savoir si la requête de l'intéressé doit être régie par le protocole contentieux, en citant l'autre partie, ou par la procédure simplifiée, inaudita partem. Tout ceci en marge du respect des règles comprises dans le Code Bustamante (art. 423 ss. qui seront employés lorsque le sujet sera abordé dans ses domaines matériels (qui dépassent largement les questions propres au droit privé) et territoriaux (relativement limité) d'application¹², une situation d'ailleurs reconnue par la jurisprudence. La jurisprudence a apporté certains éclairages sur cette question, même si cela s'est passé dans le cadre de la réciprocité légale, de la jurisprudence et dans le domaine des conventions¹³, en marquant la différence de traitement que doivent recevoir les décisions de justice déclaratives et constitutives de droits (état civil et

¹⁰ Code de procédure civile de la République dominicaine : amendé par la commission désignée par le pouvoir exécutif, conformément au décret du Congrès national daté du 4 juillet 1882, conservant l'ordre des articles du texte français en vigueur (*sic*) dans la République depuis l'année 1845

¹¹ En septembre 2010, la Proposition législative Avant-projet de Code de Procédure civile a été formulée, selon le projet adopté, sous la forme de douze volumes. Le premier recueille les principes fondamentaux du processus, l'application des règles nationales et supranationales, la coopération judiciaire internationale et la reconnaissance et l'exécution de décisions de justice étrangères et internationales. Dans le cadre de notre propos, le Chapitre II, Titre II, relatif à l'application des règles de procédure internationale nous intéresse en particulier. Celui-ci commence par affirmer la primauté des règles internationales (art. 29) et le Titre IV (art. 48 à 63) vise en particulier la reconnaissance et l'exécution de décisions de justice étrangères et internationales.

¹² Acceptation totale : Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama et Pérou : ratification avec réserves portant sur quelques articles : Brésil, Haïti, République dominicaine et Venezuela; et, ratification avec des réserves indéterminées et subordination à la législation interne (Bolivie, Costa Rica, Chili, Équateur et Salvador)

¹³ "La procédure à suivre pour connaître une action de recherche d'exequatur doit être régie par le droit commun du pays qui doit l'autoriser, sauf s'il existe un traité ou une convention signée entre le pays d'où provient la décision de justice et le pays où celle-ci sera exécutée, auquel cas, si on l'a prévu, la procédure est alors régie par le traité ou la convention pertinente () [les tribunaux nationaux] devant se limiter à vérifier la régularité et l'autorité irrévocable de la décision, conformément aux règles du pays d'origine de celle-ci, en faisant valoir nos autorités consulaires, ainsi que son caractère légitimement exécutable en République dominicaine et sa conformité avec nos principes nationaux" (SSCJ n° 5 du 7 décembre 2005).

capacité) qui n'ont pas besoin de passer par la démarche de l'exequatur, et les condamnations, qui ne requièrent pas cette procédure¹⁴.

II. Caractères inadapté et obsolète du Code Bustamante

La répercussion du Code Bustamante adopté par la République dominicaine¹⁵ doit fait l'objet de quelques nuances, car même si sa terminologie a été adoptée dans le Projet de Code civil de 1943, celui-ci n'a jamais vu le jour; même la loi n° 142 sur le divorce du 4 juillet 1971 a été élaborée en absolue contradiction avec les dispositions des art. 52 ss du Code. L'influence européenne du Code est indéniable, comme l'est sa position favorable au fait de considérer la "nationalité" comme l'élément déterminant du système par rapport à d'autres options existant en Amérique latine, qui tendent en faveur du domicile. Toutefois, conscients de la forte acceptation de ce dernier critère, le Code accordait à chaque État partie la faculté d'appliquer, outre les critères de nationalité et de domicile, "tout autre critère adopté qui fasse avancer l'action interne". Ainsi, la présence de règles fondées sur des principes territorialistes était permise. Ce ne fut pas l'option retenue par la République dominicaine qui, fidèle à sa tradition juridique française, a appuyé le principe de nationalité en formulant des réserves à ce sujet au moment de son intégration.

Ceci était cohérent avec les dispositions de l'art. 3.3° du Code civil. Conformément à cet ordre des choses, le principe de nationalité non seulement s'appliquait à la capacité de la personne, mais aussi aux relations familiales et au droit relatif aux successions, ce qui implique la possibilité d'une vaste extraterritorialité du droit français, espagnol ou dominicain, applicable aux ressortissants de ces pays, où qu'ils se trouvent. Toutefois, la solution fondée sur la loi nationale, qui était justifiée il y a plus d'un siècle dans des pays comme la France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal ou la Suisse, ne parvient pas à s'implanter dans la plupart des systèmes juridiques, puisqu'on observe depuis plusieurs décennies une forte contestation résultant d'une importante polémique chez les défenseurs de la loi "nationale" et les défenseurs de la loi du domicile. Et ceci sans oublier le fait que la réserve dominicaine insiste sur la prise en compte obligatoire du droit national pour les dominicains en ce qui concerne le statut personnel et exclut par conséquent l'application du Code lorsque la loi du domicile ou la loi locale indique le contraire du droit dominicain. Selon le rédacteur de traités, l'allemand Jürgen Samtleben, qui utilise

¹⁴. "(I)l convient de faire ressortir les courants doctrinaux et jurisprudentiels du pays d'origine de notre législation en la matière. Ils se définissent de manière quasi unanime dans le sens que les sentences déclaratives et constitutives de droits ne requièrent pas l'exequatur dont il est question, entre autres celles relatives à la situation et à la capacité des personnes, car son exécution ne requiert pas de réalisation matérielle qui réclame, de manière générale, l'aide de la force publique; que seules les condamnations, qui imposent le respect d'une prestation positive consistant à donner ou à faire, ou négative consistant à ce pas faire, sont susceptibles de requérir un exequatur, conforme à ces critères" (SSCJ n° 16 du 14 janvier 2009).

¹⁵ Approuvé par la résolution n° 1055 du 20 novembre 1928 du Congrès National.

les données des travaux de Jesús de Galíndez¹⁶, le Code Bustamante n'a pas obtenu en pratique une signification majeure en République dominicaine et n'a pas été mentionné dans la jurisprudence, aussi ancienne soit-elle, dans des affaires avec dérogation de nationaux d'États signataires. Il n'existe pas non plus d'exemples de jurisprudence concernant son application eu égard à des États non signataires¹⁷.

Cette vision pessimiste est vérifiée par une étude plus approfondie de la jurisprudence dominicaine, dont le bilan ne dénature pas l'idée négative exprimée plus avant¹⁸. En effet, la doctrine extraite des tribunaux dominicains montre comment le Code Bustamante n'a pas eu une application pratique significative en étant limité à servir de référence employée à l'occasion par les parties comme un complément leur permettant de justifier en droit une prétention donnée (caractère contraire à l'ordre public¹⁹, maintien de la propriété au propriétaire inquieté²⁰, domicile des diplomates à l'étranger²¹, droits de succession²²...) avec l'aide des préceptes constitutionnels ou des dispositions derègles internationales relatives aux droits de l'homme. Ceci en marge de l'application du Code, compte tenu de sa conception *lato sensu* du droit international privé, à d'autres domaines comme l'extradition.

III. Panorama du régime conventionnel

Face à d'autres pays de la région (le Mexique, le Venezuela, la Colombie), la participation politique de la République dominicaine aux forums de codification internationale des transactions externes fut, jusqu'à présent, plutôt modeste, que ce soit dans les assemblées mondiales ou lors de forums latino-américains. La République dominicaine n'est pas signataire de la Convention de La Haye relative au

¹⁶ J. de Galíndez, *Principales conflictos de leyes en la América actual*, Buenos Aires, "Colección Elhuyard, 1945.

¹⁷ Cf. J. Samleben, *Derecho internacional privado en América latina: teoría y práctica del Código Bustamante*, Buenos Aires, Depalma, 1983.

¹⁸ Ainsi, une thèse issue de la jurisprudence du 1er septembre 1966 délimite très clairement le champ territorial d'application du Code en affirmant que "la Convention oblige uniquement les États signataires et qui, de plus, l'ont ratifié, les États-Unis d'Amérique ne figurant pas parmi ceux-ci" (B.J. 670, p. 1808, septembre 1966; *vid.* dans le même sens, l'arrêt n° 66 de la Cour d'appel du district national, du 30 septembre 2004 ss. SCJ n° 5, du 7 décembre 2005 et 128, du 15 septembre 2010). Et dans un autre cas significatif, celui relatif à la distribution d'une succession, engagée par *Julieta Trujillo Lora et les héritiers d'Héctor Bienvenido Trujillo Molina contre Alma McLaughing Simó, veuve de Trujillo*, la SCSJ n° 24 du 16 septembre 2009 a privilégié l'application de l'art. 3 du Code civil au lieu des art. 23 et 144 du Code Bustamante, affirmant que l'art. 3 en question "contient une disposition générale portant sur le régime des immeubles, celle-ci ayant trait à l'ordre public; en ce qui concerne les biens meubles, le droit applicable est la loi du domicile, c'est-à-dire, la loi du pays où le défunt était domicilié au moment de son décès".

¹⁹ SCSJ n° 9 20 septembre 2000.

²⁰ SCSJ n° 96 9 novembre 2005.

²¹ SCSJ n° 24 16 septembre 2009

²² *Ibid.*

droit international privé, même si ces dernières années elle a été invitée à participer à quelques sessions relatives à la régulation des mineurs dans les relations transfrontalières, chose qui s'est traduite par l'incorporation de trois instruments à ce sujet. La politique suivie par la République dominicaine en matière d'incorporation des traités de droit international privé reste elle aussi très limitée.

i) Du point de vue bilatéral, l'adhésion à certains traités de coopération judiciaire en matière civile reste réduite, comme c'est le cas pour le traité signé avec le Royaume d'Espagne le 15 septembre 2003, d'assistance judiciaire en matière civile et commerciale, puisqu'il n'existe pas de stratégie généralisée pour constituer un réseau de conventions qui facilitent la reconnaissance et l'exécution de décisions de justice étrangères.

ii) Du point de vue multilatéral, ces dernières années, il ressort une volonté politique d'incorporation aux principaux instruments internationaux directeurs des transactions privées externes, mais ces bonnes intentions s'avèrent encore insuffisantes.

– En matière d'affaires internationales, l'adhésion en 2002 à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution de sentences arbitrales étrangères de 1958 apparaît particulièrement significative, et en 2011, l'adhésion à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Ces instruments sont sans aucun doute les plus importants instruments relatifs aux transactions marchandes internationales et les objectifs en la matière sont amplement couverts, surtout si l'on ajoute la participation de la République dominicaine à la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises de 1974 et à la Convention des Nations Unies sur le transport maritime de marchandises de 1978 (les "Règles de Hambourg").

– La présence dominicaine au sein du système de coopération judiciaire en matière civile qui a donné naissance à la conférence de La Haye sur le droit International privé est moindre qu'à la fin du XIXe siècle. A l'exception de la Convention du 5 octobre 1961, qui supprime l'exigence de légalisation des documents privés étrangers à laquelle le pays a souscrit en 2008, la République dominicaine est absente d'un ensemble important de conventions sur les procédures civiles. Il s'agit pourtant d'un bloc de conventions qui naît lors de la Convention de La Haye de 1954 et auquel participe la majorité des pays du monde; cette absence doit être résolue le plus tôt possible. Ce vide juridique a été comblé d'une certaine manière par la participation du pays aux conventions de La Haye de nouvelle génération sur la protection des mineurs, concrètement; la Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (2004), la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (2007) et la Convention du 19 octobre 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en

matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants (2010). Ces trois instruments contiennent des dispositions complexes qui requièrent un sérieux ajustement de la part des tribunaux de justice dominicains au moment de leur application.

– L’absence de la République dominicaine au sein du système de coopération internationale conçu par la Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP) est particulièrement frappante; puisque le pays n’est que partie prenante de la Convention interaméricaine du 30 janvier 1975 sur la réception de preuves à l’étranger (1991) et de la Convention interaméricaine du 30 janvier 1975 sur le régime juridique des pouvoirs pour qu’ils soient utilisés à l’étranger (1977), ce qui s’avère vraiment insuffisant. L’Etat est paradoxalement partie d’autres instruments qui offrent un moindre intérêt, comme la Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière de lettres de change, billets à ordre et factures (1977), la Convention interaméricaine du 30 janvier 1975 sur l’arbitrage commercial international (2002) et la Convention interaméricaine du 18 mars 1994 sur le trafic international de mineurs (2011). Le bilan de la participation dominicaine à la CIDIP exige une réflexion profonde et appelle à l’étude de l’incorporation du pays à d’autres instruments majeurs rédigés en son sein, comme la Convention de Mexico de 1994 sur le droit applicable aux contrats internationaux.

IV. Vers une réforme du système

1. Facteurs déterminants

On assiste ces derniers temps en République dominicaine à une recrudescence sans précédent des problèmes dérivés de transactions extérieures qui requièrent une attention particulière du législateur et invitent à établir un bloc normatif qui réponde aux problèmes ponctuels inhérents aux transactions privées externes. C’est du moins l’opinion exprimée en 2013 par la Commission permanente de justice de la Chambre des députés²³. Cette évolution obéit sans aucun doute à des facteurs très particuliers à caractère social, économique et juridique.

i) Le législateur dominicain, outre le fait de s’intéresser au statut migratoire national et, en mettant de côté le débat constitutionnel qui entoure l’acquisition de la nationalité dominicaine et la doctrine confortée par les arrêts de la Cour Suprême de Justice des 14 décembre 2005 ou 2 novembre 2011, et plus récemment la décision polémique du Tribunal constitutionnel 163/13 du 23 septembre 2013, doit fournir une réponse juridique à la présence sur son territoire de centaines de milliers

²³ “Diputados consideran urgente que el país tenga una Ley de Derecho internacional privado” (les députés jugent qu’il est urgent que le pays dispose d’une législation de droit international privé), *El Diputado Digital*, 17 juillet 2013, http://www.camaradediputados.gob.do/app/app_2011/article.aspx?id=4028.

d'étrangers provenant essentiellement d'Haïti. Ceux-ci ont vocation à rester sur le territoire en raison du déséquilibre de développement économique entre ce pays et la République dominicaine. Outre les règles qui régissent l'accès et le maintien d'étrangers sur le territoire; une question qui doit être encadrée dans un périmètre juridique public, il doit exister une réglementation des relations privées des étrangers déjà établis qui, suivant les modalités du droit comparé et en marge de certaines réglementations à caractère matériel (comme celle de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises) doit envisager une option de base; l'application de la loi du pays de la nationalité des étrangers ou l'application de la loi dominicaine. Sans entrer dans d'autres considérations techniques, il convient d'abord une bonne fois pour toutes, la question de savoir si les solutions traditionnelles fondées sur l'application de la législation nationale aux individus constituent la réponse dans le cadre d'un modèle normatif mis en place en plein XXI^e siècle. Une stratégie de ce type peut en effet omettre le fait que la République dominicaine est aussi un pays d'émigration. Le législateur doit conserver à l'esprit l'action du principe de réciprocité et, en ce sens, avoir une sensibilité particulière au moment de réguler certaines questions.

ii) La République dominicaine, grâce à sa situation géographique privilégiée dans la Caraïbe, comporte plusieurs régions particulièrement attractives et intéressantes pour le tourisme, notamment de celles plages et de magnifiques paysages. Depuis 1966, et en particulier depuis 1968, année lors que laquelle la législation touristique a déclaré le développement touristique comme un secteur d'intérêt national, la croissance de ce phénomène est éloquent à tel point que celui-ci constitue aujourd'hui le premier secteur en termes de revenus économiques pour la République dominicaine, avec un poids de près de 4,5 milliards de dollars. Aujourd'hui, le tourisme étranger fait partie de la vie quotidienne des dominicains, ils en dépendent en grande partie, ce secteur conditionnant non seulement la survie de l'économie, mais aussi un mode de vie.

iii) La croissance du commerce extérieur est un indice qui reflète la croissance économique de la République dominicaine; son intégration à l'économie internationale, ainsi que son appartenance à l'économie de marché et au libéralisme économique ont suivi des étapes graduelles initiées dans les décennies des années 90 et 2000. Elles se sont véritablement renforcées lors de la dernière décennie lorsque le pays a signé d'importants accords de libre-échange avec les États-Unis d'Amérique, l'Union européenne et divers pays d'Amérique centrale.

– L'accord de libre-échange entre la République dominicaine et les États d'Amérique centrale, d'une part, et les États-Unis, d'autre part (DR-CAFTA) a été le facteur déterminant de plusieurs réformes qui se sont produites en République

dominicaine²⁴. L'ouverture au commerce international et la politique d'attraction de capitaux extérieurs pratiquées par la République dominicaine obligent non seulement à réaliser des modifications légales et à pratiquer une dérégulation administrative en matière de droit public, mais aussi à adapter les règles réglementaires ayant trait aux transactions privées, essentiellement celles qui font référence au transfert de technologies, de marques et de brevets, aux investissements étrangers et par défaut, celles contenues dans les grands corpus légaux comme le Code civil et le Code du commerce.

– Il est entendu que la République dominicaine est membre de la Convention de Vienne de 1980 pour le contrat de vente internationale de marchandises et qu'elle a adhéré aux Règles d'Hambourg en 1978 en matière de transport maritime. Cependant, cette régulation, aussi importante soit-elle, s'avère insuffisante pour affronter la complexité liée aux contrats internationaux qui est en grande partie résolue par les règles de droit international privé dont la République dominicaine est privée, à l'exception de la Convention de la Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP) sur le droit applicable aux obligations de change de 1975, qui s'avère d'ailleurs pratiquement inapplicable.

– Parallèlement à une vaste politique d'intégration de la République dominicaine à d'importantes conventions internationales, le législateur dominicain s'est affairé depuis quelques années à accomplir cette immense tâche, et les manifestations de cette tendance ne manquent pas. Il suffit d'observer : a) le développement du processus initié par la Loi 16-95 relative aux investissements étrangers qui, de manière générale, simplifie les exigences pour l'investissement étranger en réduisant les démarches, et en facilitant un traitement égal des investisseurs, qu'ils soient étrangers ou nationaux, en éliminant les restrictions qui s'appliquent au rapatriement de bénéficiaires, entre autres : b) les réformes du cadre juridique de régulation des infrastructures (eau, assainissement, carburants), en suivant la ligne tracée par la loi n° 34006 sur les achats de biens, services, travaux et concessions, ainsi que le renforcement des institutions existantes qui régulent et supervisent les secteurs électrique et financier; c) le processus de modernisation de la législation sur les affaires internationales entrepris dans le cadre de la loi n° 489-08 sur l'arbitrage commercial.

Il est cependant nécessaire de compléter ce cadre normatif et, dans ce contexte, il faut qu'il existe une réglementation qui vise à réguler les aspects relatifs à la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux dominicains dans les différends avec des entrepreneurs étrangers, ceux relatifs à la détermination du droit applicable aux transactions transnationales et enfin, les questions relatives à l'efficacité des sentences étrangères en République dominicaine. C'est la seule voie qui permettra à

²⁴ J.C. Fernández Rozas, J.C. y L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Saint Domingue, Funglode, 2013.

la République dominicaine d'avancer du poste que la Corporation Financière Internationale lui attribue dans le rapport *Doing Business* 2013, à savoir la 116^{ème} position sur 185 États étudiés.

2. Lignes directrices du projet de loi de droit international privé²⁵

Dans un domaine qui fait tant l'objet de discussion comme le DIPr et dans un cadre juridique comme celui de la République dominicaine, où la matière en question dispose d'une réglementation juridique incomplète et diffuse, qui manque d'une interprétation jurisprudentielle complémentaire comme celle qui existe dans la cadre du système homologue français²⁶, le travail de codification est vraiment complexe. Si l'on élabore un texte articulé trop technique et détaillé consistant en un système de règles de DIPr, on court le risque d'imposer des interprétations abstraites, qui fera souvent les frais de débats académiques stériles, éloignés des intérêts concrets de la société dominicaine. Malgré son caractère inadapté aux besoins contemporains, le Code Bustamante représente un échantillon de ce modèle, mais il une véritable signification lui faisait défaut. Par ailleurs, si l'on opte pour une solution contraire en élaborant un système trop simple et généraliste, on court le risque que la réponse du législateur perde de sa signification et soit diluée au moment de son application par les juges, ce qui causerait un échec de la sécurité juridique que les règles de DIPr requièrent. Il suffirait d'observer l'état de la jurisprudence dominicaine en ce qui concerne les règles en vigueur.

La présente réglementation visa à corriger, dans la mesure du possible, cette situation pour atteindre dans la sphère des relations privées internationales les deux objectifs suprêmes de justice et de sécurité juridique, raisons d'être de toute règle de droit, et ajuster les dispositions aux caractéristiques et besoins de la réalité sociale, économique et humaine de la République dominicaine. Plus concrètement, les objectifs visent notamment à :

i) résoudre les problèmes du système de droit international privé, caractérisé par les contradictions entre les art. 3, à fort contenu statutaire, et 15 du Code civil, avec d'autres dispositions dispersées dans les Codes et Lois spéciales;

ii) adapter la législation de droit international privé à la réalité sociale de République dominicaine;

iii) adapter les solutions internes aux réalisations pratiques dans la codification internationale, en particulier à l'aulne des expériences de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (à l'échelle mondiale) et lors de la Conférence spé-

²⁵ <http://www.funlode.org/wp-content/uploads/2013/11/proyecto-ley-derecho-internacional-privado.pdf>.

²⁶ *Vid.* B. Ancel e Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd., Paris : Dalloz, 2006.

cialisée interaméricaine de droit international privé (à l'échelle de l'Amérique latine); ceci sans perdre de vue les solutions obtenues pour uniformiser le droit international privé de l'Union européenne compte tenu de l'origine véritablement européenne du système dominicain, et;

iv) adapter les solutions dominicaines au développement universel de la matière et aux législations les plus récentes; des instruments valides pour le développement harmonieux des relations juridiques à caractère transfrontalier. Les considérations présentées jusqu'à présent permettent de dresser les lignes générales du projet, de justifier l'élection d'une loi spéciale comme technique législative adaptée et de justifier la vision tripartite de la matière régulée. Il s'agit aussi de déterminer l'influence des solutions adoptées.

Le titre I (« Dispositions communes ») commence avec une définition de la loi dont l'objet n'est autre que la régulation des relations privées internationales en matière civile et commerciale en ce qui concerne l'étendue et les limites de la juridiction dominicaine, la détermination du droit applicable et les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, avec trois exclusions expresses : la matière administrative; l'arbitrage commercial et la faillite et autres procédures analogues. A la suite, nous formulons deux réserves générales ayant trait à l'application de la loi : en premier lieu, la préférence des traités internationaux dont la République dominicaine est partie, qui prévaudront sur les dispositions légales, et en second lieu, les dispositions des lois spéciales qui régulent les relations privées internationales. Le titre se conclut sur un article consacré à la définition des critères de détermination du domicile et de la résidence habituelle, qu'il s'agisse des personnes physiques ou des personnes privées.

Au titre II (« Etendue et limite de la juridiction dominicaine en matière civile et commerciale »), le domaine de la juridiction dominicaine et ses limites sont régulés par le jeu d'une série de critères qui lient les relations privées internationales à ces tribunaux. Ces critères, qualifiés de chefs de compétence, sont l'expression des intérêts ou des objectifs de la politique législative de l'Etat dominicain en la matière.

En premier lieu, sont envisagés les chefs de compétence à caractère exclusif qui attribuent une compétence exclusive, unique et à laquelle on ne peut déroger, aux tribunaux dominicains sans qu'aucune autre juridiction puisse connaître les questions en jeu; immeubles qui sont situés sur le territoire dominicain, sociétés, inscriptions pratiquées dans un registre dominicain, propriété intellectuelle, reconnaissance et exécution sur le territoire dominicain de décisions de justice et de sentences arbitrales à l'étranger, mesures conservatoires qui doivent être exécutées en République dominicaine et détermination de la nationalité dominicaine. En second lieu, deux chefs de compétence généraux sont proposés. Ils attribuent une compétence aux tribunaux dominicains, quelle que soit la matière concernée dans le cas de transaction externe; quand il existe une volonté de soumission à ces tribunaux ou que le

domicile de la partie défenderesse est situé en République dominicaine. En troisième lieu, sont envisagées les chefs de compétences spéciaux en raison de la matière concernée, notamment si les tribunaux dominicains n'ont pas compétence en vertu des chefs de compétence généraux ou si la compétence exclusive de ces tribunaux peut-être affirmée, en raison du domaine concret, en vertu de compétences spéciales. Chacun de ces chefs régule une matière particulière ou une institution ou relation juridique concrète dans une même matière, il est donc impossible que deux chefs soient invoqués pour déterminer une compétence juridictionnelle internationale pour une même matière.

A ceux-ci s'ajoutent ce que l'on appelle le « for de nécessité »⁷, lorsqu'il est établi que la cause présente un lien tel avec la République dominicaine qu'elle ne peut être comprise dans le champ de compétence juridictionnelle internationale d'aucun tribunal des divers États impliqués, ou que la décision qui résulterait d'une procédure à l'étranger ne serait pas susceptible de reconnaissance en République dominicaine. Il est possible pour les tribunaux dominicains de s'abstenir, à la demande du défendeur, de connaître ou de continuer de connaître une procédure pour des motifs qui surviennent hors du territoire dominicain dans une série de cas qui en terminologie anglo-saxonne sont définis comme *forum non conveniens*.

Une seconde question de droit international privé, à savoir la détermination du droit applicable sera abordée, uniquement si les questions propres à la compétence juridictionnelle internationale ont été envisagées. Le titre III y est consacré et est organisé en deux parties.

La première rubrique comprend ce que l'on appelle les « normes régulatrices », dont la fonction consiste à donner une réponse au droit applicable dans le cadre de l'affaire de transactions privées externes en question et qui est ordonné comme suit : droit de la personne, droit de la famille, protection des incapables et obligations alimentaires, successions et donations, obligations contractuelles, obligations extracontractuelles et biens.

En ce qui concerne les options spécifiques que le projet propose, il faut veiller au fait que :

i) Les réponses aux questions relatives au droit applicable prévues par la loi ne soient pas en contradiction avec les engagements pris dans les conventions qui s'imposent à la République dominicaine, en utilisant dans ces circonstances, la technique d'incorporation par référence au contenu matériel de la Convention à notre système juridique avec des effets erga omnes.

ii) Le modèle normatif choisi est celui de la règle de conflit multilatérale, survivant du modèle créé il y a maintenant deux siècles et qui est resté en vigueur pendant une part importante du XXe siècle. Ce modèle est caractérisé par des critères de matérialisation, en ce qui concerne le cadre factuel, la flexibilisation, avec

l'établissement de points de connexion successifs ou alternatifs, et la matérialisation, en recherchant la solution la plus juste.

iii) En matière d'obligations contractuelles, sont retenues les réponses apportées par un des textes juridiques interaméricains techniquement les plus précis, à savoir la Convention interaméricaine sur le droit applicable aux contrats internationaux, signée à Mexico le 17 mars 1994 et qui, entre autres, penche en faveur du fait de transférer au juge la tâche de déterminer, à défaut de choix de la part des parties, le système juridique étroitement lié au contrat, lui permettant, au cas par cas, de résoudre la question du droit applicable.

iv) Même ce Titre vise en particulier les domaines civil et commercial, il a été jugé opportun de donner une réponse au droit applicable au contrat de travail, s'agissant d'un contrat typique impliquant une partie plus faible. Celui-ci a connu une évolution particulière pour la protection de la personne du travailleur en fonction du caractère protecteur inhérent au Code du travail.

La seconde rubrique comprend un bloc normatif relatif à ce que l'on appelle les « règles d'application » dont le destinataire est le juge ou l'autorité chargée de mener à bien le mandat des « règles régulatrices ». C'est une matière qui apporte des réponses aux « problèmes généraux d'application des règles de conflits » et qui par le passé a permis d'obtenir d'importantes évolutions de la jurisprudence et de la doctrine en raison de lacunes de la règle de conflit dans sa formulation initiale. Grâce au nouveau modèle de règles de conflit inclus dans le projet, nombre de ces problèmes disparaissent, c'est pourquoi il ne semble pas opportun de réaliser une gestion approfondie de ces derniers, en suivant notamment le modèle intégré à la Convention de la CIDIP sur les règles générales de droit international privé de 1979 (dont, faut-il le rappeler, la République dominicaine n'est pas signataire). Ceci a justifié le fait que cet alinéa soit rédigé en des termes très laconiques dans le Projet et avec un souci de simplification, comme il ressort notamment de l'exclusion du renvoi. Malgré tout, il apparaît nécessaire de prêter attention aux divers régimes de détermination et d'interprétation de la loi étrangère, y compris les règles de droit public, ainsi qu'au jeu de l'ordre public en tant qu'outil correctif fonctionnel. Et, sans céder aux traditionnelles conceptions, il a été jugé opportun d'inclure au projet trois institutions qui, malgré leur élaboration à des époques passées, continuent de jouer un rôle pertinent : l'adaptation, la rémission à un ordre juridique plurilégislatif et les droits acquis.

La troisième matière de droit international privé, celle relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions et d'actes publics étrangers, fait l'objet du titre IV. En suivant la technique du Projet qui consiste à respecter les dispositions en vigueur, il a été considéré opportun de ne pas modifier les textes qui ont une acceptation généralisée et pour cette raison, le titre auquel il est fait référence est précédé d'un renvoi aux dispositions du Titre IV du premier livre (art. 113 et suivants de la

Loi 834 du 15 juillet 1978), qui se réfère aux décisions de justice étrangères avec des dispositions spécifiques portant sur la reconnaissance d'actes juridiques formés à l'étranger avec notamment un accent sur les actes de juridiction gracieuse et dans un domaine particulièrement sensible pour la société dominicaine, à savoir la reconnaissance des adoptions et des décisions de justice sur les relations paternelles – lien de filiation prononcées à l'étranger. Enfin, le titre nous interpelle sur une question qui appelle une réponse dans notre système juridique: quelle est l'efficacité probatoire des actes publics étrangers ?

CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL SISTEMA DE DIPR VENEZOLANO

Claudia MADRID MARTÍNEZ

Sumario: I. Características generales del sistema. 1. Antecedentes. 2. Sistema de fuentes del Derecho internacional privado venezolano. 3. Tratados internacionales vigentes en Venezuela. 4. El Derecho internacional privado venezolano y MERCOSUR. II. Sistema de Derecho internacional privado venezolano. 1. Jurisdicción de los tribunales venezolanos. A) Principios generales. B) Foro General; C) Acciones de contenido patrimonial; D) Acciones sobre universalidades de Bienes; E) Acciones sobre el estado de las personas y las relaciones familiares; 2. Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales. A) Características generales del sistema; B) Personas físicas y relaciones familiares; C) Personas jurídicas; D) Bienes; E) Obligaciones contractuales; F) Obligaciones extracontractuales; G) Forma y prueba de los actos jurídicos; H) Sucesiones. 2. Procedimiento y cooperación judicial internacional. 3. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras: A) Reconocimiento de documentos extranjeros; B) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; C) Competencia y procedimiento. D) Reconocimiento de laudos arbitrales.

I. Características generales del sistema

1. Antecedentes

La primera regulación interna de Derecho internacional privado (DIPr) en Venezuela apareció con el primer Código Civil (CCV), en 1862¹. Para ello se tomó como modelo el art. 3 del Código Civil francés, con lo cual, el DIPr venezolano, al igual que el Derecho privado en general, muestra en sus raíces una fuerte influencia francesa, compartida en ocasiones con la italiana. Esta característica, entre otras, permite afirmar que el Derecho venezolano pertenece, sin duda alguna, a la familia romano-germánica.

Ahora bien, esta influencia francesa condujo al legislador venezolano a establecer normas de DIPr a través de las cuales reguló los llamados tres estatutos, regulación que se mantuvo hasta el CCV vigente². Así, en primer lugar, el estatuto personal estuvo regulado por el art. 9, norma que ordenaba la aplicación del Derecho venezolano al estado y capacidad de las personas, independientemente del lugar donde estuvieren domiciliadas. El carácter unilateral de esta norma condujo a la doctrina a proponer su aplicación analógica, de manera que al estado y capacidad de

¹ La competencia para legislar en materia de DIPr en Venezuela, siempre ha estado en manos del poder público nacional, mas esto sólo fue expresamente reconocido en la Constitución de 1999 (art 156,32).

² *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 2.990, 26/07/1982.

los extranjeros se aplicara su ley nacional³. Esta interpretación fue reforzada por la aparición, en 1880, de la última parte del art. 26 CCV, norma que autorizaba la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el DIPr.

En segundo término, el estatuto real estuvo regulado por el art. 10. Esta norma, que en los CCV de 1862 y 1867 dio un tratamiento diferenciado a bienes muebles – domicilio del propietario– e inmuebles –lugar de ubicación–, disponía que los bienes situados en Venezuela se regirían por la ley venezolana, aunque sobre ellos tuviesen o pretendiesen derechos personas extranjeras. Esta norma también fue objeto de bilateralización en su aplicación práctica.

Finalmente, lo relativo a la forma de los actos se encontraba regulado en el art. 11 CCV, a través de otra norma unilateral que ordenaba la aplicación de la ley del lugar de celebración a la forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que surtiesen efectos en Venezuela. Además, el art. 11 añadía una norma material que ordenaba el cumplimiento con el requisito de documento público en los casos en que la ley venezolana lo exigiese, y cerraba con la consagración del principio *auctor regit procesum*.

Al lado de estas tres normas, que mantuvieron su vigencia hasta la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV)⁴, con escasas modificaciones, en el Código de Procedimiento Civil (CPC) de 1897 apareció el art. 8, norma que estableció el sistema de prelación de las fuentes del DIPr. Con esta configuración y otras escasas normas dispersas en leyes especiales, nuestro sistema fue calificado por la doctrina como esencialmente estatutario y de corte manciniano⁵.

Esta armonía del sistema resultó sin embargo afectada por la existencia del art. 8 CCV. Esta norma, influenciada por el Código Civil chileno de 1855, extendió la autoridad de la ley a todas las personas nacionales o extranjeras que se encontrasen en la República. Su existencia causó un problema denominado “hibridismo antagónico”⁶, debido a la convivencia de normas que admitían la aplicación del Derecho extranjero, y ésta que parecía ordenar la aplicación directa del Derecho venezolano. En la práctica, sin embargo, esta disposición no tuvo gran aplicación, en buena medida por las tesis doctrinarias que se desarrollaron en torno a ella. Herrera Mendoza, por ejemplo, sostuvo que el art. 8 se refería a las normas de policía, atendiendo a la influencia del Código Civil francés. La mayoría, en cambio, estimó que la

³ L. Sanojo, *Instituciones de Derecho civil venezolano*, Madrid, Gráficas Sebastián, reimp. de la 1ª ed., Caracas, Imprenta Nacional, 1873, t. I, pp. 37–41.

⁴ *Gaceta Oficial* N° 36.511, 06/08/1998. Vigencia, 06/02/1999

⁵ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, p. 40.

⁶ L. Herrera Mendoza, *Estudios sobre Derecho internacional privado y temas conexos*, Caracas, Empresa El Cojo, S.A., 1960, p. 148.

norma afirmaba la vigencia general de la ley, incluyendo, desde luego, las normas de DIPr.

Los primeros autores en dedicarse al DIPr, durante el siglo XIX y comienzos del XX, se orientaron, en su mayoría, dentro de la concepción clásica, considerando al Derecho extranjero como un hecho y acogiendo la teoría de la *comitas gentium*. A comienzos del siglo XX comenzó a sostenerse un criterio diferente, cuando los principales autores se vieron influenciados por la figura de Savigny. También contribuyó al estudio especializado del tema la creación, en 1896, de la cátedra para estudiar DIPr en la Universidad Central de Venezuela.

En 1912, se hizo el primer intento por regular el DIPr a través de una ley autónoma, con la elaboración del proyecto de Ley de aplicación del DIPr, redactado por Pedro Manuel Arcaya. Lamentablemente, el proyecto nunca fue discutido. La idea de una regulación autónoma volvió al foro venezolano en 1963, cuando una comisión integrada por Joaquín Sánchez-Covisa, Roberto Goldschmidt y Gonzalo Parra-Aranguren, nombrada por el entonces Ministro de Justicia, Andrés Aguilar, publicó el proyecto de Ley de normas de DIPr, el cual fue ligeramente modificado por los mismos proyectistas en 1965. Sin embargo, este proyecto tampoco fue discutido, entre otras razones, debido a la falta de madurez del foro venezolano para la aplicación práctica del DIPr, las dificultades inherentes a su adaptación a la legislación vigente debido a lo novedoso de sus soluciones, así como la falta de interés por la materia, el cual se redujo en buena medida a las aulas universitarias y a las corporaciones científicas⁷.

En la década de los noventa, a iniciativa de Tatiana Maekelt, el proyecto de Ley de normas de DIPr fue retomado por los profesores de DIPr de las universidades venezolanas. Así, durante las primera y segunda Reuniones Nacionales de Profesores de Derecho internacional privado, en 1995 y 1996, respectivamente, se procedió a la revisión y actualización del Proyecto de 1965. Para ello, se contó con la activa participación de Parra-Aranguren. El resultado de este trabajo fue aprobado como Ley el 6 agosto 1998 y entró en vigencia el 6 febrero 1999. La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas.

Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 CCV. La Ley, hasta el momento la única ley especial sobre la materia en América, concilia las enseñanzas de la doctrina

⁷ T. Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 43.

contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana (Exposición de motivos).

Este instrumento tiene carácter general y, en tan solo 64 artículos, establece normas sobre sus principios generales (arts 1 a 15); el Derecho aplicable en materia de personas físicas (arts 16 a 19) y jurídicas (art 20); relaciones familiares (arts 21 a 26); bienes y derechos reales (arts 27 y 28); obligaciones contractuales (arts 29 a 31) y extracontractuales (arts 32 y 33); sucesiones (arts 34 a 36); forma y prueba de los actos (arts 37 y 38); jurisdicción y competencia territorial (arts 39 a 52 y 56 a 58); cooperación judicial internacional (art 59); reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (arts 53 a 55); y, finalmente, normas sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero (arts 60 y 61).

2. Sistema de fuentes del Derecho internacional privado venezolano

De acuerdo con el art. 1 LDIPV, las normas de Derecho internacional público (DIPúb) sobre DIPr, especialmente las contenidas en los tratados, son las primeras fuentes a considerar para resolver los supuestos de hecho relacionados con ordenamientos extranjeros. A falta de tratados, las normas internas de DIPr serán aplicables y, en defecto de éstas, la analogía y los principios de DIPr generalmente aceptados completan el sistema. La Ley de Comercio Marítimo (LCM) contiene una disposición similar en su art. 3.

Ahora bien, la inclusión de las normas de DIPúb en la regulación de casos de DIPr generó ciertas dudas en la doctrina venezolana. Así, algunos autores estimaron que tal referencia, además de los tratados, llamaba a la aplicación de la *lex mercatoria* como lo que consideran una manifestación de la costumbre internacional⁸. Otros, tomando en cuenta que la propia Ley da, según veremos, un papel preponderante a la *lex mercatoria* en materia de contratos, afirmaron que tal referencia habría de entenderse como un llamado a la aplicación de tratados de DIPúb cuando sus soluciones sean aplicables a relaciones de DIPr. Es lo que ocurre en materias como los derechos humanos o la inmunidad de jurisdicción⁹. La jurisprudencia venezolana, se ha limitado a afirmar la supremacía de los tratados sobre la legislación interna, sin hacer mayor análisis al respecto¹⁰.

⁸ V. Guerra Hernández, *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, 2000, pp. 100–102.

⁹ C. Madrid Martínez, “Art. 1. Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de las fuentes”, en: AA.VV., *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, UCV, 2005, T. I, pp. 141 ss.

¹⁰ Tomando como ejemplo la más reciente sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ) en esta materia, podemos afirmar que la mayoría de las decisiones sobre DIPr contienen una fórmula que, respecto de la primera fuente mencionada en el art. 1 LDIPV, se repite de manera más o menos invariable: “Conforme a las indicadas reglas, debería acudirse en primer lugar a las normas contenidas en los tratados que sobre la materia se encuentren suscritos y aprobados entre la República Bolivariana de Venezuela y República de Costa Rica, mediante los cuales se regule lo concerniente a las relaciones familiares, específicamente al divorcio y a las obligaciones que se deriven del mismo, en el caso concreto respecto a la hija del matrimonio”. TSJ/Sala

En todo caso, debe considerarse que la Constitución vigente (CRBV)¹¹, luego de reconocerse como “norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico” (art 7), otorga rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por la Constitución y demás leyes de la República (art 23). Además, admite que las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna (art 153). A esta norma volveremos al abordar el tema de MERCOSUR.

Venezuela cuenta con un importante número de tratados internacionales sobre DIPr., provenientes en buena medida de la Conferencia de La Haya y de las CIDIPs. A ellos haremos referencia *infra*. Dentro de las normas internas, tal como hemos afirmado, la fuente principal es la LDIPV, pero además de ella existen otras normas especiales en el CCV; el Código de Comercio (CCom)¹²; el CPC¹³; la Ley sobre Derecho de Autor¹⁴; la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido¹⁵; la Ley de Arbitraje Comercial¹⁶, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes¹⁷, la Ley sobre Comercio Marítimo¹⁸, la Ley de Aeronáutica Civil¹⁹, la Ley Orgánica de Registro Civil²⁰, entre otras.

La jurisprudencia, por su parte, tiene el valor de fuente auxiliar del Derecho y, por regla general, no tiene carácter vinculante, excepto en dos casos: las decisiones de Casación para el tribunal de instancia cuya decisión fue anulada y que deberá, por ello, decidir nuevamente (art 322 CPC); y las decisiones tomadas por la Sala Constitucional en interpretación del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales para los demás tribunales de la República (art 335 CRBV). Fuera de estos dos casos, los tribunales procuran ajustarse a las decisiones de casación y suelen usarlas para apoyar sus argumentos, con el objeto de defender la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia (art 321 CPC). La doctrina es también una fuente auxiliar, utilizada por los jueces para apoyar sus decisiones.

Político Administrativa (SPA), Sent. 0266, 20/02/2014, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/161455-00266-20214-2014-2013-1154.html>

¹¹ *Gaceta Oficial*, N° 36.860, 30/12/1999.

¹² *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario N° 475, 21/12/1955.

¹³ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.209, 18/09/1990.

¹⁴ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.638, 01/10/1993.

¹⁵ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 5.022, 18/12/1995.

¹⁶ *Gaceta Oficial*, N° 36.430, 07/04/1998.

¹⁷ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 5.859, 10/12/2007.

¹⁸ *Gaceta Oficial*, N° 38.351, 05/01/2006.

¹⁹ *Gaceta Oficial*, N° 38.226, 12/07/2005.

²⁰ *Gaceta Oficial*, N° 39.264, 15/09/2009.

3. *Tratados internacionales vigentes en Venezuela*

Dentro de los tratados auspiciados por la Organización de las Naciones Unidas, Venezuela es parte de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (1962)²¹, la Convención sobre los derechos del niño (Nueva York, 1990)²² y la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (Nueva York, 1958)²³. Además, desde 1976 ingresó como observadora a la Conferencia de La Haya, haciéndose miembro pleno en 1980. Desde entonces, Venezuela ha ratificado o adherido cinco convenciones: el Convenio sobre notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extrajudiciales en materia civil o comercial²⁴, el Convenio sobre obtención de pruebas en el extranjero²⁵, el Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción de menores²⁶, el Convenio sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional²⁷, y el Convenio para suprimir la exigencia del requisito de legalización de documentos²⁸.

Dentro de la codificación regional americana, Venezuela forma parte del Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (Congreso Boliviano, Caracas 1911)²⁹, del Tratado de Derecho Internacional Privado, conocido como Código Bustamante (Sexta Conferencia Panamericana, La Habana 1928)³⁰ y los Protocolos sobre Personalidad Jurídica de las Compañías Extranjeras³¹ y sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes³² (Séptima Conferencia Panamericana, Washington 1936 y 1941, respectivamente).

En el marco de las CIDIPs, Venezuela ha ratificado catorce instrumentos: Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas³³, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional³⁴, Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias³⁵, Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero³⁶, Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranje-

²¹ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 3.008, 31/08/1982.

²² *Gaceta Oficial*, N° 34.541, 29/08/1990.

²³ *Gaceta Oficial*, N° 36.430, 07/04/1998.

²⁴ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.635, 28/09/1993.

²⁵ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.635, 28/09/1993.

²⁶ *Gaceta Oficial*, N° 36.004, 19/0/1996.

²⁷ *Gaceta Oficial*, N° 36.060, 08/10/1996.

²⁸ *Gaceta Oficial*, N° 36.446, 05/05/1996.

²⁹ *Diario Oficial*, N° 15013, 07/10/1913.

³⁰ *Gaceta Oficial*, N° 17.698, 09/04/1932.

³¹ Ratificado en 1937.

³² *Gaceta Oficial*, N° 20.643, 13/11/1941.

³³ *Gaceta Oficial*, N° 33.150, 23/01/1985.

³⁴ *Gaceta Oficial*, N° 33.170, 22/02/1985.

³⁵ *Gaceta Oficial*, N° 33.033, 03/08/1984.

³⁶ *Gaceta Oficial*, N° 33.170, 22/02/1985.

ro³⁷ de la CIDIP I, Panamá, 1975; Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Cheques³⁸, Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles³⁹, Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros⁴⁰, Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero⁴¹, Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado⁴², y Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias⁴³ de la CIDIP II, Montevideo, 1979; Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero⁴⁴ de la CIDIP III, La Paz, 1984; Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores⁴⁵ de la CIDIP IV, Montevideo, 1989; y la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales⁴⁶ de la CIDIP V, México, 1994.

Tanto la doctrina como la práctica judicial, suelen centrar el estudio del DIPr venezolano en torno a los tratados más recientes y a la LDIPV. El Acuerdo Boliviano, por ejemplo, tiene escasa aplicación práctica⁴⁷. Una suerte semejante acompaña al Código Bustamante, aunque formalmente sigue formalmente vigente y es aplicado por nuestros tribunales. Buena parte de sus soluciones, propias de la época de su aprobación, no son consideradas por la doctrina como principios de DIPr generalmente aceptados, en el sentido del art. 1 LDIPV⁴⁸.

4. El Derecho internacional privado venezolano y MERCOSUR

Venezuela formó parte de la Comunidad Andina de Naciones desde su creación en 1969, hasta mayo de 2006 cuando decidió retirarse. En ese mismo año firmó en Buenos Aires el Protocolo de Adhesión a MERCOSUR, pero su ingreso sólo se materializó con la aprobación del mismo, por el Congreso de Paraguay, el pasado 18 diciembre 2013, tal como lo exige el art. 12 del propio Protocolo de Adhesión.

³⁷ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 3.511, 30/01/1985.

³⁸ *Gaceta Oficial*, N° 33.143, 14/01/1985.

³⁹ *Gaceta Oficial*, N° 33.170, 22/02/1985.

⁴⁰ *Gaceta Oficial*, N° 33.144, 15/01/1985.

⁴¹ *Gaceta Oficial*, N° 33.170, 22/02/1985.

⁴² *Gaceta Oficial*, N° 33.252, 26/06/1985.

⁴³ *Gaceta Oficial*, N° 33.171, 25/02/1985.

⁴⁴ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.580, 21/05/1993.

⁴⁵ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 5.070, 28/05/1996.

⁴⁶ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 4.974, 22/09/1995.

⁴⁷ Para 1976, Parra Aranguren registraba poco más de 10 sentencias en las cuales se aplicó el Acuerdo Boliviano (Parra Aranguren, Gonzalo, El Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1975/1976, N° 22, pp. 9 ss., especialmente pp. 25-33. Este número disminuyó con la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Laudos y Sentencias Extranjeras, debido a que todos los Estados partes en el primero ratificaron la segunda.

⁴⁸ C. Madrid Martínez, "Art. 1", *op. cit.*, pp. 141 ss.

Sin embargo, aún no está claro cuáles normas de DIPr aprobadas en el marco del MERCOSUR estarían vigentes en Venezuela. Consideremos que de acuerdo con el art. 42 del Protocolo de Ouro Preto, las normas aprobadas por este sistema de integración "...deberán, en cuanto sea necesario, ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país". Debido a que tales normas no son auto ejecutivas debido a la supremacía reconocida a los poderes legislativos nacionales, Venezuela estaría obligada a adherir formalmente, al menos, los tratados que están vigentes en los demás Estados de MERCOSUR, aplicando el procedimiento que para ello establece su Derecho interno.

Al respecto, de conformidad con el art. 154 CRBV, todos los tratados celebrados por la República deben ser aprobados por la Asamblea Nacional antes de su ratificación por el poder ejecutivo, a excepción, entre otros, de aquellos mediante los cuales se trate de ejecutar o perfeccionar obligaciones preexistentes de la República, lo cual se ha entendido como una referencia a las normas de integración. Tal concepción parece ratificarse en el ya mencionado art. 153 CRBV, cuando establece que las normas que se adopten en el marco de los acuerdos de integración serán consideradas parte integrante del ordenamiento legal vigente y de aplicación directa y preferente a la legislación interna. Con lo cual pareciera aceptarse una vigencia directa de algunos de los tratados de MERCOSUR.

Por otra parte, debe considerarse que algunos de estos establecen su propia vigencia, de pleno derecho, a partir de la adhesión al Tratado de Asunción. Así ocurre, por ejemplo, con el Protocolo de Santamaría sobre jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo (art. 16) o con el Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (art. 17). En todo caso, deberemos esperar una decisión formal de Venezuela para saber como procederá frente al sistema normativo de MERCOSUR.

II. Sistema de Derecho internacional privado venezolano

1. Jurisdicción de los tribunales venezolanos

A) Principios generales

La LDIPV establece, en su art. 47, el principio general de derogabilidad de la jurisdicción venezolana a favor de tribunales extranjeros, con tres excepciones: los casos de controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en Venezuela, los casos en que no es posible recurrir a la transacción y los casos que son contrarios a los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano (orden público). En estos tres supuestos la sumisión de las partes a un tribunal extranjero no surte efectos frente a los tribunales venezolanos, los cuales conservan su jurisdicción para conocer de la causa. También hay inderogabilidad de la jurisdic-

ción venezolana en materia de contratos de seguros celebrados con compañías extranjeras (art 358 CCom; y en materia de contratos de transporte de bienes o de personas que ingresan al territorio venezolano (art 10 LCM).

Además, nuestro sistema reconoce dos casos de jurisdicción exclusiva. En primer lugar, el art. 151 CRBV establece la jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos en los casos de “contratos de interés público”, de manera que en ellos se considerará incorporada, aun cuando no estuviere escrita, una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales venezolanos. En segundo término, el caso de los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en Venezuela (art 53,3 LDIPV). De hecho, los tribunales venezolanos no aceptarán la sumisión de las partes con respecto a acciones que afecten la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, a menos que lo permita el Derecho de su situación (art 46 LDIPV). En caso que un tratado internacional determine que el asunto se encuentra atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado, los tribunales venezolanos se abstendrán de conocer (art 5 Decreto Ley de Procedimiento Marítimo⁴⁹).

Además, conviene mencionar que el sistema venezolano consagra el llamado *forum necessitatis*. Así, el art. 43 de la Ley dispone que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio⁵⁰.

Nuestro sistema admite ciertas excepciones al ejercicio de la jurisdicción, en los casos en los que nuestros tribunales formalmente la detenten. Ocurre cuando las partes deciden someterse a un tribunal extranjero⁵¹ o a árbitros que resuelvan en el extranjero⁵², siempre que no se trate de supuestos de jurisdicción inderogable o de jurisdicción exclusiva, como hemos afirmado *supra*; cuando el demandado tenga

⁴⁹ *Gaceta Oficial*, N° Extraordinario 5.554, 13/11/2001.

⁵⁰ En sentido similar, el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores consagra un foro alternativo de jurisdicción para casos de urgencia, permitiendo al actor elegir entre las autoridades del Estado parte donde el menor se encontrare ilegalmente trasladado o retenido o ante el Estado parte donde se hubiere producido el acto o hecho ilícito que diera motivo a la reclamación. Tal alternatividad obedece a la necesidad de asegurar las posibilidades de restitución puesto que, el fondo de la controversia es competencia del juez de la residencia habitual del menor. *Vid.*:A. Carrasquero Stolk, *Art. 43 de la Ley de Derecho internacional privado. Una incógnita a resolver*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2009, Serie Tesis, N° 1.

⁵¹ TSJ/Sala Constitucional (SC), Sent. 682, 30/03/2006, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Marzo/682-300306-05-2295.htm>; TSJ/SPA, Sent. 05980, 19/10/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05980-191005-2005-1023-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. 6073, 02/11/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/06073-021105-2004-1390.htm>.

⁵² En esta materia resulta interesante, aunque no es la única: TSJ/SPA Sent. 0476, 25/03/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>.

inmunidad de jurisdicción⁵³; y, desde la perspectiva procesal, cuando exista cosa juzgada, litispendencia o conexidad internacionales⁵⁴.

Además de estas excepciones, el sistema venezolano admite que, en materia de abordaje marítimo, los tribunales venezolanos que hayan asumido jurisdicción por haber citado personalmente al demandado, por ser el lugar donde uno de los buques es embargado con motivo del abordaje o donde se otorgue la fianza sustitutiva; o por ser el lugar donde, después del abordaje, uno de los buques hace su primera escala o arriba eventualmente, puedan discrecionalmente declinar su jurisdicción, a solicitud del demandado, en favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado. Para decidir, el tribunal tomará en cuenta la vinculación que las partes, buques, aseguradores y tripulantes puedan tener con la jurisdicción extranjera. A pesar que esta norma exige que el proceso en el extranjero se haya iniciado al momento de solicitar la declinatoria, algunos autores entienden que esta norma consagra la excepción del *forum non conveniens*, figura cuya procedencia había sido rechazada por la jurisprudencia⁵⁵.

Para tramitar estos casos, la LDIPV (art 57) y el CPC (arts 59, 62–64 y 66) establecen el procedimiento de falta de jurisdicción frente al juez extranjero. A falta de un procedimiento especial para el arbitraje, se ha aceptado la aplicación de éste al caso de la falta de jurisdicción frente al árbitro⁵⁶.

B) Foro general

En el marco de la LDIPV, el primer criterio atributivo de jurisdicción es el domicilio del demandado (art 39). Este criterio funciona para todo tipo de proceso, independientemente de su objeto (bienes, obligaciones, Derecho de familia, etc.), del tipo de demanda (declarativa, constitutiva o de condena), o de la localización espacial de los hechos o derechos en disputa. El domicilio del demandado se entenderá ubicado, en el caso de las personas físicas, en el lugar donde éstas tengan su

⁵³ Entre otras decisiones, resultan emblemáticas dos decisiones: Corte Suprema de Justicia (CSJ)/SPA, Sent. 05/05/1994 *Irama Rodríguez vs. Sistema Económico Latinoamericano (SELA)*, en: *Jurisprudencia de la CSJ* de Oscar Pierre Tapia, mayo 1994, pp. 247 ss.; y CSJ/SPA, Sent. 30/07/1998, *Lilia M. Ramírez c. Estados Unidos de América*, en: *Jurisprudencia de la CSJ* de Oscar Pierre Tapia, julio 1998, pp. 226 ss.

⁵⁴ En materia de litispendencia, dos sentencias han completado el art. 58 LDIPV (“La jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un Juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella”), estableciendo los requisitos de procedencia de esta excepción: TSJ/SPA, Sent. 2159, 10/10/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/02159-101001-01-0133.HTM>; y TSJ/SPA Sent. 1121, 19/09/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/septiembre/01121-190902-02-0017.HTM>

⁵⁵ TSJ/SPA Sent. N° 01543, 18/07/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01543-180701-0719.htm>

⁵⁶ *Vid.* CSJ/SPA, Sent. 09/10/1997, en E. Hernández-Breton, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 1998, N° 109, pp. 141 ss.

residencia habitual (art 11 LDIPV); y en el caso de las personas jurídicas, ante el silencio de la Ley y sobre la base de una calificación *ex lege fori*, se entenderá ubicado, para los entes morales civiles en el lugar donde esté situada su dirección o administración (art 28 CCV); y para las personas jurídicas de carácter mercantil en el lugar que determina su contrato constitutivo, y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal (art 203 CCom.)⁵⁷.

Este foro, que no tiene carácter exclusivo ni inderogable, sino más bien alternativo, de manera que las partes pueden de común acuerdo elegir litigar en un foro diferente, ha sido ampliamente aplicado por los tribunales. Se reconoce incluso que su finalidad es facilitar y hacer menos onerosa la defensa del demandado⁵⁸.

Ahora bien, si en el caso concreto el demandado no estuviere domiciliado en territorio venezolano, el juez tendrá que evaluar si se trata de una acción de contenido patrimonial (art. 40), una acción relativa a universalidades de bienes (art. 41) o una acción referida al estado de las personas o a las relaciones familiares (art. 42).

⁵⁷ Vid. TSJ/SPA, Sent. 2207, 21/11/2000, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02207-211100-0970.htm>; TSJ/SPA, Sent. 2872, 29/11/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/02872-291101-01-0325.htm>; TSJ/SPA, Sent. 5878, 13/10/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05878-111005-2005-1871-2.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1544, 14/06/2006, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01544-140606-2005-1248.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0140, 31/01/2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00140-31107-2007-2007-0017.html>; TSJ/SPA, Sent. 00249, 14/02/2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00249-14207-2007-2007-0050.html>

⁵⁸ TSJ/SPA, Sent. 1359, 13/06/2000, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01359-130600-14878%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0303, 07/03/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00303-070301-0435.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1830, 08/08/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/01830-080801-13487.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0135, 30/01/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00135-300102-11503%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0344, 26/02/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00344-260202-01-0134.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0574, 09/04/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00574-090402-01-0288.htm>; TSJ/SPA, Sent. 00575, 09/04/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00575-090402-01-0346.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0617, 16/04/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00617-160402-01-0406.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0245, 20/02/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00245-200203-2002-1108.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0335, 06/03/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00335-060303-2001-0804.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0474, 25/03/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00474-250303-2002-0758.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0476, 25/03/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Marzo/00476-250303-2003-0044.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0586, 22/04/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00586-220403-2003-0151.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0846, 11/06/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00846-110603-2003-0468.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1410, 23/09/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01410-230903-2003-0980.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0680, 23/06/2004, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00680-230604-2004-0399.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1603, 29/09/2004, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Septiembre/01603-290904-2004-0785.htm>; TSJ/SPA, Sent. 5980, 19/10/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05980-191005-2005-1023-1.htm>; TSJ/SPA, Sent. 6073, 02/11/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Noviembre/06073-021105-2004-1390.htm>; TSJ/SPA, Sent. 6454, 07/12/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/06454-071205-2004-0002.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0192, 02/02/2006, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00192-020206-2004-0122.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0140, 31/01/2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00140-31107-2007-2007-0017.html>

C) Acciones de contenido patrimonial

El art. 40 LDIPV establece seis criterios atributivos de jurisdicción para las acciones de contenido patrimonial. Estos criterios son concurrentes, de manera que será el demandante quien elija donde interponer la demanda. Así, en primer lugar, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción, cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República. La referencia a la “tenencia” sugiere la posibilidad de que no sólo se trate de derechos reales –supuesto que podría entenderse englobado por la expresión “disposición”–, sino también de cualquier tipo de relación vinculada con bienes, lo cual afianza nuestra opinión, en relación con su aplicabilidad, no sólo a situaciones de carácter real, sino también a relaciones obligacionales.

En segundo lugar, tribunales venezolanos tendrá jurisdicción cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio. Generalmente, se ha entendido que los dos primeros criterios estarían referidos a los contratos y el último a las obligaciones extracontractuales. Lo cierto es que sólo el lugar de celebración funciona exclusivamente para los contratos⁵⁹. El lugar de ejecución funciona para todo tipo de obligación⁶⁰. Incluso el último criterio, entendido como una referencia al *forum delicti commissi* que da cabida tanto al lugar donde se produce la causa generadora del daño, como aquel donde se verifica el efecto dañoso⁶¹, podría aplicarse a los contratos, y así lo ha admitido la jurisprudencia⁶².

El ordinal tercero del art. 40 dispone que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción cuando el demandado haya sido personalmente citado en territorio de la República. Para que este criterio funcione, es necesario que la citación sea personal y que se haya practicado en territorio venezolano. Igualmente ha de considerarse que la citación, de conformidad con el art. 56 LDIPV, deberá realizarse de acuerdo con las exigencias establecidas por el sistema procesal venezolano⁶³.

⁵⁹ TSJ/SPA, Sent. 5895, 11/10/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05895-111005-2001-0837.htm>; TSJ/SPA, Sent. 5878, 13/10/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/05878-111005-2005-1871-2.htm>.

⁶⁰ TSJ/SPA, Sent. 4541, 21/06/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04541-220605-2001-0245.htm>; TSJ/SPA, Sent. 6510, 13/12/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/06510-131205-2004-0806.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1285, 17/05/2006, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/01285-180506-2006-0772.htm>; TSJ/SPA, Sent. 1403, 07/08/2007, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/01403-7807-2007-2007-0704.html>.

⁶¹ CSJ/SPA Sent. 21/10/1999, Jurisprudencia de Ramírez & Garay, 1999, T. CLVIII, pp. 762 ss.

⁶² TSJ/SPA, Sent. 01359, 13/06/2000, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01359-130600-14878%20.htm>

⁶³ TSJ/SPA Sent. 1543, 18/07/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01543-180701-0719.htm>

Finalmente, el ordinal cuarto de la norma comentada hace referencia a la sumisión expresa y tácita. En el marco de la Ley, la sumisión expresa “deberá constar por escrito” (art 44) y, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, deberá plasmar de forma indubitable la voluntad de las partes de someter la controversia a una jurisdicción determinada⁶⁴. Por su parte, la sumisión tácita resulta, “por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva” (art 45)⁶⁵.

En materia de comercio marítimo, la LCM admite, además de los criterios establecidos por los arts. 39 y 40 LDIPV, que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en los casos de acciones sobre buques inscritos en el Registro Naval Venezolano, independientemente de la jurisdicción de las aguas donde se encuentren y sobre los buques extranjeros que se encuentren en aguas en las que la República ejerza derechos exclusivos de soberanía y jurisdicción, las operaciones que tengan lugar en las zonas portuarias y cualquier otra actividad que se desarrolle en el espacio acuático nacional (art 12).

La Ley de Aeronáutica Civil, en su art. 157,3, afirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos sobre aeronaves de matrícula nacional o extranjera si, en el caso de estas últimas, se encontraren en territorio venezolano, y además se consagra el principio del paralelismo al someter a la jurisdicción de los tribunales venezolanos, aquellos casos en los cuales resulte aplicable la legislación venezolana, debido a que el sistema conflictual haya determinado su competencia.

D) Acciones sobre universalidades de bienes

El art. 41 LDIPV afirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer de acciones relativas a universalidades de bienes, en primer lugar, cuando el Derecho venezolano resulte competente para regular el fondo del litigio, con lo cual se consagra el principio del paralelismo. Así, el juez venezolano deberá consultar la norma de conflicto correspondiente, determinar el Derecho aplicable, y sólo luego podrá determinar si tiene o no jurisdicción. El segundo criterio, es la ubicación en Venezuela, de bienes que formen parte integrante de la universalidad⁶⁶. Este criterio podría conducir a un foro exorbitante, cuando los bienes en cuestión no fueren representativos de la universalidad de que se trate.

⁶⁴ TSJ/SPA, Sent. 4541, 22/06/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-2001-0245.htm>

⁶⁵ TSJ/SPA, Sent. 1173, 20/06/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/01173-200601-14730%20.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0245, 20/02/2003, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00245-200203-2002-1108.htm> TSJ/SPA, Sent. N° 04541, 22/06/2005, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/04541-220605-2001-0245.htm>.

⁶⁶ TSJ/SPA, Sent. 1405, 07/10/2009, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01405-71009-2009-2009-0687.html>

E) Acciones sobre el estado de las personas y las relaciones familiares

La LDIPV establece, en su art. 42, los casos en los que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción cuando se trate de acciones relativas a cuestiones de estado y relaciones familiares. Así, se consagra en primer lugar, el ya comentado principio del paralelismo⁶⁷; y, en segundo término, la sumisión a los tribunales venezolanos, siempre que exista una vinculación efectiva con el territorio de la República. La conexión exigida por la norma debe verificarse a través de circunstancias fácticas que realmente vinculen a los litigantes con el territorio venezolano, como ocurre con el lugar de celebración del matrimonio, el hecho de haber estado la pareja domiciliada en Venezuela, tener hijos en Venezuela, tener bienes en el territorio de la República; el hecho de poseer bienes en el territorio de la República; la nacionalidad venezolana de los litigantes, entre otros⁶⁸.

2. Derecho aplicable a las relaciones privadas internacionales

A) Características generales del sistema

El sistema venezolano reconoce cierto predominio del método conflictual, aunque también ordena la necesaria aplicación de las normas imperativas del foro (arts 10 LDIP y 11 segundo párrafo Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, CIDACI) y se establece la consideración de las normas imperativas del Derecho de terceros Estados (encabezamiento art 11 CIDACI).

Ahora bien, como parte del Derecho venezolano, las normas de conflicto deben ser aplicadas de oficio por el juez, aunque no exista una norma expresa que así lo exija. Consecuencialmente, cuando esa norma de conflicto indique la aplicación de un Derecho extranjero, el juez deberá aplicarlo y, en caso contrario, su sentencia podría ser objeto del recurso extraordinario de casación. Las partes tienen la opción, mas no la carga, de proveer información sobre el Derecho extranjero aplicable. Esto también es consecuencia de uno de los requisitos de forma de la demandada, establecido en el art. 340.5 CPC, norma que ordena que el demandante indique los

⁶⁷ Criterio aplicado en: CSJ/SPA, Sent. 212, 27/05/1993, Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1993, T. 125, pp. 622 ss.; TSJ/SPA, Sent. 1023, 03/05/2000, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Mayo/01023-030500-16039.htm>

⁶⁸ CSJ/SPA, Sent. 15/07/1999, en: Jurisprudencia Ramírez & Garay, 1999, T. CLVI, pp. 595 ss.; TSJ/SPA, 0030, 28/01/2004, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00030-280103-2000-1217.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0596, 02/06/2004, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Junio/00596-020604-2002-0340.htm>; TSJ/SPA, 2822, 14/12/2004, en: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Diciembre/02822-141204-2004-0896.htm>; TSJ/SPA, Sent. 0114, 03/02/2010, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00114-3210-2010-0014.html>; TSJ/SPA, Sent. 0586, 04/05/2011, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00586-4511-2011-0071.html>; TSJ/SPA, Sent. 0136, 05/02/2014, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/160857-00136-5214-2014-2012-1780.html>

fundamentos de Derecho en que se basa su pretensión. Sin embargo, el juez no está vinculado por la declaración del demandante.

Confirmando la posición del Código Bustamante (arts 409–412) y las Convenciones Interamericanas sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (arts 2 y 4) y sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, la LDIPV dispone, en su art. 2, que el Derecho extranjero competente debe ser aplicado de conformidad con los principios que rigen en el país extranjero respectivo y de manera que se realicen los objetivos de las normas venezolanas de conflicto. Esta última expresión ha sido interpretada por la doctrina como refiriéndose a la necesidad de alcanzar la justicia material de cada caso concreto. Así, el objetivo general de la Ley sería el equilibrio entre la justicia formal y la material, pero también se ha aceptado que algunas de sus normas tienen objetivos específicos. El respeto a la irrestricta autonomía de las partes (art. 29); la validez formal de los actos (art 37); la protección de la víctima (art 32); la protección de los hijos (art 24) y de los incapaces (art 26) son algunos de ellos⁶⁹.

La propia Ley ordena que el Derecho extranjero sea aplicado de oficio, de manera que el juez deberá investigarlo⁷⁰, pero no desconoce la posibilidad de las partes de aportar información acerca de ese Derecho⁷¹ y la facultad de los tribunales y autoridades para dictar provisiones en orden a obtener mejor conocimiento sobre el mismo (art 60). Finalmente, los recursos establecidos por la Ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se hubiere debido aplicar en la decisión contra la cual se interponen (art 61).

A pesar de la claridad del sistema, antes de la entrada en vigencia de la LDIPV, la jurisprudencia fue un poco errática⁷². Sin embargo, en la actualidad puede hablarse de una aceptación general de la tesis jurídica⁷³. Incluso la propia jurisprudencia ha

⁶⁹ E. Hernández-Breton, “Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto”, *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samleben*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2002, pp. 169 ss, esp. p. 178; C. Madrid Martínez, “Instituciones generales en la Ley de Derecho internacional privado venezolana”, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 107 ss., especialmente p. 132.

⁷⁰ TSJ/Sala de Casación Civil (SCC), Sent. 0065, 18/02/2011, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/febrero/EXE.000065-18211-2011-09-464.HTML>.

⁷¹ Para tales efectos, en Venezuela se ha aceptado el informe de expertos. *Vid.* TSJ/Sala de Casación Social (SCS), Sent. 0894, 02/06/2009, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scs/Junio/0894-1609-2009-08-309.html>.

⁷² Con sentencias que se decantaron por la tesis fáctica del Derecho extranjero, *vid.* CSJ/SCC, Sent. 09/08/1979, en: *Gaceta Forense*, 3ª Et., 1979, t. 105, pp. 455 ss.; y CSJ/SCC, Sent. 04/10/1984, *Gaceta Forense*, 3ª Et., 1984, t. 126 II, pp. 588 ss.

⁷³ La primera sentencia que en Venezuela admitió la aplicación de oficio del Derecho extranjero fue un decreto de adopción dictado por la Corte Superior del Distrito Federal en fecha 24/11/1906, su texto puede verse en: Muci-Abraham, José, *Jurisprudencia venezolana en materia de reenvío*, en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCV*, 1955, N° 3, pp. 120 ss. A esta sentencia siguen, entre otras: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. 29/09/1966, en *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, 1966, Vol. XIV, pp. 128 ss.; CSJ/SCC,

establecido la forma en que ha de interponerse el recurso de casación por falta de aplicación, falsa aplicación o errónea interpretación del Derecho extranjero, señalando cuáles son las normas que deben denunciarse en cada caso⁷⁴.

Ahora bien, el método conflictual está acompañado de una serie de principios que determinan su funcionamiento, dentro de las cuales destaca la consagración de las instituciones generales, de manera de otorgar al juez cierta libertad para encontrar soluciones justas para cada caso concreto. Así, en materia de calificaciones, por ejemplo, puede decirse que el sistema venezolano acepta el juego de una doble calificación al admitir la calificación *ex lege fori* como regla general (art 6 CB) y establecer, en el art. 2 LDIPV, que el Derecho extranjero habrá de aplicarse según sus propios principios⁷⁵. Además, la Ley establece una serie de calificaciones autónomas en materia de domicilio general (art 11), domicilio de la mujer casada (art 12), domicilio de los menores e incapaces (art 13), domicilio de funcionarios (art 14) y lugar de constitución de las personas jurídicas (art 20).

El reenvío es admitido en primer y segundo grado⁷⁶ y, en cualquier otro caso, deberá aplicarse la norma material que sea declarada competente por la norma venezolana de conflicto (art 4 LDIPV). Esta regla general no se aplica en materia de contratos (art 17 CIDACI) y, doctrinariamente se ha afirmado que tampoco se aplica en materia de hechos ilícitos, forma de los actos y cuestiones relativas a niños. En todo caso, debido al mandato de atender a los objetivos de las normas de conflicto venezolanas, el reenvío podría jugar un rol fundamental a la hora de determinar la solución justa para cada caso concreto⁷⁷.

Las situaciones jurídicas válidamente creadas también son reguladas por la Ley en su art. 5 ordenando su reconocimiento, siempre que hayan sido constituidas conforme a un Derecho que se atribuya competencia de acuerdo a criterios internacionalmente admisibles, mejorando de esta manera las soluciones contenidas en el

Sent. 16/01/1985, Gaceta Forense 3ª Et., 1985, T. 127 II, 1985, pp. 799 ss.; TSJ/SPA, Sent. 0499, 09/05/2012, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00499-9512-2012-2012-0532.html>; entre otras.

⁷⁴ TSJ/SCC, Sent. 0871, 20/12/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Diciembre/RC-0451-201201-00871.htm>

⁷⁵ Esta tesis fue aceptada jurisprudencialmente, incluso antes de la vigencia de la LDIPV. Ver: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. 29/09/1966, en Jurisprudencia de los Tribunales de la República, 1966, Vol. XIV, pp. 128 ss.

⁷⁶ Antes de la entrada en vigencia de la LDIPV, nuestros tribunales dictaron dos sentencias en las cuales se aceptaba el reenvío de primer grado en materia de adopción (Corte Superior del Distrito Federal, decreto de adopción, 24/11/1906, Muci-Abraham, Jurisprudencia venezolana... ob. cit.) y en materia de forma de los cheques (Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. 29/09/1966, en Jurisprudencia de los Tribunales de la República, vol. XIV, 1966, pp. 128 ss.). Este último caso se fundamentó en el art. 483 CCom, que admitía el reenvío hasta de segundo grado, en materia de capacidad para obligarse por una letra de cambio.

⁷⁷ E. Hernández-Bretón, "Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho internacional privado", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2000, N° 117, pp. 27, esp. pp. 38-40.

art. 8 del Código Bustamante (Derecho indicado por la norma de conflicto) y el art. 7 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales (todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación). Sólo se establecen tres limitaciones al reconocimiento de estas soluciones: el orden público, la competencia exclusiva del Derecho venezolano, y el incumplimiento de los objetivos de las normas venezolanas de conflicto⁷⁸.

De acuerdo con el art. 6 LDIPV, norma que coincide en su solución con el art. 8 de la Convención Interamericana de Normas Generales, las cuestiones previas, preliminares o incidentales, que se producen con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de conformidad con el Derecho que rige esta última. Así, se deja al juez en libertad para elegir entre la aplicación de la norma de conflicto del sistema que rige la cuestión principal o la del foro, teniendo siempre en cuenta la justicia material del caso concreto. En los casos en que sea necesario aplicar varios ordenamientos a una misma relación jurídica, tanto la LDIPV (art 7) como la Convención de normas generales (art 9), disponen su aplicación armónica, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto. Con esta regulación se deja al juez en libertad para elegir la solución que mejor convenga al caso concreto.

Finalmente, el sistema venezolano consagra una serie de excepciones a la aplicación del Derecho extranjero. Destaca entre ellas, el orden público, institución consagrada en prácticamente todas las fuentes del sistema venezolano. Excepción hecha del Código Bustamante, donde esta institución funciona de manera apriorística, tanto las convenciones interamericanas y de La Haya, como la LDIPV en su art. 8, establecen la no aplicación del Derecho extranjero sólo cuando el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano.

De acuerdo con los artículos 9 de la Ley y 3 de la Convención, la institución desconocida permite descartar el Derecho extranjero sólo si no existe en el ordenamiento jurídico venezolano una institución o procedimiento análogo, con lo cual se consagra una calificación funcional. Finalmente, el fraude a la ley es regulado únicamente en la Convención interamericana, cuyo art. 6 dispone que no se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosemente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. La difícil cuestión de determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas, es dejada a juicio del Estado receptor. La LDIPV no regula el fraude de manera general.

⁷⁸ El reconocimiento de situaciones válidamente adquiridas fue aplicado, con fundamento en la norma de la Convención Interamericana, en: TSJ/SCS, Aclaratoria AA60-S-2004-001213, 09/08/2008, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Agosto/1099-090805-041213.htm>

B) Personas físicas y relaciones familiares

i) El estado y la capacidad de las personas físicas se rigen por el Derecho de su domicilio (art 16 LDIPV), el cual es calificado por la propia LDIPV como el lugar donde la persona tiene su residencia habitual (art 11). Además, se entiende que la mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 (art 12); el domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual (art 13); y cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional no producirá los efectos previstos en los artículos anteriores (art 14). La LDIPV acepta el principio según el cual el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida (art 17) y consagra la excepción de la *lex in favore negotii* en su art. 18, de manera que quien sea incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto.

ii) La aceptación del domicilio como factor de conexión personal, lo cual constituye el principal cambio de la Ley respecto del sistema derogado, se refleja en la regulación de las distintas relaciones familiares, tal como ocurre, por ejemplo, con el matrimonio. En efecto, la capacidad para contraer matrimonio y sus requisitos de fondo se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio (art 21 LDIPV). Además de unificar la regulación de los efectos del matrimonio, esta norma mantiene la unidad patrimonial del matrimonio, lo cual permite que si hay bienes en varios Estados, se aplique un solo ordenamiento jurídico y se evite con ello el fraccionamiento del Derecho aplicable, con las complicaciones propias de este supuesto. El art. 22 LDIPV somete los efectos personales y patrimoniales del matrimonio al Derecho del domicilio común de los cónyuges. Si estos tuvieren domicilios distintos, se aplicará el Derecho del último domicilio común. La propia norma añade, en su aparte único, que las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un Derecho extranjero competente puedan ser inscritas en cualquier momento en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República.

iii) Conforme al art. 23 LDIPV, el divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda y, para evitar el fraude a la Ley, la propia norma afirma que el cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual. La nulidad del matrimonio no es regulada por la LDIPV, por lo que se recomienda recurrir, como principio, al art. 47 del Código Bustamante y aplicar el Derecho que rige la condición que la motive.

iv) El establecimiento de la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos, se rigen por el Derecho del domicilio del hijo en virtud del art. 24 LDIPV, consagrando con ello el estatuto autónomo del hijo, para cuya determinación habrá de recurrirse al ya citado art. 13 de la propia Ley.

v) En materia de adopción, ha de mencionarse que la Constitución reconoce, en su art. 75, el principio de subsidiariedad de la adopción internacional. Esta norma es desarrollada en la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuyo art. 407 reafirma el principio de subsidiariedad y dispone que la adopción nacional sólo podrá solicitarse por quienes tengan residencia habitual en el país. El cambio de residencia habitual del solicitante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio nacional con el propósito de fijar en él su residencia habitual, repitiendo el sentido del párrafo único del art. 23 LDIPV. La propia norma califica a la adopción como internacional cuando el adoptado tiene su residencia habitual en un Estado y el o los solicitantes de la adopción tienen su residencia habitual en otro, al cual va a ser desplazado el adoptado. Para evitar fraude a la Ley, cuando el adoptado tiene su residencia habitual en Venezuela y el desplazamiento se produce antes de la adopción, ésta debe realizarse íntegramente conforme a la ley venezolana. La norma comentada establece expresamente que la adopción internacional deberá responder al interés superior del adoptado. Además del Convenio de La Haya sobre adopción –único tratado vigente en Venezuela que regula la materia–, por su especialidad, las disposiciones de la Ley de protección de la niñez tienen preferente aplicación sobre la LDIPV, cuyo art. 25 se limita a establecer que al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de la adopción.

vi) Finalmente, la LDIPV somete la tutela y demás instituciones de protección de incapaces al Derecho del domicilio del incapaz (art 26). Tal como ocurre en materia de menores, esta norma ha de interpretarse a la luz del art. 13 de la Ley, de manera que el Derecho aplicable dependerá de la propia residencia habitual del incapaz.

C) Personas jurídicas

La LDIPV sólo contiene una norma para regular las personas jurídicas de carácter privado, la cual se limita a establecer el Derecho aplicable a diversos aspectos de las mismas. Sin embargo, puede afirmarse que nuestro sistema acepta el principio de reconocimiento, de pleno Derecho, de la personalidad jurídica de las corporaciones extranjeras (Protocolo sobre la Personalidad Jurídica de Compañías Extranjeras, arts 3 Convención Interamericana sobre sociedades mercantiles, 252 CB, 356 CCom).

Ahora bien, con una norma similar a la contenida en el art. 2 de la Convención Interamericana sobre sociedades mercantiles, el art. 20 LDIPV dispone que la exis-

tencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas de carácter privado están sometidas al Derecho del lugar de constitución, entendido como aquel donde se cumplen los requisitos de fondo y forma para su creación. Justamente a partir de las disposiciones de la Convención Interamericana, se ha entendido que la capacidad referida en la norma citada es la de goce. La capacidad de obrar estaría sometida, en virtud del art. 4 del citado convenio, al Derecho del lugar en que la persona jurídica actúe, pues tal norma dispone la aplicación al ejercicio directo o indirecto de los actos comprendidos en el objeto social de las sociedades mercantiles, del Derecho del Estado donde los realizaren.

En materia de insolvencia, la Ley no contiene normas especiales, tampoco hay tratados que regulen la materia y el Código Bustamante se limita a reconocer el principio de unidad de la insolvencia (art 414) y a establecer una serie de normas para el reconocimiento extraterritorial de las decisiones sobre la materia. Ante este silencio, la doctrina recomienda recurrir al Derecho del domicilio del fallido, debido a que es éste el factor de conexión aplicable en otros casos de universalidades de bienes como las sucesiones (art 34)⁷⁹.

D) Bienes

La regulación de los bienes y los derechos reales gira en torno a la aplicación de la regla *Lex rei sitae*. En efecto, este principio es reconocido, en el Derecho interno, tanto por la LDIPV (art 27) como, a través de una formulación especial, por la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido (art 3). Esta última Ley dispone la aplicación del Derecho del lugar de ubicación del bien, independientemente del Derecho que rige el contrato, con lo cual reconoce la separación de los efectos reales y personales del contrato para la determinación del Derecho aplicable.

Debemos apuntar, además, que la LDIPV atiende el problema de los conflictos móviles, basándose en el principio de los derechos adquiridos, al disponer que el desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. No obstante, tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación (art 28).

E) Obligaciones contractuales

La regulación de los contratos internacionales en el marco de la LDIPV ha procurado, según reconoce su exposición de motivos, resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la CIDACI y las necesidades de una de

⁷⁹ S. Sánquiz, "El Derecho aplicable al concurso internacional en el sistema de Derecho internacional privado venezolano", *Ley de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren*, Caracas, TSJ, 2002, Colección Libros Homenaje N° 1, *Addendum*, pp. 459 ss., especialmente pp. 472-478.

las instituciones de más delicadas repercusiones prácticas en el comercio jurídico internacional. Por tal razón, se ha admitido que las lagunas de la Ley sean colmadas a la luz de las disposiciones de la Convención⁸⁰.

Bien, tanto la Convención como la LDIPV conceden a la autonomía de las partes un papel preponderante en la determinación del Derecho aplicable a los contratos (arts 7 CIDACI y 29 LDIPV). Su ámbito de actuación es bastante amplio, pues no se exige contacto alguno con el sistema elegido; tampoco se limita temporalmente la elección, de manera que la misma puede producirse antes, durante o después de la celebración del contrato, incluso, a salvo la validez formal del mismo y los derechos de terceros, la elección original puede cambiar durante la vida del contrato (art 8 CIDACI). Además, las partes pueden elegir un ordenamiento jurídico para cada parte del contrato o elegir un Derecho sólo para una parte del mismo, pues se admite el *dépeçage* voluntario (art 7 CIDACI)⁸¹. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto (art 7 CIDACI). Lo que no se permite es la elección “presunta” del Derecho aplicable, es decir, que el juez determine el Derecho aplicable, teniendo en cuenta el Derecho que las partes hubieren elegido si se hubieran planteado la cuestión.

En ausencia de elección válida, el contrato estará sometido al Derecho con el cual presente los vínculos más estrechos. Para identificar ese ordenamiento jurídico, el juez deberá tomar en cuenta “*todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato*” (arts 9 CIDACI y 30 LDIPV). La determinación de estos criterios ha dividido a la doctrina venezolana, pues para algunos autores, los criterios subjetivos se refieren a las partes (nacionalidad, domicilio) y los objetivos a la propia relación contractual (lugar de celebración, lugar de ejecución)⁸². Otros, en cambio, asumen la interpretación dada por Siqueiros a la Convención Interamericana y estiman que los elementos objetivos son los puntos de contacto de la relación con diversos ordenamientos jurídicos, independientemente que tengan que ver con

⁸⁰ Vid. O. Dos Santos, Olga, *Contratos internacionales en el ordenamiento jurídico venezolano*. Caracas, Valencia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Vadell Hermanos Editores, 2000; J. Giral Pimentel, *El contrato internacional*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, Colección Estudios Jurídicos N° 71; R. Fabiola, “Derecho aplicable al contrato internacional”. *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV, Fundación Roberto Goldschmidt, 2001, T. I, pp. 203 ss.

⁸¹ La posibilidad de fraccionamiento ya había sido aceptada por la jurisprudencia venezolana, en: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, Sent. 56-1, 12/03/1970, *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, 1970, t. XVIII, pp. 96 ss., confirmada en casación: CSJ/SCC, Sent. 252-71, 27/04/1971, *Jurisprudencia de Ramírez & Garay*, 1971, t. XXX, p. 395.

⁸² F. Romero, “El Derecho aplicable al contrato internacional...”, *loc. cit.*, p. 272. A favor de esta solución se pronuncia Dos Santos, *Contratos internacionales, op. cit.*, p. 115.

las partes o con el contrato; y los elementos subjetivos son los criterios de valoración que permiten al juez determinar el Derecho más vinculado con el contrato⁸³.

Ahora bien, ambos instrumentos establecen que en busca del ordenamiento jurídico más vinculado con el contrato, el juez “También tomará en cuenta los Principios generales del Derecho Comercial Internacional aceptados por organismos internacionales”, ordenando además que se apliquen, “cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto” (arts 9 y 10 CIDACI; 30 y 31 LDIPV). Sobre la base de estas disposiciones, el juez venezolano puede, en efecto, recurrir a la *lex mercatoria* cuando las partes la elijan, en ausencia de elección y para complementar el Derecho estatal elegido por éstas o determinado por el juez⁸⁴. Tal facultad, sin embargo, no ha sido muy utilizada por los jueces⁸⁵.

F) Obligaciones extracontractuales

En la regulación de las obligaciones extracontractuales, la LDIPV distingue entre aquellas derivadas de hechos ilícitos y las que derivan de hechos lícitos. Con respecto a la primera categoría, el art. 32 LDIPV dispone que los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Sin embargo, la víctima puede demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito. A pesar de su redacción, se ha entendido que esta norma consagra la regla *Lex loci delicti commissi*, de manera que la víctima puede elegir entre ambas conexiones. La elección dependería, en primer lugar, de los vínculos más estrechos que presente la situación con los hechos que vinculan al ilícito con un lugar determinado, desde el comienzo del comportamiento ilícito hasta la materialización del perjuicio; y, en segundo lugar, de la necesidad de amparar los intereses de la víctima. En todo caso es obligación del juez, antes de decidir el asunto, escuchar a la víctima y, si fuere el caso, aplicar el Derecho elegido por ésta⁸⁶.

En el caso de los hechos lícitos, el art. 33 dispone que la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se rigen por el Derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación. Así, puede decirse que a la gestión de negocios se aplicará el Derecho del lugar en el cual se realizan los actos

⁸³ Giral Pimentel, *El contrato internacional*, ob. cit., pp. 214–223.

⁸⁴ C. Madrid Martínez, “Un contrato internacional sometido al derecho venezolano y la *lex mercatoria*”, en: *Derecho de las Obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, (Ed. C. Madrid Martínez), Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, pp. 333 ss.

⁸⁵ En Venezuela sólo se han aplicado los Principios Unidroit para calificar un contrato como internacional, en: CSJ/SPA, Sent. 09/10/1997, en E. Hernández-Breton, “Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola...”, *loc. cit.*, pp. 141 ss.

⁸⁶ T. de Maekelt, *Ley venezolana de Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 88–89.

sin autorización; al pago de lo indebido el Derecho del lugar donde se realiza el pago por error; y al enriquecimiento sin causa el Derecho del lugar donde el acreedor recibe el cumplimiento.

G) Forma y prueba de los actos jurídicos

La LDIPV, basada en el principio *pro validitatis*, según reconoce su propia exposición de motivos, consagra el carácter alternativo de la regla *locus regit actum* al disponer, en su art. 37, que los actos jurídicos serán válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos por el Derecho del lugar de celebración del acto; por el Derecho que rige el contenido del acto; o por el Derecho del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes al momento del otorgamiento.

La prueba de los actos jurídicos, por su parte, está signada por la descomposición del proceso probatorio, reconociéndose algunos de sus aspectos como sustantivos y otros como meramente procesales. En efecto, el art. 38 LDIPV somete los medios de prueba, su eficacia y la determinación de la carga de la prueba al Derecho que regula la relación jurídica correspondiente, y su sustanciación procesal al Derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa.

H) Sucesiones

Antes de la promulgación de la LDIPV, el régimen de Derecho aplicable a las sucesiones carecía de regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico interno, debido a que Venezuela reservó el art. 144 del Código Bustamante, disposición que contiene la norma general en la materia. La doctrina se debatía entre calificar la sucesión como un tema de derechos reales y aplicar el Derecho del lugar de ubicación; y reconocer su carácter personal y aplicar la Ley nacional del *de cuius*. La Ley terminó con esta discusión y, apartándose de la solución establecida para los bienes individualmente considerados, somete la sucesión al Derecho del domicilio del causante, con lo cual asegura el tratamiento unitario al patrimonio del *de cuius* y evita los problemas propios del fraccionamiento del Derecho aplicable (art 34).

La Ley establece además dos excepciones a la regla del art. 34. En primer lugar, 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 (art 35); y, en segundo término, en caso que, de acuerdo con el Derecho competente, los bienes de la sucesión correspondan al Estado, o en caso que no existan o se ignoren los herederos, los bienes situados en la República pasarán al patrimonio de la Nación venezolana, con lo cual se busca mantener los derechos que el Estado tiene sobre bienes situados en Venezuela cuando no existen herederos o estos son desconocidos (art 36).

2. Procedimiento y cooperación judicial internacional

De manera general, la forma del proceso está sometida al principio *Lex fori regit processum* (art 56 LDIP). Así, el Derecho venezolano se aplica al proceso llevado a cabo en Venezuela, independientemente de la internacionalidad de la relación sobre la cual verse. Nuestro sistema establece un tratamiento procesal igualitario para nacionales y extranjeros (arts 21 CRBV, 1 CB, 1 CPC y 26 CCV) y prohíbe toda forma de discriminación basada en la nacionalidad (arts 382–387 CB).

En relación con la cooperación judicial internacional, Venezuela ha adoptado una serie de tratados que benefician el desarrollo del proceso y facilitan la actuación de nuestro país como Estado requirente y como Estado requerido. Nos referimos a las ya mencionadas Convenciones Interamericanas sobre exhortos o cartas rogatorias y sobre pruebas, y sus respectivos protocolos adicionales; las Convenciones de La Haya sobre notificación y traslado de documentos; y sobre pruebas. Además, el sistema cuenta disposiciones especiales en el Código Bustamante (arts 388–393) y en el Acuerdo Boliviano (arts 9–14).

En todo caso, la posición del sistema venezolano frente a la cooperación judicial internacional se ve plasmada en el contenido del art. 59 LDIPV, según el cual, los tribunales venezolanos podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso. Asimismo evacuarán, dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de tribunales extranjeros que se ajusten a los principios del Derecho Internacional aplicables en la materia.

3. Reconocimiento y ejecución de actos y decisiones extranjeras

A) Reconocimiento de documentos extranjeros

Para el reconocimiento de documentos extranjeros, por ejemplo, actas del estado civil (nacimiento, matrimonio, defunción)⁸⁷, títulos universitarios, entre otros, basta con cumplir con el requisito de legalización. Además, siendo Venezuela parte del Convenio de La Haya para Suprimir la exigencia de Legalización de Documentos Extranjeros, sólo se requerirá apostilla en los documentos que provengan de Estados parte en este tratado⁸⁸.

⁸⁷ Así puede verse en las diversas disposiciones de la Ley Orgánica de Registro del Estado Civil.

⁸⁸ Los documentos apostillados hacen presumir la existencia de un derecho, partiendo de su condición de documento público, por lo que en el caso de las sentencias extranjeras sólo queda pendiente de exequátur para su ejecutoriedad, afirmación que no contraría la interpretación realizada por el *a quo*, toda vez que el mismo se refirió a la no ejecutoriedad de la sentencia extranjera por la falta de exequátur. Vid. TSJ/SPA, Sent. 4996, 15/12/2005, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/4996-151205-05-1402.htm>

B) Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Tanto el art. 7 del Acuerdo Boliviano, como el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Laudos y Sentencias Extranjeras, será el Derecho interno venezolano el competente para decidir el procedimiento a aplicar para que una sentencia extranjera despliegue sus efectos en nuestro país. En tal sentido, la LDIPV dispone que para que una sentencia extranjera produzca efectos en Venezuela –efecto ejecutivo, efecto probatorio y efecto de cosa juzgada– deberá cumplir con los requisitos establecidos en el art. 53 de la propia Ley. De manera que, en principio, bastará el simple reconocimiento. Sin embargo, en caso que se pretenda ejecutar la sentencia extranjera, será necesaria además la previa declaratoria de su carácter ejecutivo, a través del procedimiento de exequátur (art 55 LDIPV)⁸⁹.

C) Competencia y procedimiento

Si lo que se persigue es el reconocimiento del efecto probatorio o del carácter de cosa juzgada de la sentencia extranjera, éste deberá solicitarse a la autoridad ante la cual tal efecto desee hacerse valer. En el caso del exequátur para declarar el efecto ejecutivo de la misma, éste deberá solicitarse ante la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en los casos contenciosos (arts 850 CPC y 28,2 Ley Orgánica del TSJ⁹⁰) o ante los tribunales superiores del lugar donde se desee hacer valer la sentencia, para los supuestos no contenciosos (art 856 CPC)⁹¹.

El procedimiento de exequátur, considerado como un procedimiento especial, es regulado por el CPC. El mismo se inicia con una solicitud que deberá presentarse por escrito, expresando la persona que lo pida su domicilio o residencia, la persona contra la cual haya de obrar la ejecutoria, y su domicilio o residencia. Esta solicitud deberá acompañarse con la sentencia de cuya ejecución se trate y la comprobación de los requisitos indicados por el sistema venezolano, a los cuales haremos referencia *infra* (art 852). Luego admitida la solicitud, la persona contra la cual haya de obrar la ejecutoria será citada conforme al Derecho venezolano, a fin de que conteste la solicitud dentro de los diez días siguientes a su citación (arts 853 y 854). En el acto de contestación deberá proponerse todas las cuestiones y defensas acumulativamente⁹² y el asunto se decidirá como de mero derecho, con vista de los documentos auténticos que produjeren las partes, pero la Sala podrá de oficio, si lo considera

⁸⁹ En general, las sentencias de exequátur terminan con una fórmula invariable: “se concede fuerza ejecutoria a la sentencia”.

⁹⁰ *Gaceta Oficial*, N° 39.522, 01/10/2010.

⁹¹ TSJ/SCC, Sent. 0712, 02/12/2013, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159308-exe.000712-21213-2013-12-440.html>; TSJ/SCC, Sent. 0770, 10/12/2013, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/diciembre/159515-exe.000770-101213-2013-12-341.html>.

⁹² TSJ/SCC, Sent. 0590, 08/10/2013, <http://www.tsj.gob.ve/decisiones/scc/octubre/157275-exe.000590-81013-2013-11-316.html>

procedente, disponer la evacuación de otras pruebas, en cuyo caso fijará el lapso correspondiente, según la circunstancias (art 855).

Este procedimiento, de única instancia⁹³, termina con una sentencia, cuyo rol es certificar, resolver o aplicar en el Estado receptor, lo que certificó, resolvió o aplicó el juez sentenciador. En consecuencia, la sentencia reconocida y la sentencia de exequátur son dos decisiones independientes con el mismo contenido. La sentencia de exequátur es de naturaleza constitutiva en el sentido puramente procesal⁹⁴. Por tal razón, sus efectos jurídicos son de carácter formal y consisten en otorgar, a la sentencia extranjera, la fuerza ejecutoria en el Estado receptor. Los efectos de la extranjera preexisten a la solicitud del exequátur, y por ello deben considerarse producidos desde la fecha en que quedó ejecutoriado y firme el fallo extranjero. Por ende, los efectos de la sentencia extranjera deben considerarse recibidos en el ordenamiento del Estado receptor *ex tunc*⁹⁵.

Ahora bien, los requisitos para el reconocimiento están establecidos en el Acuerdo Boliviano (art 5), la Convención Interamericana (art 2) y la LDIPV (art 53). De manera general, puede decirse que para que una sentencia extranjera tenga eficacia en Venezuela es necesario que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas; que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la Ley del Estado en el cual han sido pronunciadas; que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio; que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el sistema venezolano; que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa; y que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes de que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Además, el sistema venezolano admite que, en aquellos casos en los cuales la sentencia extranjera no pueda desplegar eficacia en su totalidad, podrá admitirse su eficacia parcial (arts 4 CI and 54 LDIP)⁹⁶.

⁹³ TSJ/SCS, Sent. 0002, 15/01/2014, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/enero/160377-0002-15114-2014-13-816.html>.

⁹⁴ CSJ/SPA, Sent. 841, 12/12/1996, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Oscar Pierre Tapia, 1996, N° 12, pp. 321 ss.

⁹⁵ CSJ/SPA, Sent. 492, 30/07/1998, Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Oscar Pierre Tapia J, 1998, N° 7, pp. 371 ss.

⁹⁶ TSJ/SPA, Sent. N° 2958, 12/12/2001, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/02958-121201-16511.HTM>; TSJ/SPA, Sent. 0450, 12/03/2002, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/marzo/00450-120302-0696.HTM>.

D) Reconocimiento de laudos arbitrales

Desde 1999 se reconoció en Venezuela el carácter constitucional del arbitraje (art 258 CRBV). No obstante, la Ley de Arbitraje Comercial (LAC) es anterior a este mandato constitucional. Este instrumento halla su principal fuente de inspiración en la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Sin embargo, en su adaptación al sistema venezolano no quedó clara la regulación del arbitraje internacional. Un ejemplo de ello es el art. 8 que establece, en su parte final, se limita a establecer que los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles. Este vacío se agrava puesto que la LDIP excluye al arbitraje de su ámbito de aplicación, salvo por lo que respecta a la inderogabilidad convencional de la jurisdicción (art 62).

Ahora bien, de acuerdo con el art. 48 la Ley de Arbitraje, el laudo arbitral, cualquiera que sea el país en el que haya sido dictado, será reconocido por los tribunales ordinarios como vinculante e inapelable, y tras la presentación de una petición por escrito al Tribunal de Primera Instancia competente será ejecutado forzosamente por éste sin requerir exequátur, según las normas que establece el Código de Procedimiento Civil para la ejecución forzosa de las sentencias.

Hasta el presente, no se han ejecutado en Venezuela laudos arbitrales sobre la base de esta norma. En todo caso, la propia Ley, en su art. 49, establece los requisitos para ese reconocimiento, coincidiendo, de manera general, con los establecidos por los respectivos arts. 5 de las Convenciones Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional y de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

SEGUNDA PARTE

**PRESENTACIÓN DEL PROYECTO DE LEY
MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO DE LA OHADAC**

I. Integración económica y cooperación jurídica en el área OHADAC

1. La unificación jurídica como instrumento de la integración económica

A) Marco general

1. La eliminación de las fronteras económicas entre dos o más economías es un fenómeno de nuestro tiempo que conduce a distintas modalidades de integración, entendida ésta como un proceso económico y social destinado a facilitar las relaciones empresariales, institucionales y estatales entre uno o más países. La decisión de formar parte de un bloque económico regional es, sin duda, un factor que puede determinar el grado de competitividad de una nación o de un territorio con un cierto nivel de autonomía y, por lo tanto, de su capacidad de converger, en términos de conocimiento, con países de mayor desarrollo relativo. La finalidad principal de todo proceso de integración económica estriba en el desarrollo de los intercambios comerciales a escala internacional para obtener una serie de ventajas. Se persigue con ello, cualquiera que sea la etapa en que se encuentre, proveer en los entes que lo integran beneficios mutuos y mayores ventajas frente a terceros países o grupos de países que las que podrían obtenerse si continuaran actuando solos, como países independientes y aislados. Dichos beneficios y ventajas son predicables no solo de los procesos de integración económica, sino también a los procesos de integración política, social o jurídica o de aquellas iniciativas que persigan un mayor nivel de cohesión.

La interdependencia económica y la globalización de la economía han llevado a la mayoría de los gobiernos a implementar programas de creciente liberalización de la economía y a una aceleración de los procesos de creación de áreas de libre comercio. Este fenómeno es paralelo a un paulatino abandono de la postura tradicionalmente reticente y desconfiada hacia el comercio internacional, protagonizada por las grandes multinacionales. Y ello al margen de los debates abiertos en los últimos tiempos respecto al establecimiento de un mapa definitivo de los procesos de integración regional, y en torno a la superación de las reticencias surgidas por una incomprensible noción de soberanía, que se están desarrollando, no sin dificultades, en favor de una aproximación más pragmática al cometido que juegan los países en el comercio internacional. Para que los acuerdos regionales puedan ser eficaces, no solo es necesario caminar hacia políticas macroeconómicas comunes, sino que también es indispensable un sustancial proceso de armonización jurídica.

2. La implantación de la liberalización apuntada obliga a distinguir entre dos situaciones que no son necesariamente complementarias: integración económica e integración comercial.

i) La integración económica, en términos generales, se concibe como un proceso de liberación arancelario entre los países que componen una región o subregión, favoreciendo, de esta suerte, el intercambio de bienes y, en el mejor de los casos, con el agregado de un arancel aduanero que, sin caer en el proteccionismo subregional (“regionalismo abierto”¹), conduce a que el grupo de países opere como un bloque comercial diferenciado, con independencia de la existencia de un nuevo ente con personalidad jurídica propia y reconocido internacionalmente. Semejante integración, en tanto que proceso mediante el cual un grupo de países eliminan determinadas barreras económicas recíprocamente, no es un fenómeno unitario pues detrás de la decisión de un país de incorporarse a un proceso de este tipo existen diversas motivaciones no solo económicas, sino también sociales, políticas o estratégicas. En este contexto, los acuerdos preferenciales de alcance regional o hemisférico adquieren cada vez más sentido ante el avance de proyectos de libre comercio a gran escala dirigidos a estimular las exportaciones y atraer inversiones y tecnologías².

ii) La integración comercial³ es un de desarrollo basado en la potenciación del comercio entre los países integrados, a través del aumento del tamaño del mercado. Como parte de una interpenetración económica, es el fruto de una negociación o acuerdos entre empresas o Estados–nación, con ciertas modificaciones estructurales que, con independencia de que puedan tener relevancia en ciertos sectores

¹ La compatibilidad entre la integración regional y la liberalización creciente de la economía mundial ha sido recogida en la formulación del concepto de regionalismo abierto. Esta formulación, originada en el APEC, ha sido adoptada y difundida en América latina por la CEPAL. Según esta Comisión, el regionalismo abierto consiste en “una interdependencia impulsada básicamente por las señales del mercado resultantes de la liberalización comercial general, acompañada de acuerdos de carácter preferencial”; se supone que las actuales tendencias a la globalización de la competencia y la internacionalización de la producción imponen a los países la apertura de la economía al comercio y la inversión internacionales. Esto, sin embargo, no excluye una apertura preferencial, y por ende más profunda, con respecto a otros países de la misma región; antes al contrario, la liberalización general y la apertura preferencial pueden complementarse mutuamente, con el objeto de elevar la competitividad y dar dinamismo a la economía. Vid. M.R. Agosin, “Las experiencias de liberalización comercial en América Latina: lecciones y perspectivas”, *Pensamiento Iberoamericano*, n° 21, 1992, pp. 13–29, esp. p. 15. M. Kuwayama, *Open Regionalism in Asia Pacific and Latin America: A Survey of the Literature*, Santiago de Chile, Cepal, 1999, y la obra compilada por el mismo autor, *Nuevas políticas comerciales en América latina y Asia. Algunos casos nacionales*, Santiago de Chile, Cepal, 1999.

² J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, n° 98 ss.

³ Que no coincide con la noción de “integración económica”. En América latina la CEPAL ha abogado desde su creación por una integración comercial en la región, que se procuró de alguna forma materializar a través del proceso de integración en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y, posteriormente de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

sensibles (automotriz, maquinaria, petroquímica, papel, siderúrgica y textil) tendentes a otorgarles un tratamiento especial en cuanto al régimen de comercio, carecen de incidencia global, dado que la preocupación fundamental de los Estados que la practican mantiene un alto grado de protección de la soberanía nacional. Sus efectos positivos, el incremento en la competencia y el estímulo a la inversión y al progreso técnico, se relacionan con la posibilidad de una mayor especialización productiva y el acrecentamiento en la competencia. Esto tiene ventajas por el lado de la producción y por el lado del consumo y, de esta suerte, desde el punto de vista del consumidor, la liberalización pondrá a su alcance una mayor cantidad y diversidad de bienes a precios más competitivos⁴.

3. Mas la integración no es un fenómeno exclusivamente económico, comercial o social, pues comprende otras facetas del devenir de los entes implicados. Involucra, en primer término, una voluntad de preservar la paz mediante la cooperación y la seguridad colectiva por encima de las fronteras nacionales, la instauración del Estado de Derecho y la apertura de desarrollo hacia el exterior; y en, segundo término, ciertas iniciativas en la aproximación de las instituciones de Derecho privado implicadas.

Tradicionalmente el desarrollo de políticas de cooperación de los Estados en materia civil y mercantil ha respondido a unos parámetros ciertamente endeble basados en el buen entendimiento, en buena voluntad de los Estados y siempre con el principio de reciprocidad como referente. No obstante, como consecuencia lógica de los procesos de integración, dicha cooperación ha pasado de constituir un fin en sí misma, para convertirse en muchos casos en un presupuesto indispensable, pues en la actualidad son cada vez más habituales y numerosos los litigios transfronterizos o con elemento extranjero. El proceso, que trae consigo entre otras cosas la armonización de normas y legislaciones, no implica prima facie la generación de normas comunes para el bloque regional, susceptible de enfrentamientos normativos innecesarios y de fomentar la rivalidad con las normas nacionales en vigor en otros contextos. Por el contrario, la armonización de los marcos regulatorios que afectan los negocios y el intercambio de bienes y servicios (*v.gr.*, normas de defensa de la competencia⁵ y represoras de la competencia desleal, de defensa del consumidor o de propiedad intelectual) tienen o deben tener como propósito primordial la supresión de las distorsiones inducidas por las diferencias de dichos marcos en los respectivos ámbitos nacionales, particularmente cuando tales diferencias benefician asimétricamente a los operadores de uno de los países

⁴ P. McClaren, "The Status of Consumer Protection Policy in the Caricom Region", *L'intégration économique régionale et la protection du consommateur. Regional economic integration and consumer protection. La integración económica regional y la protección del consumidor*, Cowansville, Québec, Blais, 2009, pp. 277-294.

⁵ G. Ibarra Pardo, "Políticas de competencia en la integración en América latina", *Integración Latinoamericana*, septiembre de 1993, pp. 45.51.

miembros en quebranto del resto⁶. En definitiva, los procesos de internacionalización de los negocios, por un lado, facilitan la interconexión de los territorios, al favorecer la realización de actividades económicas al margen de los mercados estatales implicados; y, por otro, renuevan el protagonismo de los factores locales y/o regionales al exigir el uso de inputs muy localizados en el territorio para que la localización de empresas exitosas y competitivas pueda ser viable.

Pese a que su posición ha sido considerada secundaria⁷, en este contexto el DIPr juega un papel relevante como ordenamiento regulador esencial para la consecución de la armonización de las legislaciones de los países que conforman un concreto esquema de integración. Para el buen funcionamiento de todo mercado integrado, cuyo punto de partida es la diversidad material, es menester contar con un DIPr uniforme que aporte un determinado contenido. Uniforme, porque las reglas de juego han de ser comunes para todos los participantes, y con un determinado contenido, para asegurar el buen funcionamiento de ese “mercado de productos normativos”⁸.

Por eso es válido afirmar que el desarrollo de estas políticas se ha transformado en un medio para alcanzar el derecho a la Justicia de los ciudadanos componentes de un espacio supranacional integrado⁹. Puede adelantarse la idea de que en la esfera regional se facilita mejor la integración sobre la base de una democratización económica general: compatibilidad de divisas, libre comercio, normas compartidas y, más que nada, la voluntad común para fijar las reglas del juego de acuerdo con los intereses de la región entera. Propicia, asimismo, la coincidencia de intereses y, a menudo, de unos valores más comunes en otras esferas, tales como la inversión, la competencia, las normas laborales o las disposiciones sobre el medio ambiente.

4. En América Latina los conceptos de “integración”, “cooperación” y “concertación” suelen emplearse de manera intercambiable, a pesar de que no significan lo mismo. La integración, a la que se acaba de aludir, es un proceso intenso y profundo que nace y se consolida en su dimensión económica, pero se expande mediante una vinculación amplia en diversos ámbitos de las relaciones entre naciones (v.gr., MERCOSUR); la cooperación supone que las partes adaptan sus

⁶ J.C. Fernández Rozas, “Un nuevo mundo jurídico: la *lex mercatoria* en América Latina”, *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 61–127.

⁷ M.M. Fogt, “Private International Law in the Process of Harmonization of International Commercial Law”: the ‘Ugly Duckling’?”, *Unification and Harmonization of International Commercial Law: Interaction or Deharmonization?*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 57–103.

⁸ Cf. M. Virgós y F.J. Garcimartín Alférez, “Estado de origen vs. Estado de destino”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 4/2004, p. 6. http://www.indret.com/pdf/251_es.pdf.

⁹ G.A.L. Droz, “L’harmonisation des règles de conflits de lois et de juridictions dans les groupes régionaux d’Etats”, *Etudes de droit contemporain* (VI^{ème} Congrès international de droit comparé, Hambourg, 1962), Paris, Cujas, 1962, pp. 275–292.

comportamientos a las preferencias de otros, en el marco de una interacción con principios que la sustentan y metas que la impulsan; por último, la concertación es un mecanismo a través del cual los Gobiernos actúan conjuntamente en el terreno estatal, por lo general en el nivel diplomático y con fines preferentemente políticos, frente a otros actores individuales o colectivos (*v.gr.*, UNASUR).

Las relaciones comerciales de la región del Caribe están muy vinculadas a las posibilidades que ofrecen los procesos de descritos, sobre todo del primero; baste atender a los resultados que se han alcanzado hasta la fecha por los principales procesos integracionistas de la región o aquéllos en los que están implicados Estados del área, como el Mercado Común Centroamericano (MCCA), la Asociación de Estados del Caribe (AEC), la Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), que han mostrado un importante incremento para las relaciones comerciales en la zona fortaleciendo importantes sectores económicos. Como denominador común estas experiencias pretenden, en esencia, liberalizar el comercio de bienes y servicios, confiriendo una protección mayor a los flujos de la inversión extranjera y exigiendo un aumento de la transparencia de las regulaciones nacionales, por ejemplo, en torno a las compras del gobierno. Quedan fuera, sin embargo, ciertos aspectos inherentes a la integración pero esenciales en proceso de integración evolucionados, como la libertad de circulación y de movimiento de las personas.

5. Aunque el término “integración” que se está utilizando entraña un contenido esencial o predominantemente económico, cualquier movimiento unitario entre varios países constituye un proceso que conlleva no solo implicaciones económicas y comerciales, sino políticas¹⁰, jurídicas y sociales de considerable alcance¹¹. Dicho de otro modo, en cualquier movimiento de integración o, si se quiere, en la constitución de un mercado común más o menos completo, acostumbran a concurrir multitud de consideraciones extraeconómicas. Una de ellas, exige que los países participantes y sus gobernantes estén comprometidos con un régimen de libertades: políticas, económicas y sociales, que permitan el desarrollo de instituciones estatales sólidas e independientes de vital importancia. Otra, comporta la unificación o, al

¹⁰ En el plano político, además de las instituciones propias de cada subregión, tiene cierta incidencia en el ámbito caribeño el llamado Grupo de Río, compuesto por diez países suramericanos, Panamá y México, un representante de Centroamérica y uno del Caribe. En la actualidad el Grupo de Río está constituido por: Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Es un mecanismo de consulta y cooperación que vela por el mantenimiento de la democracia y coordina posiciones sobre relaciones externas de América latina a través de Jefes de Estado y de Gobierno de la región. Concebido como un Mecanismo Permanente de Consulta y de Concertación Política (MPCCP), el Grupo de Río es, en la actualidad, el foro de diálogo político más importante de América latina y el Caribe.

¹¹ L. Limpens, “Relations entre l’unification au niveau régional et l’unification au niveau universel”, *Rev. int. dr. comp.*, 1964, pp. 13–31.

menos, de la armonización del Derecho privado o, como ha ocurrido en la Unión Europea, del DIPr¹². Las dificultades de fijar con precisión jurídica los procesos de integración regional evidencian que de ordinario nos hallamos ante una realidad compleja que exige un estudio individualizado, caso por caso, desde una perspectiva multidisciplinar¹³. Baste atender a que dichos procesos no se producen siempre, sobre todo en el territorio OHADAC, con respaldo en un esquema integracionista de carácter comunitario, sino que asumen más bien una fórmula de cooperación de carácter intergubernamental. La teoría general de las Organizaciones internacionales nos anuncia que estamos en la mayor parte de los casos ante instituciones de simple cooperación y no de integración.

Por descontado, cada momento, cada etapa de la integración, reclama procesos de transferencia de competencias muy diversos por parte de los Estados a la Organización. Mientras que en las *zonas de libre comercio* la liberalización de los intercambios comerciales puede realizarse sin necesidad de una auténtica transferencia a órganos comunes de competencias estatales soberanas, en las *uniones aduaneras* se registra una manifiesta cesión de competencias de los Estados miembros a favor del nuevo ente; en este caso surge una estrategia unitaria respecto de terceros y una determinada estructura institucional. La referida cesión de competencias, junto con la estructura institucional, aumenta sustancialmente cuando el modelo adopta la forma de *mercado común* y este se completa con el establecimiento de políticas comerciales comunes.

Desde una perspectiva jurídica, la integración pone en marcha una serie de mecanismos de Derecho público (acuerdos, tratados, códigos y reglamentos...) cuya finalidad es facilitar el buen funcionamiento de las instituciones encargadas de velar por el proceso. Mas a partir de estos mecanismos básicos va apareciendo un cuerpo normativo directamente dirigido a los Estados implicados y a sus operadores económicos, primero, y sociales conforme la integración avanza, dado que en última instancia todo proceso integrativo tiene como último destinatario a las personas, físicas y jurídicas, que ven afectada no solo su esfera económica o patrimonial sino también su ámbito personal y familiar. Integración significa intercomunicación, miscelánea y complejidad positiva; expresa la necesidad de cambio del marco normativo nacional y la toma de conciencia de que la disparidad entre las leyes nacionales que siguen cumpliendo un papel necesario en el ámbito doméstico e, incluso, en el identitario, pueden ser deficitarias en el manejo de los cada vez más numerosos supuestos internacionales que toda integración lleva consigo.

¹² J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina y el Caribe y el Derecho internacional privado", *Iberoamérica ante los procesos de integración. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, BOE, 2000, pp. 151-192.

¹³ E. Pérez Vera, "Reflexiones sobre los procesos de integración regional", *Revista de Instituciones Europeas*, 1977, pp. 669-700, esp. p. 699.

6. Esta perspectiva suele comprenderse dentro de la rúbrica conocida como “Derecho de la integración” y requiere la puesta en marcha de un complejo tramado institucional, que es muy variado en función de los objetivos previstos y el estadio de consecución de los mismos y que da lugar a nociones tales como “supranacionalidad”, “acervo normativo comunitario”, “institucionalidad regional”, de inevitable manejo en cualquier aproximación que se realice en esta materia.

Pero no siempre es necesario acudir a semejante tramado jurídico para profundizar en ciertas fórmulas integrativas de carácter muy primario. La armonización y unificación legislativa puede cumplir en este sentido un papel importante por constituir la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. El propósito de la uniformidad en las relaciones de Derecho privado de carácter transfronterizo consiste en ofrecer una mayor certeza jurídica a las partes en la contratación para lo cual las normas aplicables deberán haber sido elaboradas a partir de criterios de objetividad y de equidad. La unificación y la creación del Derecho en el plano transnacional no es otra cosa que expresión de la realidad en la actual etapa de las transacciones internacionales de carácter privado¹⁴.

En efecto, la apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se configuran como obvias respuestas actuales de la economía, como mecanismos o instrumentos estructural o coyunturalmente idóneos para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios; la demanda, a la vez que la oferta, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios, sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios. Tal apertura supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes y servicios en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias. Pero también la apertura a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. La libertad de circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes (empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes. Es una libertad que lleva aparejada múltiples ventajas, sin la que la integración no es concebible, pero también genera potenciales conflictos. Los mismos que generan la actividad ordinaria de las personas dentro de un ámbito estrictamente nacional, pero con la complejidad añadida de la dimensión internacional en la que surgen: el contrato se celebra entre partes domiciliadas en Estados diversos; una sociedad constituida en un Estado pretende trasladar su sede a otro; un trabajador ve mayores oportunidades fuera de su Estado nacional y quiere migrar con toda su familia hacia el Estado extranjero donde se asentará, etc. Todas

¹⁴ Cf. K.P. Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haya, Kluwer, 1999, p. 230.

estas situaciones llevan aparejados potenciales problemas jurídicos cuya resolución llama a las puertas de una normativa de DIPr que habrá de dar respuestas a cuestiones como la jurisdicción competente, o la selección de la ley aplicable o bajo qué circunstancias una sentencia dictada en un Estado va a desplegar sus efectos en otro. Estas respuestas todavía hoy son patrimonio de cada ordenamiento jurídico y, consiguientemente, siguen presididas por la nota de particularismo y diferenciación, lo que supone una traba añadida a la integración. En la actualidad más que buscar el respeto de la ley extranjera en los tribunales nacionales, el DIPr busca unificar criterios jurídicos y normas legales en ciertas regiones del mundo como en la zona del Caribe. Durante las últimas décadas, ante la ausencia de un sistema que pueda reclamar reconocimiento universal, ha existido un movimiento importante que busca la armonización de las normas de del DIPr entre diferentes Estados. El objetivo detrás de esta unificación es facilitar la realización de transacciones internacionales, asegurar el respeto a los derechos adquiridos de las personas y eliminar la práctica del *forum shopping*.

7. El intercambio empresarial entre Estados dotados de semejantes sistemas políticos, que reconocen, a su vez, similares sistemas de organización económica, requiere la existencia de regulaciones homogéneas en un buen número de instituciones. Las relaciones jurídicas emergentes de dicho intercambio reclaman una ordenación jurídica que supere el marco estatal: a unas peculiares relaciones jurídicas constituidas en un entorno anacional, con unos intereses y exigencias diferenciadas, corresponde un conjunto normativo compatible con tales intereses y exigencias y, a ser posible, que sea lo más homogéneo en todos los Estados implicados en la integración. Es cierto que un proceso de unificación sustantiva o material podría depurar estos problemas, mas la historia demuestra que, por un lado, los temas en los que tal unificación es posible son contados (el ejemplo de la compraventa internacional de mercaderías es singular), por lo que grandes áreas jurídicas quedarían al margen de esa unificación. Y, por otro lado, la unificación sustantiva a través de convenios internacionales *ad hoc* suma a su parcialidad sectorial el hecho de que no todos los Estados acogen tales resultados de la codificación internacional, ni los acogen en el mismo momento, ni terminan aplicándolos de la misma manera.

Aunque sea en el marco de una integración económica muy primaria, un sistema jurídico, y mucho menos un sistema sensible a la reglamentación de las transacciones privadas internacionales, no puede mantenerse constreñido por reglamentaciones normativas producto exclusivo del legislador interno, desfasadas e inadecuadas a las nuevas realidades jurídicas. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen tanto en la comunidad internacional pues para asegurar los intercambios internacionales no es suficiente con eliminar las barreras jurídico-públicas. Si el legislador quiere garantizar unos intercambios internacionales fluidos debe eliminar tanto las barreras jurídico-públicas como las jurídico-privadas, esto es las derivadas del fraccionamiento jurídico de las legisla-

ciones estatales¹⁵.

Dicho en otros términos, el desarrollo normativo nacional, la codificación interna, ha de desarrollarse de manera paralela y coordinada con la codificación internacional. Y en sentido similar, la codificación internacional no puede perder de vista que tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica. Y ello, no cabe duda ofrece una nota de rigidez de la que está exenta la codificación interna¹⁶. Precisamente para evitar dicha rigidez se ha confeccionado la presente Ley Modelo OHADAC de DIPr tomando muy en cuenta las especiales características de la integración económica caribeña.

8. Tamaña iniciativa de unificación del DIPr está en consonancia directa con una integración regional del área implicada en el sentido de que puede ser un instrumento útil para ayudar a remediar los inconvenientes que dimanen del hecho de que un régimen legal interno inadecuado puede obstaculizar las transacciones del tráfico externo. Pero también es concorde con aquellas posiciones que rechazan la idea de la codificación impuesta “desde arriba”, pues ella conduce muchas veces a la pérdida de la identidad cultural de los pueblos, a la eliminación de la competencia entre los ordenamientos jurídicos y, por añadidura, a unos costos muy elevados en relación con sus posibles beneficios¹⁷. La aceptación de la Ley Modelo no es algo que los Estados deban realizar en bloque, sino que sus precisiones pueden irse adoptando de forma parcial o paulatina para evitar cualquier cambio traumático. Una empresa de semejante envergadura sería irreflexiva en la hora presente. Por eso, con más realismo y prudencia, la Ley Modelo no excluye que, por cierto tiempo, se mantenga una cierta diversidad normativa lo que incluye el mantenimiento de los órdenes jurídicos estatales implicados, que podrán seguir conservando una identidad mientras sea necesario.

Además, en tanto que “Ley Modelo”, la presente iniciativa no constituye más que una “oferta” legislativa que podrá una vez que sea recibida por un Estado concreto ser fragmentada y repartida, si se considera menester, entre diversos instrumentos jurídicos en vigor en ese Estado. Ahora bien, sin descartar esta opción, semejante fragmentación no es recomendable porque se corre el riesgo de colocar las normas de DIPr bajo el marco del Derecho interno (Derecho privado material) y dar lugar con ello a interpretaciones divergentes que socavarían la coherencia mis-

¹⁵ J.J. Garcimartín Alférez, “La racionalidad económica del Derecho internacional privado”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 2001*, Servicio Publicaciones Universidad del País Vasco, 2002, pp. 87–154, esp. pp. 100–101.

¹⁶ F. Rigaux, “Codification of Private International Law: Pros and Cons”, *Louisiana L. Rev.*, vol. 60, n° 4, 2000, pp. 1321–1330.

¹⁷ Como ejemplo cabe referirse al proceso de unificación que en el plano del “conflicto de leyes” se realizó en su día en el seno del Benelux. Vid. L.I. de Winter, “La nouvelle version du Projet Benelux de loi uniforme de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1968, pp. 577–606; K.H. Nadelmann, “The Benelux Uniform Law on Private International Law”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 18, 1970, pp. 406–419.

ma del conjunto normativo considerado¹⁸. La técnica de *soft law* también podría derivar hacia una recepción parcial del modelo, mas ello no haría sino quedarse a medias en un paso tan necesario como decisivo. Es pretensión de la presente iniciativa unificadora ofrecer un sistema integral de normas de DIPr que se adapten de forma específica a las necesidades de la práctica generada por las transacciones privadas internacionales y es aspiración que tal sistema sea asumido de forma integral por los Estados de la OHADAC. En sí misma considerada, esta Ley Modelo puede servir de referencia a los jueces y árbitros, interpretar o completar otros instrumentos reguladores del tráfico privado externo o, su objetivo principal, ser modelo para los legisladores nacionales.

B) Integración en América latina

9. La integración de las economías de América latina y el Caribe ha sido una aspiración que comenzó a manifestarse en la década de los cincuenta y a ponerse en práctica en la de los sesenta del pasado siglo, a partir de un postulado de base: que la integración es una vía de solución para los problemas económicos por todo lo que contribuye a reforzar un poder único de negociación frente a los países más desarrollados en el marco del comercio internacional¹⁹. Sin embargo, los mecanismos de integración creados entonces (el Sistema Económico para América Latina, la primitiva Asociación Latinoamericana de Libre Comercio, el Mercado Común Centroamericano, el Grupo Andino y el Mercado Común del Caribe...) no rindieron en la práctica avances y realizaciones significativas en el sector considerado. Dentro de las razones que explican esta situación destaca que, desde sus inicios, la integración nunca se concibió como un proyecto político y, por lo tanto, como una realidad integrada plenamente en las políticas nacionales de desarrollo de cada país.

El proceso de integración en el sur del hemisferio americano ha ofrecido al regionalismo tres notas distintivas. En primer lugar, la diversidad de formas de institucionalización con estructuras orgánicas distintas; en segundo término, la colaboración de los países en experiencias de carácter bilateral o parcialmente multilateral, lo que se manifiesta en un ingente número de tratados multilaterales y bilaterales sobre libre comercio; por último, la compatibilidad de las experiencias adoptadas con el multilateralismo, a través de las fórmulas de "regionalismo abierto"²⁰. Esta descripción real contrasta con un dato igualmente innegable: en América latina siguen siendo frecuentes las confusiones y ambigüedades frente al tema de la inte-

¹⁸ Vid. *infra* comentario a los arts. 1 y 3.2º del presente Proyecto.

¹⁹ En 1950 la CEPAL prescribió recomendaciones a los países latinoamericanos para que, al formular programas y medidas de fomento económico tuviesen en cuenta las posibilidades de expansión de la demanda mediante el intercambio recíproco, a fin de lograr una mejor integración de sus economías.

²⁰ F. Rueda Junquera, "Integración económica en América Latina y el Caribe. Del regionalismo cerrado al regionalismo abierto", *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica* (I. Berdugo Gómez de la Torre y R. Rivero Ortega, eds.), Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2003, pp. 123-161.

gración regional y al comercio transfronterizo. Existe aún una gran distancia entre lo que se dice y lo que realmente se hace. Diferentes gobiernos proclaman su firme interés en estrechar las relaciones entre países, pero sus prácticas comerciales operan en sentido contrario²¹.

Hasta mediados de la década de los ochenta del pasado siglo existía una clara diferenciación entre el espacio económico conformado por los países de América latina y el Caribe, por una parte, y los países desarrollados del continente (EE UU y Canadá), por la otra, configurando una “relación asimétrica”²². Se partía del supuesto de que la integración era un proceso destinado a la complementación de las economías en desarrollo de la región con el objeto de fortalecer su avance y su presencia en los mercados internacionales. De esta suerte, los países desarrollados de esta zona actuarían en tales mercados a través de los mecanismos multilaterales y no por medio de acuerdos preferenciales. La creación del TLCAN, coetáneo a la OMC, modificó este panorama como respuesta a los desafíos planteados por la creciente globalización y a las dificultades de las economías nacionales en desarrollo para reinsertarse en el nuevo escenario económico internacional. Tras ella, se ha producido un auge de los procesos de integración regional en América latina y el Caribe dentro de un movimiento gestado a escala mundial.

Estos procesos se engloban bajo la rúbrica de “nuevo regionalismo”, con manifestaciones diversas que alternan proyectos en el ámbito de las macro-regiones de factura clásica, con experiencias inéditas a nivel subregional, incluso entre zonas específicas de dos o más países distintos, y tienen su origen, en su mayoría, en proyectos intergubernamentales con objetivos esencialmente económicos. Se trató de manifestaciones que propiciaron debates de cierta intensidad acerca de los diferentes modelos de integración en presencia y en este sentido colaboraron a una mayor definición de la versatilidad del fenómeno de la integración²³.

10. Frente a las expectativas que se produjeron en los años ochenta, los desarrollos practicados en la hora actual muestran bien a las claras que los intentos de integración han experimentado insistentes crisis y marcados estancamientos buscándose salidas nuevas que, sin arrinconar por entero los procesos tradicionales, pudiesen aportar soluciones más inmediatas y realistas al objetivo de una más intensa integración en un mundo global. Un diagnóstico sintético evidencia, de un lado, una voluntad política real más bien contenida por parte de muchos Gobiernos que, pese a positivas y en ocasiones grandilocuentes declaraciones programáticas en foros

²¹ J.C. Fernández Rozas, “El marco general de la integración latinoamericana”, *El Tratado de Libre Comercio, la integración comercial y el Derecho de los mercados* (R. Rincón Cárdenas, E. Santamaría Ariza y J.J. Calderón Villegas”, eds.), Bogotá, Editorial de la Universidad del Rosario, 2006, pp. 152–179, esp. pp. 161–162.

²² Desde la perspectiva de los EE UU *vid.* A.P. Maingot, *Estados Unidos y el Caribe: retos de una relación asimétrica*, Editorial Universidad de Puerto Rico, 2005.

²³ O. Dabène, *The Politics of Regional Integration in Latin America. Theoretical and Comparative Explorations*, New York, Palgrave, Macmillan, 2009.

internacionales no implementaban las medidas necesarias para ejecutarlas. De otro lado, ha sido manifiesta una marcada ausencia de continuidad en los propósitos integracionistas, como consecuencia, las más de las veces, de la inestabilidad política y la sucesión de gobiernos que ofrecen en sus programas alternativas distintas a las de sus predecesores.

A partir de estos datos muchos de los procesos emprendidos no han conseguido alcanzar los objetivos mínimos fijados en sus textos originarios, lo que ha obligado a ensayar nuevos modelos quedando muchas veces tanto esfuerzo reducido a una simple “área de negocios”. El mero establecimiento de áreas de libre comercio o estructuras muy primarias de uniones aduaneras parece que no es el instrumento adecuado para una verdadera integración si aquellas no vienen acompañadas de acciones coordinadas de política exterior por parte del grupo y del desarrollo de los procesos productivos en el interior de la región considerada. Se trata en estos casos más de meros procesos formales que de verdaderos instrumentos encaminados a una integración real. No basta compartir objetivos comunes en materia de integración para que el proyecto llegue a buen término; es menester que exista un mínimo de coordinación política que debe traducirse en sectores como el industrial, la política exterior, la política migratoria, la actitud frente a la deuda externa o, incluso, en etapas de integración avanzada, el marco de la defensa común. Puede retenerse que los modelos de integración, esencialmente a través de una política de protección arancelaria inadecuada, se han mostrado del todo insuficientes para resolver cuestiones puntuales como, por ejemplo los problemas planteados por la bajada de los precios de las materias primas, la pobreza o el desempleo. Diseñar y poner en práctica mecanismos transparentes de participación ciudadana en los procesos de integración, junto con iniciativas en el marco de la unificación legislativa, tanto de carácter material como de DIPr, es la única vía que puede aportar genuinos resultados a la integración caribeña para que ésta camine en la dirección adecuada, para beneficio de las poblaciones locales. Veamos esta cuestión con mayor detenimiento.

C) Especialidades de la integración caribeña

11. Al margen de la alternativa fundamental entre la integración regional o continental, con tendencias claramente favorables a la primera²⁴, el área del Caribe se enfrenta grandes retos para su desarrollo económico y social ante el fenómeno de la globalización; en este nuevo orden económico global, una parte significativa de la capacidad competitiva de cada Estado caribeño depende de su integración con el resto de los países del área. Dicha área se encuentra inmersa actualmente, en diversos procesos de negociación de libre comercio, de distinto signo aunque simultáneos. Acaso el mayor problema que enfrenta la región ante estas iniciativas es la

²⁴ M. Burac, H. Godard yF. Taglioni, “Le bassin caraïbe dans les Amériques: intégration régionale ou continentale?”, *Mappemonde*, n° 72, 2003-4, pp. 12-15. <http://www.mgm.fr/PUB/Mappemonde/M403/Integration.pdf>.

falta de recursos humanos y financieros para desarrollar unas negociaciones efectivas, que defiendan sus intereses económicos y comerciales. El principal interés del Caribe es lograr el reconocimiento de un trato diferenciado en las políticas comerciales, que tome en consideración la fragilidad de sus sectores productivos y la dependencia a preferencias comerciales en mercados de la Unión Europea, los EE UU y Canadá.

La integración caribeña emerge, de esta suerte, como una alternativa de desarrollo independiente, que trasciende del estricto marco económico y comercial y cuyo objetivo último es la consecución de políticas que suministren mejores niveles de desarrollo económico y de bienestar social. El proyecto armonizador que promueve la OHADAC se instituye como una oportunidad inmejorable dentro del proceso de desarrollo de las economías caribeñas en el marco de una economía globalizada. Baste atender a sus objetivos prioritarios: hacer frente a la inseguridad jurídica y judicial en los Estados del área con el objetivo de garantizar la confianza de los inversores y de facilitar los intercambios entre los Estados miembros.

El proyecto aporta herramientas de utilidad para que los países que componen esta zona geográfica intensifiquen el comercio intra-caribeño, que fluctúa entre el 12% y el 20% del comercio total, al estar concebido como un vehículo de transmisión entre el desarrollo de las grandes economías de escala y los procesos de reforma jurídica en la referida zona de integración en el área del Caribe. Para establecer relaciones comerciales con los demás países es menester patrocinar acciones y estrategias que inciten el desarrollo económico de los países de la región partiendo de las oportunidades y fortalezas que ofrecen dichas economías. Unos mecanismos que deben servir para superar con carácter perentorio las tendencias desfavorables de la cooperación internacional que han sido características de esta área geográfica. En este contexto, la consideración de las normas de DIPr de los países y territorios que integran esta entidad ofrece un interés especial y ello ha aconsejado la preparación de una acción especial que ha concluido con la presentación del presente Proyecto de Ley Modelo.

En efecto, los fenómenos complementarios de la globalización y de la integración han trastocado seriamente la imagen del DIPr tradicional basada en las ideas de reparto, de localización, de territorio y de soberanía de los Estados. En una economía de libre mercado y globalizada, caracterizada por la destrucción de las barreras nacionales al libre comercio de mercancías, servicios y capitales, en la que pretende integrarse los países del área del Caribe, las relaciones con el resto del mundo, son mucho más que un mero aspecto de diplomacia; son actividades que cada vez resultan más acuciantes en todos los niveles económicos y sociales para la circulación de la riqueza con carácter transnacional. Por esta razón los países del Caribe deben buscar la forma de regular todas o, por lo menos, la mayoría de las situaciones que tienen vinculaciones con diferentes Estados, labor que se debe llevar a cabo a través de un sistema completo y eficiente de reglas, que permitan encontrar la ley sustancial que regirá una determinada relación privada y la precisión

del órgano judicial que encargado de resolver las controversias que de ellas se derivan.

12. Los instrumentos de la integración no son exclusivamente económicos (*v.gr.*, arancel aduanero común, normas de origen, medidas de protección comercial...). Los entes que participan en un proceso de este tipo, al mismo tiempo que mantienen su soberanía o sus vinculaciones y su nacionalidad están predeterminados a internacionalizarse a partir de parámetros particulares²⁵. En el concreto ámbito de la cooperación jurídica y judicial esta tendencia se expresa en la discusión, elaboración y un aumento progresivo en el número de instrumentos jurídicos y agentes intervinientes en las estrategias de cooperación. El fin último de la cooperación judicial civil y mercantil es el establecimiento de una colaboración más estrecha entre las autoridades de los Estados con el fin de eliminar todo obstáculo derivado de la incompatibilidad entre los distintos sistemas judiciales y administrativos (reconocimiento mutuo y ejecución de las decisiones, acceso a la justicia y armonización de las legislaciones nacionales). Uno de estos instrumentos, que podría desarrollarse con éxito en el área OHADAC, se refiere al apoyo que puede brindarse a los Gobiernos para enfrentar los distintos retos en materia jurídica y judicial, por medio de nuevos mecanismos legales que resulten pertinentes para la consecución del referido fin último de la cooperación. Con todo ello lo que se pretende es contribuir a la consolidación de un verdadero espacio caribeño de justicia, en el que los particulares y las empresas pueda gozar de libertad para ejercer plenamente sus derechos. Como se ha señalado con anterioridad, el punto de partida de la diversidad estatal y un respeto posible y necesario de algunas particularidades nacionales hacen que la estrategia del DIPr sea una de las más eficientes, al cohonestar respeto de la diversidad con soluciones previsibles y uniformes. En cierto modo, al lado de las normas que resuelven las cuestiones de Derecho aplicable, las normas de cooperación judicial internacional (competencia judicial internacional, asistencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones) están llamadas a formar parte de este Derecho procesal especial para situaciones internacionales en un sentido amplio.

Cualquier iniciativa de integración precisa aunar esfuerzos tanto normativos como institucionales para simplificar y aclarar los procesos de cooperación, de ahí conveniencia de unificar legislaciones y de reducir el número de operadores que actúan en el marco de la cooperación, para así posibilitar procedimientos más sencillos y eficaces. Actividades con estas características pueden ser reforzadas y ampliadas a otros temas y materias jurídicas y judiciales de acuerdo con las experiencias y necesidades que manifiesten los países. Una de las actividades relacionadas con la cooperación jurídica y judicial que sería provechoso impulsar se refiere a la definición de acciones que permitan a las autoridades con competencia en las mate-

²⁵ Vid. para América latina y J. Luch English, *La théorie politique de l'intégration et son application à l'Amérique latine*, Louvain, Institut de Science Politique de l'Université Catholique, 1970.

rias jurídicas y judiciales un diálogo más fluido, con intercambio de experiencias y el impulso de actividades de cooperación horizontal para el perfeccionamiento del régimen y funcionamiento de sus instituciones democráticas. Los países del área OHADAC pueden implementar mecanismos de cooperación en el desarrollo legislativo de instrumentos jurídicos internos.

En la medida en que avancen las negociaciones para la consolidación del libre comercio en dicho territorio se hará más y más necesario que los países armonicen e integren su Derecho interno en los temas en los que se perfila un consenso en ese proceso de diálogo y negociación. La revisión y armonización de las legislaciones nacionales con los compromisos internacionales contraídos o su simple perfeccionamiento es una labor difícil en sí misma considerada y particularmente compleja en especial para los países que tienen un menor grado de desarrollo económico y de trayectoria democrática. Ello hace especialmente necesaria una labor de apoyo que bien puede iniciarse mediante la preparación de antecedentes de Derecho comparado y la elaboración de estudios y análisis sobre leyes, reglamentos y prácticas administrativas más exitosos en los distintos temas de la agenda jurídica del área acotada relacionada con los temas judiciales y de administración de justicia. En este catálogo el DIPr desempeña un papel esencial.

D) Manifestaciones de la integración caribeña

13. La apertura comercial del Caribe ha reforzado considerablemente numerosas vinculaciones en todos los niveles tanto en el marco de los esquemas multilaterales como en los regionales y en el ámbito bilateral que se han consolidado con la suscripción de acuerdos comerciales entre los países del área²⁶. Han aparecido, asimismo, algunas organizaciones de integración. Al estrecharse las relaciones se han puesto de relieve serios obstáculos al proceso (*v.gr.*, condiciones en el país de origen y facilidades para el movimiento de mercancías y del transporte, entre otras) cuya superación permitiría posibilidades adicionales de crecimiento para el empresario regional.

En cualquier caso, la proliferación de Organizaciones internacionales en torno al Caribe puede ser tanto una ventaja como un impedimento. Ciertos países pertenecen a la Comunidad del Caribe (CARICOM) o al CARIFORUM²⁷, a la Asociación

²⁶ *V.gr.*, Tratado revisado de Chaguaramas, por el que se crea la Comunidad del Caribe, que incluye el Mercado Único y la Economía Común de la Caricom, el Tratado de Basseterre, por el que se crea la Organización de Estados del Caribe Oriental o el Acuerdo por el que se establece una zona de libre comercio entre la Comunidad del Caribe y la República Dominicana.

²⁷ Es un espacio de diálogo político creado en octubre de 1992 con el propósito de gestionar y coordinar la ayuda financiera proveniente de la Unión Europea a los países caribeños signatarios de las convenciones de Lomé y promover la integración y la cooperación en el Caribe. Forman parte de este espacio: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Cuba, Dominica, República Dominicana, Granada, Guayana, Haití, Jamaica, Suriname, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Suriname y Trinidad y Tobago. Tienen estatuto de observador los siguientes territorios británicos y holandeses: Anguilla, Aruba,

de Estados del Caribe (AEC), a la Organización de Estados del Caribe Oriental (OECS/OECD)²⁸, al Grupo de Río o a la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CALC)²⁹; y estos entes tienen como objetivo, siquiera parcial, la integración económica. Varios países pertenecen a organizaciones regionales que desbordan las fronteras del Caribe, pero que pueden propender hacia objetivos similares desde el punto de vista de la armonización jurídica o de la integración económica: ALADI, ALBA, OEA, *Commonwealth*... Esta pluralidad de Organizaciones internacionales es similar a la que afecta a los Estados de la OHADA en el continente africano³⁰, y en este caso no fue óbice para que la armonización del Derecho comercial se implementara con indudable éxito sobre la base de una organización específica³¹. Con seguridad la OHADAC no podrá cumplir un papel tan amplio como el de la OHADA en África³², al menos en un primer momento. En todo caso,

Islas Vírgenes Británicas, Islas Caimán, Montserrat, Turcas y Caicos y Antillas Holandesas. También tienen este estatuto los departamentos franceses de ultramar en el Caribe: Guayana francesa, Guadalupe y Martinica. Vid. D.A. Mohammed, "The Cariforum-UE Economic Partnership Agreement: Impediment or Development Opportunity for Caricom SIDS?", *The Diplomacies of Small states: Between Vulnerability and Resilience*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009, pp. 160-177.

²⁸ Agrupa a las islas de Antigua y Barbuda, Dominica, Granada, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía y San Vicente y las Granadinas como miembros asociados. Entre sus objetivos figura promover la cooperación entre los Estados miembros y a nivel regional e internacional y la integración económica entre los Estados miembros.

²⁹ Es un organismo intergubernamental de ámbito regional, constituido por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países de América latina y el Caribe, reunidos en la Cumbre de la Unidad de América latina y el Caribe, conformada por la XXI Cumbre del Grupo de Río y la II CALC (Cumbre de América latina y del Caribe sobre Integración y Desarrollo), en la Riviera Maya, México, los días 22 y 23 de febrero de 2010. Su finalidad es "avanzar de manera decidida hacia una organización que agrupe a todos los Estados de América latina y El Caribe.

³⁰ P. Francescakis, "Problèmes du droit international privé de l'Afrique noire indépendante", *Recueil des Cours*, t. 112 (1964-II), pp. 269-361; V. Babini, "Il diritto internazionale privato quale elemento di armonizzazione dei diritti dei nuovi Stati africani", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. III, 1967, pp. 302-314; U.U. Uche, "Conflict of Laws in a Multi-Ethnic Setting Lessons from Anglophone Africa", *Recueil des Cours*, t. 228, (1991-III), pp. 273-438.

³¹ G. Ngoumtsa Anou, "La régionalisation pour le droit: l'exemple de l'OHADA", *La régionalisation du droit international* (S. Doumbé-Billé, coord.), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 189-207.

³² C'est que l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a adopté des lois d'uniformisation du droit matériel, appelées Actes uniformes. Applicables aux rapports internes et internationaux, ces textes remplacent le droit matériel des Etats membres dans le domaine uniformisé. Ils font ainsi l'économie des conflits de lois et de leurs méthodes de solution, mais dans une mesure limitée. Le droit unifié est d'abord incomplet dans la mesure où il ne règle pas toutes les questions dans le domaine qu'il s'assigne, soit parce qu'il contient des lacunes, soit parce que l'ordre communautaire préfère soumettre la question à un ordre juridique extérieur. Ainsi, certains conflits de lois demeurent et ne peuvent être réglés que par le recours aux règles de conflit nationales ou communautaires. Bien plus, le droit unifié s'applique aux situations extracomunitaires par l'entremise des règles de conflit et emprunte les mécanismes du droit international privé pour assurer le respect de ses valeurs. Ainsi s'explique l'existence d'un ordre public international de l'OHADA et des lois de police communautaires, à l'image de ce que l'on observe dans le droit de l'Union européenne. On constate alors l'émergence d'un droit international privé de l'OHADA, appelé à se développer en matière de conflits de lois et de juridictions. En comparant l'OHADA à

es preciso contar con esta pluralidad de Organizaciones internacionales y apoyarse en ellas para poder conferir a la OHADAC una responsabilidad particular, orientada hacia la armonización jurídica en materia comercial, quizás con un perfil más técnico que político, donde el protagonismo reposará sobre instituciones privadas (Cámaras de comercio y arbitraje) más que sobre los Estados, al menos en un primer momento. Se trata de un dato que condiciona asimismo la estrategia para la armonización, que no es patrimonio exclusivo del África subsahariana³³.

14. Prescindiendo de una larga tradición de integración en Centroamérica por obvias razones históricas, cabe retener que durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la producción y el comercio centroamericano estuvieron dominados por las actividades agrícolas tradicionales, algunas de las cuales lograron gran integración al mercado externo, como el café, el banano y el cacao. Este proceso fue mucho más acelerado para el caso de Guatemala, El Salvador y Costa Rica, y en menor grado se presentó en Nicaragua y Honduras. Entre otros aspectos, se buscaba favorecer el crecimiento de actividades industriales que permitieran la sustitución de importaciones y que al mismo tiempo, diversificaran la oferta productiva centroamericana. Panamá, a su vez, siguió desde sus inicios una clara vocación de economía de servicios (asociados al canal y al sector financiero), en una dinámica que difiere de los procesos de industrialización por sustitución.

Fundado a principios de los años sesenta del pasado siglo el Mercado Común Centroamericano es el más antiguo de los grupos de integración de la región; incluye a Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. A finales de los años setenta y durante la década de los ochenta este Mercado se vio afectado por la inestabilidad política en varios de sus países miembros, lo que condicionó decisivamente su desarrollo posterior y su propia crisis. No obstante, los empresarios del istmo han tenido un importante papel en el auge de las exportaciones, y son reseñables sus iniciativas para responder a los desafíos de la competencia internacional mediante productos y servicios competitivos. En 1993 los países de la sub-región asumieron el compromiso de alcanzar un Arancel Externo Común que podía adoptarse a distintos ritmos y debía fluctuar entre el uno y el quince por ciento y, para 1995, la convergencia de aranceles externos incluyó por primera vez al sector agropecuario.

Paralelamente a las anteriores experiencias de integración económica regional, seis Estados centroamericanos (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá) instituyeron en virtud del Protocolo de Tegucigalpa, de 13 diciembre 1991, el Sistema de Integración Centroamericana (SICA), que comenzó su funcionamiento el año 1993. Este sistema está compuesto, a su vez, por cuatro

l'expérience européenne, l'ouvrage s'attache donc à déterminer l'incidence de l'intégration juridique sur le droit international privé. Vid. G. Ngoumtsa Anou, *Droit OHADA et conflits de lois*, Paris, LGDJ, 2013.

³³ P. Gannagé, "Observations sur la codification du droit international privé dans les Etats de la Ligue arabe", *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 105-123.

subsistemas de integración en las áreas económica, social, cultural y política. Indudablemente, la primera de ellas es la más importante y cuenta como norma de base con el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana, hecho en Guatemala el 29 octubre 1993. Los objetivos en materia económica y comercial están expresados en términos bastante genéricos; en concreto, el SICA aspira a lograr un sistema regional de bienestar y justicia económica y social para los pueblos centroamericanos, alcanzar una unión económica y vigorizar el sistema financiero centroamericano; asimismo, persigue el fortalecimiento de la región como bloque económico para insertarlo exitosamente en la economía internacional.

Tras un período de letargo, la integración en el área centroamericana experimentó notables avances a lo largo de seis encuentros entre los Presidentes de la región. El logro más significativo es la suscripción del “Convenio Marco para el Establecimiento de la Unión Aduanera Centroamericana”, suscrito el 12 diciembre año 2007, por los Ministros de Economía, Comercio Exterior o Industria. El convenio marco establece y reafirma la voluntad de conformar una Unión Aduanera en sus territorios, en concordancia con lo dispuesto por el Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio (GATT) y de la institución heredera, la Organización Mundial de Comercio. El acuerdo consta de VII Títulos y treinta artículos y operará en forma gradual y progresiva. No tiene plazo de vigencia, es indefinido y está abierto a la firma de cualquier país miembro del SICA, y el país adherente depositará el instrumento de adhesión en la Secretaría General del SICA.

15. La Comunidad del Caribe (Caricom) agrupa a Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Jamaica, Monserrat, San Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, y Trinidad y Tobago y Suriname. El Mercado Común de la Comunidad del Caribe fue establecido por el “Tratado de Chaguaramas” firmado por Barbados, Jamaica, Guyana y Trinidad y Tobago. Entró en vigor el 1 agosto 1973³⁴. Subsiguientemente, los otros ocho territorios caribeños se integraron al Caricom. Bahamas se convirtió en el Estado Miembro número 13 de la Comunidad el 4 julio 1983. En julio de 1991, las Islas Vírgenes Británicas y Turcos y Caicos ingresaron como Miembros Asociados de la Caricom. Otros doce Estados de Latinoamérica y el Caribe son observadores en varias instituciones de la Comunidad y cuerpos ministeriales de Caricom. Surinam se convirtió en el Estado Miembro número 14 de la Comunidad el 4 julio 1995. Los habitantes de estos países suman 6 millones. La Comunidad implementa actualmente la segunda fase de su Arancel Externo Común, que tenía por meta alcanzar un rango de tarifas entre un cinco y un veinte por ciento para 1998. Caricom ha suscrito acuerdos de comercio con Colombia, México, RD y Venezuela y sus países reciben un trato preferencial de parte de los EE UU de América y la Unión Europea.

³⁴ A. Payne, “The Rise and Fall of Caribbean Regionalisation”, *Journ. of Common Market Studies*, vol. XIX, 1981, pp. 225–280; H.S. Gill, “Caricom: origen, objetivos y perspectivas de integración en el Caribe”, *Integración Latinoamericana*, n° 191, 1993, pp. 37–44.

En 1995 se creó la Asociación de Estados del Caribe (AEC), la cual vincula más estrechamente a los países del Caribe con otros de la región, particularmente los del norte de Sudamérica, Centroamérica y México. En ella participan veinticinco países y doce territorios de la cuenca del Caribe. Las áreas prioritarias de acción de la AEC son el turismo y el transporte, tanto intra-regional como interregional. La AEC responde de alguna manera a un sentimiento de reacción frente a los acelerados procesos de integración y a los procesos de globalización y su aparición respondió a una iniciativa de los países de la Caricom, apoyados principalmente por los países del Grupo de los Tres³⁵.

La constitución del Mercado Común de la Comunidad del Caribe fue el resultado de un esfuerzo de 15 años para cumplir con la esperanza de una integración regional que nació con la creación de la Federación de las Antillas Británicas en 1958. En lo económico, la Región mantuvo la misma condición prevaleciente durante años y el Libre Comercio aún no había sido introducido entre los Países Miembros durante este período. La Federación Antillana llegó a su fin en 1962, lo cual, en muchos aspectos, debe considerarse como el verdadero comienzo de lo que es hoy la Comunidad del Caribe. El cierre de la Federación significó el inicio de esfuerzos más serios de parte de los líderes políticos del Caribe para fortalecer los lazos entre las islas y el continente, al disponer la continuación y fortalecimiento de las áreas de cooperación que existieron durante la Federación.

16. Resulta obligado referirse a la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) que se estableció en 1984 como una concesión unilateral de EE UU que otorgaba acceso preferencial a las exportaciones provenientes de los países de Centroamérica y el Caribe hacia EE UU, en condiciones libre de aranceles o pagando aranceles más bajos que los aplicables a las exportaciones de otros países. Originalmente, los textiles estaban excluidos de las preferencias de la ICC. Por eso, cuando entró en vigor el TLCAN, las exportaciones de textiles de toda Centroamérica quedaron en desventaja en relación con las exportaciones mexicanas. En el año 2000, los países centroamericanos y del Caribe consiguieron que EE UU incluyera las exportaciones de textiles y atún en las preferencias de la ICC, a través de la Ley de Asociación Comercial para la Cuenca del Caribe (CBTPA). La aspiración de Centroamérica era llegar a firmar un TLC con EE UU, en vista de la precariedad de la ICC y de la desventaja en que estaba frente a otros países –como México y Canadá–³⁶.

En septiembre de 2001 los gobiernos de los países centroamericanos y de EE UU acordaron iniciar una fase exploratoria tendente al lanzamiento oficial de las negociaciones, con el propósito de llegar a un acuerdo de libre comercio. A partir de 2002 se realizaron una serie de talleres técnicos en diferentes ciudades de Cen-

³⁵ E.E. Espinosa Martínez, “La Asociación de Estados de Caribe: una nueva realidad institucional”, *Economía y Desarrollo*, vol. 126, n° 1, 2000, pp. 71–96.

³⁶ A.P. Gonzales, “Caricom and Strategic Adjustment Options in the Post-Lomé World”, *Les relations ACP/UE après le modèle de Lomé: quel partenariat?*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 3–27.

troamérica y de EE UU, que dieron lugar a un intercambio de información sobre diversos temas comerciales, facilitando la posterior definición del marco que delimitaría el alcance de la negociación. Con base en ese proceso, los países acordaron dar inicio a la negociación de un tratado de libre comercio, lanzando oficialmente el mismo el 8 enero 2003. Fue una negociación compleja que se desarrolló en sucesivas rondas y, considerando el esquema de integración existente en Centroamérica, por parte de los Estados centroamericanos requirió una serie de reuniones de coordinación de la posición conjunta a plantear en la mesa de negociación. Los países centroamericanos concluyeron la negociación en diciembre del 2003. Durante el proceso de negociación, República Dominicana planteó su interés en sumarse al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y EE UU, lo cual fue recibido positivamente por los seis países. Así, una vez concluida la negociación entre los países centroamericanos y EE UU, República Dominicana acordó aceptar las disciplinas previamente negociadas por estos seis países, y celebrar negociaciones con EE UU y Centroamérica para acordar las condiciones de acceso de sus productos a esos mercados y viceversa³⁷.

17. El Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – EE UU fue suscrito por los siete países Parte, el 5 agosto 2004. El DR–CAFTA tiene en común con otros acuerdos muchas normas que reafirman las disposiciones de la Organización Mundial del Comercio (OMC), configurando una liberalización comercial a partir de sus postulados, e incorpora disposiciones previstas en la integración centroamericana, la mayoría de las cuales se aplican de manera multilateral. Por lo tanto, el DR–CAFTA mejora la normativa centroamericana, lo que a su vez es benéfico para las relaciones comerciales de la región. En este instrumento, se identifican los cambios legislativos que los países centroamericanos deben realizar para la entrada en vigor del tratado, los cuales se concentran en las áreas de servicios, telecomunicaciones y propiedad intelectual. Es de esperar que la mayor apertura de la región y la mejora normativa inducida por la suscripción del DR–CAFTA genere mayores oportunidades de inversión, comercio y empleo en los países signatarios.

Como condición para la entrada en vigor, los países negociantes debieron agotar un complejo proceso de reforma legal, que imponía ajustar sus respectivas normativas a los estándares internacionales, disciplinas comerciales de última generación y disposiciones previstas en el Tratado, consecuentes a su vez con la evolución de la normativa comercial internacional. Si bien en un principio los trabajos de reforma se desarrollaron de manera conjunta, en una segunda fase se efectuó de manera bilateral entre cada país y los EE UU.

³⁷ En agosto de 1998, la República Dominicana firmó con los países de la Comunidad del Caribe (Caricom), el Acuerdo para el establecimiento del área de libre comercio entre ambas partes. El mismo fue ratificado por el Congreso Nacional en febrero de 2001 mediante la Resolución 38–01. *Vid.* J.C. Fernández Rozas y L. Contreras, *Derecho del comercio internacional y política comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 197 ss.

E) Contribución del Derecho internacional privado

18. La aparición de proyectos regionales de integración económica y política ha sido una de las realidades que con mayor apremio han puesto en evidencia la necesidad de la superación de la referencia estatal en la formulación del objeto del DIPr³⁸. En este sentido, los fenómenos de integración obligan a dar un paso más en el silogismo: dado que el DIPr cubre discontinuidades jurídicas en el espacio originadas por una diversidad de causas es preciso plantearse que el objeto no es una situación privada heterogénea uniforme, sino diferentes “situaciones privadas heterogéneas” a las que el DIPr debe dar una respuesta específica. Y esta necesidad se deja sentir con mayor claridad si cabe, aunque no de manera exclusiva, en el caso de la integración europea que no sólo cuenta con un objetivo jurídico propio: el objetivo jurídico de integración; sino que igualmente cuenta con un ordenamiento jurídico autónomo y completo, con sus propias fuentes, cuya vocación de ser aplicadas en el espacio se delimita funcionalmente: en cuanto cubren situación privadas “de integración” o “intracomunitarias”³⁹. Tomando la clasificación propuesta por S. Alvarez González, asumida la “función delimitadora” del objeto, la diversidad de la heterogeneidad que lo caracteriza permite perfilar una “función normativa” del mismo⁴⁰.

La puesta en marcha de un proceso de integración hace que el papel del Derecho y, en particular, del DIPr, cobre una relevancia esencial⁴¹: la integración, en tanto que objetivo funcional, recurre a este ordenamiento por su eficiencia para favorecer la identidad cultural de los individuos a través del respeto a la diversidad jurídica, al tiempo que armoniza las soluciones haciéndolas más previsibles; dicho de otro modo, el DIPr constituye una “unidad funcional” que se vincula muy estrechamente a los principios y a las libertades que genera el establecimiento y el funcionamiento de un ente supranacional⁴² o de un área de libre comercio.

Paralelamente cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación de las situaciones vinculadas con más de un ordenamiento jurídico estatal, a las situaciones que podemos llamar de tráfico privado

³⁸ J.C. Fernández Rozas, “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de DIPr*, n° 9, 2000, pp. 7–32.

³⁹ C. Kessedjian, “Le droit international privé et l’intégration juridique européenne”, *Intercontinental Cooperation through Private International Law: Essays in Memory of Peter E Nygh* (T. Einhorn & K Siehr, eds), The Hague, TMC Asser Press, 2004, pp. 192 ss

⁴⁰ S. Alvarez González, “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109–1151.

⁴¹ C. Mouly, “Le droit, peu–il favoriser l’intégration européenne?”, *Rev. int. dr. comp.*, 1985, pp. 895–945; V. Heutger, “Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration”, *European Review of Private Law*, vol. 10, 2002, pp 857–864.

⁴² E. Jayme y C. Kohler, “L’interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 15–16.

externo, pero la intensidad de la repercusión está en relación directa con la nivelación de los logros conseguidos. Aceptando una clasificación funcional muy primaria, pero válida para nuestros fines, podemos distinguir entre zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, unión económica e integración global y, como es bien sabido, cada una de ellas se construye como consecuencia de la suma cualitativa de los siguientes elementos: eliminación de aranceles aduaneros, arancel exterior común, políticas comerciales comunes, políticas económicas comunes y políticas globales comunes (defensa, exterior, industria, monetaria, etc...). Ni que decir tiene que el papel del DIPr es muy distinto en cada uno de estos niveles pudiendo afirmarse que solo comienza a ser especialmente relevante a partir de la etapa del mercado común –al margen de que el proceso genere una suerte de procedimiento de armonización de legislaciones– y llega a constituir un elemento imprescindible en la última fase del proceso⁴³. Así, en unos modelos primarios de integración la afectación repercutirá directamente en las normas del Derecho administrativo económico de los Estados miembros, pero a medida que el fenómeno integrador se incrementa éste repercutirá decisivamente en el Derecho privado, más concretamente en el Derecho patrimonial; por último, el tránsito de la integración económica a la política desencadena la proyección en todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluyendo incluso el Derecho de la persona.

Entendido el DIPr como ordenamiento regulador de las situaciones privadas internacionales, en relación con un sistema estatal determinado y concreto, es indudable que cualquier proceso de integración puede suponer una transformación sustancial de su enfoque tradicional. La integración tiende a producir este ámbito tres alteraciones de base⁴⁴: en primer término, genera una auténtica mutación de uno de los presupuestos básicos del DIPr que no es otro que el fenómeno de “frontera”; en segundo lugar, al existir una marcada tendencia en cualquier proceso de integración hacia la unificación de legislaciones en el sector productivo, queda igualmente alterado el otro de los presupuestos de base de este ordenamiento: el del pluralismo de sistemas; por último, y habida cuenta que en todo proyecto de “Derecho comunitario” suelen aparecer numerosas lagunas, la nueva entidad experimenta una tendencia a la codificación directa de ciertas materias del DIPr.

19. Un ejemplo paradigmático de la necesidad de que la integración se vea acompañada de las necesarias previsiones de DIPr nos lo proporciona el cauce por excelencia a través del cual discurren las transacciones económicas de carácter transfronterizo: el contrato internacional. No bastan las soluciones domésticas en materia contractual para afrontar con solvencia la contratación internacional. Se hace preciso contar con una regulación apropiada de la dimensión internacional que

⁴³ Vid. J.M^a Gondra Romero, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional”, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 275–312.

⁴⁴ J.C. Fernández Rozas, “Derecho internacional privado y Derecho comunitario”, *loc. cit.*, pp. 785–786.

cubra, por centrarnos en el ámbito de la OHADAC el importante vacío legal que hasta la fecha ha caracterizado la normativa positiva sin que, por otro lado, la jurisprudencia haya conseguido compensar con resoluciones que arrojen la suficiente certeza a los operadores comerciales. Es cierto que existe un seguimiento mayoritario de la Convención de Viena de 1980 para el contrato de compraventa de mercancías y de algunos otros instrumentos internacionales, pero esta regulación, por importante que sea, resulta insuficiente para afrontar la complejidad derivada de la contratación internacional que exige normas del DIPr de las que, salvo excepciones muy notables, como es el caso de Venezuela, carecen estos países.

Son necesarias soluciones que, garantizando los intereses de los contratantes caribeños y las normas de orden público económico que aseguran la estabilidad de la economía de la región, establezcan un clima de confianza para la contratación por extranjeros de acuerdo con los postulados derivados de la denominada *lex mercatoria*; soluciones que sean también atentas a un tratamiento equitativo respecto a los nacionales por parte de los tribunales de justicia de Caribe. Dicho clima podría haber sido favorecido por la incorporación de los países de la zona a la Convención de México de 1984 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, también elaborada en el seno de la CIDIP (solo son parte de la misma México y Venezuela), pero como esto no ha sido así no pueden desdeñarse las soluciones establecidas por este importante instrumento jurídico, modélico desde la perspectiva del Derecho comparado, y estudiar la viabilidad de introducirlas en el DIPr de los países de la OHADAC, siquiera a través de la vía de una Ley Modelo⁴⁵.

2. Incremento regional de las relaciones del tráfico privado externo

A) Factores condicionantes

20. Todo proceso de integración acaba por reclamar inexorablemente una asistencia jurídica entre los Estados en materia civil y mercantil que se va extendiendo como una mancha de aceite a medida que las necesidades del proceso lo exigen. Al lado de las cuestiones estrictamente comerciales, en los últimos tiempos se asiste en el área del Caribe a un incremento sin precedentes de otros problemas derivados del tráfico externo que requieren una atención especial de los legisladores nacionales y conducen a la necesidad de establecer unas normas precisas de DIPr que den respuesta a los problemas puntuales de este sector: movimientos migratorios con toda la carga personal y familiar que aparejan, desarrollo del turismo e incremento del comercio exterior y de la actividad inversora.

21. Frente a los *movimientos migratorios* y a las integraciones económicas regionales, la necesidad de fronteras jurídicas y aún físicas sigue constituyendo uno de los puntos críticos de los debates originados por las relaciones transfronterizas.

⁴⁵ *Vid. infra*, arts. 45 ss del presente Proyecto.

El fenómeno de la inmigración implica un gran desafío en cuanto al impacto económico y social que este movimiento humano produce en orden a que la sociedad de acogida pueda conciliar su propio progreso con la plena vigencia de derechos humanos y unas expectativas de vida digna de los inmigrantes y sus familias, preservando al mismo tiempo las características inherentes a su propia identidad y cohesión nacionales. Al margen de las normas que rigen el acceso y permanencia de los extranjeros en los diversos Estados, cuestión que debe encuadrarse en una dimensión jurídico pública, debe existir una ordenación de las relaciones privadas de los extranjeros ya establecidos que, siguiendo las pautas del Derecho comparado afronte una opción básica: la aplicación de la ley del país de la nacionalidad de los extranjeros o la aplicación de la propia ley o una tercera, a todas las cuestiones jurídicas que afectan al círculo personal y familiar del individuo, con inclusión de extremos determinantes también para su entorno patrimonial, como pueda ser su capacidad para realizar eficazmente actos con trascendencia jurídica. Sin entrar en otras consideraciones de carácter técnico, que se señalaran más adelante, es preciso abordar de una vez por todas si las tradicionales soluciones basadas en la aplicación de la ley nacional de los individuos constituyen la respuesta correcta en un modelo normativo elaborado en pleno siglo XXI.

Dar respuesta a esta pregunta en un contexto de inmigración creciente podría apoyarse en la clásica dicotomía que apuesta de forma simplista por la aplicación de la ley domiciliar con vistas integradoras frente a la conexión nacionalidad con un marcado objetivo de vínculo a lo originario. Si el diagnóstico es preciso, la creciente inmigración parece decantarse por la aplicación de la ley del domicilio de las personas (los inmigrantes y los propios nacionales residentes en el espacio de Caribe). Sin embargo, nada es tan fácil. Tras décadas de disputas teóricas y de opciones legislativas, la búsqueda de un justo equilibrio ha llevado a que los actuales sistemas opten por soluciones “predominantemente” basadas en el domicilio o “predominantemente” basadas en la nacionalidad, pero no en sistemas puros. Opciones en las que en los últimos tiempos está jugando un papel primordial un invitado de lujo: la autonomía de la voluntad que bajo determinadas condiciones pone en manos del interesado la decisión sobre orientarse hacia la integración o seguir vinculado a sus orígenes. Más adelante veremos cómo se manifiesta esta idea en la Ley Modelo.

22. El territorio OHADAC gracias a su privilegiada ubicación geográfica en el Caribe, posee muchas zonas que son particularmente atractivas e interesantes para la *industria turística* debido a las bellas playas que tiene así como también a sus hermosos paisajes. La ordenación de las normas sobre extranjería dirigida a facilitar el turismo refleja el interés del Estado de promover una actividad comercial, mayoritariamente privada, que en ocasiones se convierte en importante fuente de ingresos para impulsar las economías nacionales. Esto da lugar a un particular estatuto del

turista que constituye un presupuesto básico para el desarrollo de una industria que interesa a la actividad empresarial privada⁴⁶.

Hoy el turismo extranjero es un fenómeno que forma parte de la vida diaria de los caribeños, ya que de él depende en gran parte, condicionando no sólo su sustento económico sino también su manera de vivir. Los turistas extranjeros generalmente consumen en euros o en dólares o intercambian su moneda lo que produce una inserción de divisas en la economía nacional posibilitando que los países del área puedan acceder a los servicios y productos que no origina. Ahora bien, la estancia de millones de turistas, pese a lo limitado de su duración, plantea importantes problemas a los que hay que dar respuesta desde una perspectiva macroeconómica, como el incremento de vuelos extranjeros al país o la generación de divisas; desde una perspectiva ecológica, no en vano la mayor parte de los hoteles de la zona está en manos de extranjeros, el turismo potencia la destrucción de la fauna y flora de las zonas turísticas y produce problemas de contaminación y de tráfico; y, por último, desde la perspectiva jurídica en el estricto ámbito de lo privado⁴⁷.

Las circunstancias apuntadas muestran la imperiosa necesidad de establecer un marco legal que dé seguridad jurídica a las transacciones que dichos extranjeros realicen de carácter contractual, con una especial atención a la contratación turística internacional que ofrece una extraordinaria complejidad por involucrar relaciones de franquicia hotelera, compraventa internacional de mercaderías, transferencia de tecnología y relaciones de carácter laboral, habida cuenta que la inmensa mayoría de los trabajadores que prestan sus servicios en empresas turísticas extranjeras son caribeños. A estas dimensiones de la contratación turística es preciso añadir la cada vez menos evitable del turista como consumidor y, por tanto, como acreedor de unos específicos derechos y una cierta privilegiada posición jurídica frente al profesional con quien contrata.

Pero el turismo no sólo requiere soluciones de carácter contractual ya entre profesionales del sector ya entre profesionales y turistas consumidores, la eventual destrucción del medio ambiente por parte de la industria hotelera, el aumento de accidentes de tráfico ocasionados por turistas extranjeros y el incumplimiento de las condiciones de estancia turística, señaladamente los denominados viajes combinados, obligan a una regulación pormenorizada en la que la dimensión extracontractual desempeña un importante papel.

23. Con la apertura al comercio internacional, la economía de numerosos países del Caribe ha caminado, a partir del fenómeno de la privatización empresarial, hacia una política marcadamente liberal excepto en los sectores reservados en exclusiva

⁴⁶ Con referencia a la experiencia española *vid.* N. Downes Peirú, "Reflexiones en torno al turismo en el Derecho internacional privado español", *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, nº 18, 2001, pp. 117-136.

⁴⁷ M. C. Belderrain Boer, "Globalização e Turismo:efeitos e tendências", *Relaçõesinternacionais & globalização: grandes desafios*(O. de Oliveira, coord.), 2ªed. Ijuí: Ed.Unijui, 1999, pp.285-318.

al Estado. Paralelamente, en los últimos años se han realizado diversas modificaciones legales y de desregulación administrativa con el fin de atraer capitales productivos externos y aumentar así la oferta y la calidad de los empleos, incrementar las exportaciones y mejorar las condiciones para la efectiva transferencia de tecnología. Desde la perspectiva jurídica, la adaptación a la globalización y al comercio internacional de las transacciones privadas, ha repercutido en la modificación y simplificación de centenares de leyes, en un intento de eliminar las barreras que dificultan el desarrollo del comercio. Fundamentalmente aquellas que hacen referencia a la transferencia de tecnología, de marcas y patentes, de inversión extranjera.

El incremento del comercio exterior merece una reflexión particular pues es un índice expresivo del crecimiento económico de la zona OHADAC, de su nivel de integración en la economía internacional, así como de su inserción en la economía de mercado y su liberalización económica, procesos graduales iniciados en la década de los años noventa y de los 2000 que se han visto fortalecidos y profundizados en la última década, cuando los Estados de la zona han suscrito importantes acuerdos de libre comercio con los EE UU y la UE. La referida apertura al comercio internacional y la política de atraer capitales externos practicadas por los Estados de la zona no sólo obliga a realizar modificaciones legales y de desregulación administrativa desde la perspectiva del Derecho público, sino también a la adaptación de las normas reguladoras de las transacciones privadas las contenidas en los grandes cuerpos legales como el Código civil o el Código de comercio, allí donde existan y, sobre todo, a dar respuestas a nuevas necesidades que surgen en relación con la existencia y explotación de la propiedad intelectual o con la protección de la competencia en mercados progresivamente internacionalizados, donde hay que definir qué ley va a determinar la existencia y protección de un derecho o qué ley va a establecer las reglas del juego dentro de las cuáles los nuevos operadores económicos pueden implementar sus decisiones sin alterar el normal juego de la libre competencia o sin dañar de forma desleal a sus competidores reales o potenciales.

24. La actividad inversora es susceptible de desbordar los marcos establecidos por las legislaciones internas de los Estados a través de la deslocalización de su inversión en un país diferente. La dimensión de esta operación refleja un rasgo característico de la producción internacional, pues con ella se busca aumentar los beneficios para los inversores; por ello se dirigen a lugares donde las regulaciones sobre emisiones de residuos, derechos laborales, impuestos y salarios son más bajos y, por lo tanto, se obtiene un mayor margen de beneficio. Todo esto implica dejar en manos del Estado receptor de la inversión un estudio no exento de dificultades donde junto a criterios políticos y económicos están los estrictamente jurídicos: impacto de la inversión sobre el medio ambiente, ámbito de protección de la propiedad industrial, repercusión en la legislación laboral, entre otros. La existencia de un entorno favorable a la inversión obliga, además, a precisar el alcance del orden público económico, los principios irrenunciables por los Estados de la zona, la prevención y la lucha contra la corrupción, la reforma a del régimen fiscal y, en

todo caso, la reducción de los obstáculos burocráticos y comerciales⁴⁸. Los legisladores caribeños deben ser muy conscientes de la necesidad de crear las condiciones adecuadas para que el sector privado asuma el papel de motor de la inversión y la captación de capital extranjero es un elemento clave de esta estrategia. Para ello se requiere un marco legal que ofrezca incentivos y garantías al inversor extranjero y respalde la posible repatriación de la inversión y de sus productos. Además, se precisa seguridad jurídica no solamente en los concretos aspectos inversores, sino también en los citados índices directamente vinculados a la producción, al destino de las inversiones y, sobre todo, en las vías de resolución de controversias en manos de todas las partes implicadas: resolución ante los tribunales de justicia, pero también ante árbitros con un alto grado de especialización en los temas.

Una orientación como la descrita no es incompatible con que el Estado se reserve una serie de acciones con el objeto de evitar los eventuales efectos desestabilizadores provocados por la retirada masiva y simultánea de capitales especulativos, requiriendo que las inversiones de cartera en el mercado de capitales permanezcan depositadas por un plazo mínimo. En este contexto se han dado pasos importantes tanto en el ámbito de la reglamentación de la inversión extranjera, y la política paralela de suscripción de Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, como en el de las reformas del marco jurídico regulador para los sectores de infraestructura⁴⁹.

En todo caso, es de señalar que también se ha asistido a una cierta modernización de la legislación sobre negocios internacionales sobre todo en lo que concierne al arbitraje comercial⁵⁰. Precisamente la existencia de numerosas regulaciones sobre

⁴⁸ A. Calderón Hoffmann, "Foreign Direct Investment in Latin American and the Caribbean; an Assessment at the Start of the New Millennium", *Foreign Direct Investment in Latin American: The Role of European Investors*, Washington D.C., Inter-American Development Bank, 2001, pp. 17-41; J.P. Tuman & C.F. Emmert, "The Political Economy of U.S. Foreign Direct Investment in Latin America: A Reappraisal", *Latin American Research Rev.*, vol. 39, n° 3, 2004, pp. 9-28; J.D. Daniels, J.A. Krug y L. Trevino, "Foreign Direct Investment from Latin America and the Caribbean", *Transnational Corporations*, vol. 16, n° 1, 2007, pp. 27-54.

⁴⁹ R. Dolzer y M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, London, M. Nijhoff Publishers, 1995; G. Sacerdoti, "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, t. 269, 1997, pp. 251-460; J.C. Fernández Rozas, "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, pp. 13-37.

⁵⁰ J.C. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial internacional en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008; A.M. Garro, "Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 1, n° 4, 1984, p. 293-321; H.A. Grigera Naón, "Arbitration in Latin America: Overcoming Traditional Hostility", *Arb. Int'l*, vol. 5, n° 2, 1989, pp. 146-148; R. Layton, "Changing Attitudes Toward Dispute Resolution in Latin America", *J. Int'l Arb.*, vol. 10, 1993, pp. 123 ss; D.E. González, G.F. Hritz, M. Rios y R.C. Lorenzo, "International Arbitration: Practical Considerations with a Latin American Focus", *The Journal of Structured and Project Finance*, Spring, 2003, pp. 33-43; R. Santos Belandro, "Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago, Editora Jurídica Chile, 2006, pp. 553-565.

esta última materia orientadas, básicamente, en la línea trazada por la Ley Modelo Uncitral de 1985, modificada en 2006, justifica plenamente la exclusión del arbitraje comercial internacional del ámbito de la presente Ley Modelo, pese a que por su propio contenido material tendría perfecto encaje en esta iniciativa legislativa. Como regla general las legislaciones de DIPr no prestan atención al arbitraje si se exceptúa el caso de Suiza, en función de su compleja estructura federal que obligó, mucho antes de que el arbitraje interno se regularse en el Código Procesal Civil a que la Ley de DIPr de 1987 se ocupase expresamente de esta cuestión. Incluso la legislación venezolana de DIPr, con su marcada tendencia expansiva, excluyó el arbitraje de su ámbito de aplicación siguiendo el modelo prácticamente indiscutido, sobre todo en América latina, de una ley especial de arbitraje. Y otro ejemplo de los inconvenientes de insertar esta materia lo ofrece el Código DIPr panameño de 2014 al que nos referiremos más adelante.

No ocurre así con la regulación de los supuestos en los que los tribunales situados en los Estados de la OHADAC van a tener competencia judicial internacional para el legítimo ejercicio de la jurisdicción. La Ley Modelo, en este caso, se ocupa pormenorizadamente de dicha regulación.

B) Contribución del Derecho internacional privado

25. Como ya se ha ido adelantando en el análisis de cada factor estudiado, una respuesta global requiere poner a disposición de cada Estado, de sus operadores jurídicos y de todo individuo o persona jurídica singularmente considerada, un bloque normativo integrado por normas modernas y sencillas adaptadas a las exigencias de los nuevos tiempos y a los modelos generados por la globalización en general y los movimientos regionales de integración en particular. En este bloque normativo, junto a medidas de corte predominantemente público o de relación vertical entre el Estado y el operador jurídico privado, se hacen precisas reglas concretas que den respuestas claras y previsibles a las peculiaridades de la internacionalidad de las relaciones entre particulares. Más exactamente, unas normas de DIPr que contemplen los aspectos relativos a la competencia judicial internacional de los tribunales caribeños en los litigios con empresarios extranjeros, o entre empresarios extranjeros, o simplemente entre particulares –con independencia de su nacionalidad– en relación con materias teñidas de la suficiente dosis de internacionalidad. Pero también unas normas que contemplen los aspectos propios de la determinación del Derecho aplicable a las transacciones transnacionales, junto a a las cuestiones que la mera extranjería de la situación aconseje que no necesariamente deban quedar sujetas a la ley local, como si se tratase de una relación puramente doméstica. Por último, unas normas que contemplen las cuestiones relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras en estos países y territorios. Sólo este modo cada país podrán de la zona avanzar en el puesto atribuido por la Corporación Financiera Internacional en el informe *Doing Business* 2014.

Al abordar esta tarea y como regla general los legisladores nacionales tienen un amplio margen de discrecionalidad. En estas materias los límites impuestos por las normas del Derecho internacional general son muy reducidos, frente a lo que acontece con la reglamentación del Derecho de la nacionalidad y de la condición jurídica de los extranjeros. Dichos límites derivan, como es lógico, de la normativa internacional sobre los derechos y libertades inherentes a la persona humana y se concretan, de un lado, en el respeto a los principios de legalidad, de seguridad jurídica y, muy especialmente de igualdad, prohibiendo cualquier discriminación jurídica por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, entre otros⁵¹; y, de otro lado, en el respeto del derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, lo que garantiza la tutela efectiva de sus derechos por los tribunales y se concreta en la igualdad procesal del extranjero (acceso a la justicia) cuando litiga ante una jurisdicción nacional. Por su parte, el Derecho internacional público contempla también alguna limitación al legislador interno a la hora de establecer las normas que determinan la competencia de sus tribunales para conocer litigios con elementos extranjeros, siendo la manifestación más expresiva el principio de inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero y de sus órganos y agentes.

Fuera de esos límites, la discrecionalidad es la regla y sólo debe ser templada por consideraciones humanitarias, de reciprocidad y, sobre todo, por razones de cortesía internacional derivadas de la exigencia de una cooperación efectiva entre las naciones para la realización internacional de la justicia

26. El DIPr es desde hace tiempo un instrumento esencial en la regulación de las relaciones personales y patrimoniales interestatales, facilitando el movimiento de personas y el intercambio de bienes y servicios, fomentando la integración y también combatiendo las actividades transfronterizas ilícitas. Entendido en sentido amplio, designa el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones internacionales entre personas privadas. No obstante, debe precisarse en aras a la comprensión del contenido de la Ley Modelo que se presenta, que la expresión “Derecho internacional privado” no posee el mismo significado en todos los Estados. En alguno de ellos contempla solamente las normas de conflicto de leyes (determinación de la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales), mientras que en otros sistemas jurídicos incluye también las normas relativas a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Estas normas relativas a la ley aplicable, a la competencia judicial internacional, al reconocimiento y a la ejecución de sentencias extranjeras permiten solucionar las dificultades vinculadas al hecho de que un mismo asunto esté vinculado a varios sistemas jurídicos y

⁵¹ R. Badinter, “L’universalité des droits de l’homme dans un monde pluraliste”, *Revue universelle des droits de l’homme*, 1989, pp. 1 ss; M. Bedjaoui, “La difficile avancée des droits de l’homme vers l’universalité”, *ibíd.*, pp. 5 ss; J.A. Carrillo Salcedo, “El problema de la universalidad de los derechos humanos en un mundo único y diverso”, *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 39–53.

judiciales distintos y muestran unas correlaciones precisas que abogan por considerar DIPr al conjunto de todas ellas.

Las normas de DIPr tienen como origen la ley, la jurisprudencia y la doctrina de cada Estado. A pesar de su nombre, el DIPr es, en principio, un Derecho puramente nacional. Algunas de estas normas nacionales pueden uniformizarse en convenios internacionales o en instrumentos elaborados en el seno de Organizaciones internacionales, a escala mundial, *v.gr.*, la Conferencia de La Haya de DIPr o, en el ámbito panamericano, la Conferencia Especializada de DIPr.

La existencia del DIPr se justifica por la pluralidad de sistemas jurídicos y de organizaciones jurisdiccionales que coexisten en un contexto internacional de relación y, precisamente, una de sus funciones principales reside en establecer un conjunto de respuestas jurídicas a este pluralismo⁵². Si tal pluralismo no existiese, por la presencia de una unificación del Derecho de los distintos Estados, no tendría sentido que el legislador se ocupase de resolver estas cuestiones promoviendo un sistema normativo de DIPr. Pero tampoco tendría justificación este último ordenamiento si las relaciones jurídicas quedasen circunscritas a un sistema jurídico determinado, sin ninguna conexión con el exterior. Un país que no tiene comercio exterior, que no recibe inmigrantes u otros extranjeros que pretenden realizar estancias de corta duración, que no cuenta con una población emigrante en el extranjero, que no posee un volumen significativo de inversión extranjera, no tiene especiales problemas derivados del tráfico privado externo y, en consecuencia, tampoco precisa de un conjunto normativo que ofrezca respuesta a estos problemas. Esta situación ha acontecido en muchos Estados, no sólo de América latina y del Caribe sino de otras latitudes. Sin embargo el aislamiento y la autarquía han quedado desbordados de forma indefectible por la actual internacionalización generalizada de las relaciones jurídico-privada. Hoy es prácticamente imposible encontrar un Estado en el que la internacionalización no haya descendido a las relaciones privadas. Este dato, sin embargo, no ha supuesto una identidad de respuestas por parte de los legisladores, sino todo lo contrario: el Derecho comparado nos alerta de una cierta diversidad de modelos de reglamentación: desde el silencio prácticamente absoluto de algunos legisladores, hasta la existencia de una detallada y completa regulación en Estados que asumen la responsabilidad de dar respuestas especializadas a las demandas sociales y económicas en un ámbito internacional.

27. De lo dicho hasta ahora se infiere que en el escenario latinoamericano existe una fuerte tendencia a constituir espacios económicos integrados, lo cual comporta importantes consecuencias no solo para el desarrollo económico y la elevación de los niveles de renta de las áreas implicadas, sino para las relaciones del tráfico privado externo⁵³. Si atendemos a las dos experiencias más notables, este fenómeno es

⁵² E. Ralser, "Pluralisme juridique et droit international privé", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 2003 pp. 2547 ss.

⁵³ J.C. Fernández Rozas, "Los modelos de integración en América latina...", *loc. cit.*, pp. 151-192.

perceptible en el TLCAN, sobre todo en el ámbito de las operaciones de comercio “intra-comunitario”, y en el del Mercosur, concretamente en los sectores de cooperación jurisdiccional internacional, de las medidas cautelares y del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (a través del Protocolos de Las Leñas, de Ouro Preto y de Buenos Aires)⁵⁴. Sin embargo, con toda la importancia que ya tiene y que previsiblemente se acrecentará en el futuro, las relaciones entre integración económica y DIPr están nítidamente muy alejadas de las que poseen en otras realidades de integración avanzada, como pueda ser la Unión Europea.

Las razones de esta situación no son comprensibles y pueden resumirse en tres motivos principales. En primer término, lo reducido de los mecanismos institucionales que existen en América frente al complejo y consolidado aparato que rige los diseños de la Unión Europea, con una larga tradición normativa, con técnicas propias que, en los últimos años, han girado hacia la utilización de la más eficaz en términos de unificación jurídica: los Reglamentos. En segundo lugar, porque al contrario de lo que acontece con los procesos de integración desarrollados en América, en Europa desde la entrada en vigor del Acta Única se estableció un “mercado interior” inspirado en postulados radicalmente diversos, superando el concepto de tratado de libre cambio y destinado a convertirse en un mercado integrado con un fuerte desarrollo de aproximación de las legislaciones nacionales⁵⁵. Por último, como consecuencia de una voluntad política decidida que determinó un vertiginoso desarrollo del DIPr de la Unión Europea a través del denominado “Tercer Pilar”⁵⁶ y una posterior comunitarización de las materias constitutivas de un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia. Esta dicotomía entre las dos partes del Atlántico no solo se percibe en términos teóricos y descriptivos, sino que alumbra con nitidez en el propio seno de la Conferencia de La Haya de DIPr donde el enfrentamiento de los “bloques” fue manifiesto, señaladamente de la UE y del TLCAN, en la elaboración de un eventual Convenio universal sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras.

Junto a estas diferencias, ancladas en razones históricas y en el distinto nivel de integración en el que se encuentran ambas realidades, existen problemas comunes como, por ejemplo, que la armonización de los sistemas de DIPr supone en el caso del TLCAN o de las entidades de integración caribeñas una conciliación de sistemas de Derecho escrito y de *common law*, algo común en la Unión Europea, que ya

⁵⁴ A. Dreyzin de Klor: *El Mercosur (Generador de una nueva fuente de Derecho internacional privado)*, Buenos Aires, Zavalia, 1997; D.P. Fernández-Arroyo, “La nueva configuración del DIPr del Mercosur: ocho respuestas contra la incertidumbre”, *Revista de Derecho del Mercosur*, vol. 3, 1999, pp. 38–53..

⁵⁵ La originalidad de la experiencia comunitaria y su incidencia en el marco del DIPr se describe con precisión en el curso de M. Fallon, “Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l’expérience de la Communauté européenne”, *Recueil des Cours*, t. 253, 1995, pp. 25 ss y en el de A. Struycken, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 257 ss.

⁵⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea”, *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239–267.

fue origen en su día de problemas técnicos de enorme envergadura y que hoy en día, por ejemplo, hace que determinados Estados miembros (Reino Unido o Irlanda) tengan un cierto estatuto especial en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que su cultura y tradición jurídicas –amén de otros factores– son un elemento esencial.

II. Diversidad y heterogeneidad jurídica en la OHADAC

1. Estados y territorios en presencia⁵⁷

28. En contraste con la tradición esencialmente común de los Estados constituyentes de OHADA, el proyecto OHADAC afronta desde el principio la diversidad y heterogeneidad de los países del entorno del Caribe. Si analizamos los países insulares o archipelágicos, hallamos territorios aún sometidos o dependientes de la soberanía de Estados europeos. Así ocurre con los departamentos franceses de ultramar (Guadalupe, Martinica, las colectividades de San Martín y San Bartolomé). Asimismo se observa –con el nuevo estatus político desde el 10 octubre 2010– en las islas que pertenecían a las Antillas holandesas: Bonaire, Sint Eustatius y Saba (constituyentes del Reino de los Países Bajos), y también, pero como territorios autónomos de los Países Bajos, en Curaçao, Aruba y Sint Maarten. Territorios de ultramar dependientes del Reino Unido son Anguila, Islas Caimán, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes británicas y Montserrat, a los que cabría añadir Bermudas, a pesar de su situación geográfica. Puerto Rico es un Estado libre asociado, territorio no incorporado de los EE. UU., al igual que las Islas Vírgenes estadounidenses. Como países o territorios independientes, hallamos Estados importantes de tradición española, como Cuba, o francesa, como Haití, y otros como la República Dominicana, en que a pesar del predominio de la lengua española la tradición jurídica debe mucho al Derecho francés. Bajo la órbita del *common law* se sitúan otros territorios insulares independientes, en buena parte vinculados a la *Organisation of Eastern Caribbean States* (OECS), o tributarios de la tradición anglosajona aunque no formen parte de dicha organización, pero sí de la *Commonwealth* (Bahamas, Barbados, Jamaica y Trinidad–Tobago). En suma, hallamos en el entorno OHADAC al menos 18 Estados insulares soberanos que comprenden 31 territorios diferentes con lenguas y tradiciones jurídicas correspondientes a cuatro metrópolis: España, Francia, Reino Unido y Países Bajos. Su población supera los cuarenta millones de habitantes, la mitad de los cuales hablan español, una cuarta parte francés, casi el mismo número inglés y una minoría (en torno a un 1%) holandés.

⁵⁷ Este apartado reproduce las consideraciones de S. Sánchez Lorenzo, *Introducción al Derecho de los contratos internacionales*, Santo Domingo, Funglode, 2013, pp. 36 ss.

El esquema se reproduce en el caso de los territorios continentales ribereños del Caribe, si bien en este caso hablamos de Estados independientes, en su mayor parte, tanto desde el punto de vista geográfico como poblacional, de habla y tradición hispana: Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela. Algunos de ellos, como Panamá, han sido permeables, especialmente en el ámbito mercantil, a la influencia jurídica angloamericana. La tradición francesa está representada por un departamento de ultramar francés, la Guayana francesa. Surinam, Estado independiente, testimonia la herencia holandesa. Finalmente, la influencia inglesa se detecta en Guyana y en Belice, ambos Estados independientes parte de la *Commonwealth*. En suma, 11 nuevos Estados independientes (12 territorios). Resulta difícil calcular la población ribereña del Caribe de los Estados continentales, cuya población global alcanza cifras muy elevadas, superiores a los doscientos millones de habitantes, en su inmensa mayoría de habla hispana.

29. Este breve y superficial repaso geográfico nos confirma la pluralidad política y cultural del territorio OHADAC, compuesto por 29 Estados independientes que abarcan 43 territorios diferentes. En términos políticos, OHADAC envuelve a la sexta parte de los Estados que componen la Comunidad Internacional, y en torno a 260 millones de habitantes. La herencia cultural e idiomática de estos países es diversa, como también lo es el grado de proximidad a las antiguas metrópolis. Mientras los Estados de habla hispana cuentan con una larga tradición de independencia, que se remonta al siglo XIX en todos los casos, muchos territorios de tradición francesa, inglesa u holandesa aún son parte de los Estados metropolitanos o han accedido a la independencia en la segunda mitad del siglo XX. Semejante diversidad de estructuras políticas condiciona una estrategia para la armonización jurídica. No se trata, como en el caso de la OHADA, de países independientes con una tradición más o menos autónoma en torno a la influencia francesa. Baste pensar en los problemas que suscitaría la posibilidad de reeditar un tratado internacional del alcance del Tratado OHADA. La OHADA se habría podido constituir simplemente con el apoyo técnico y financiero de Francia. El proyecto OHADAC, sin embargo, precisará de la contribución decidida de otros países, como los Países Bajos, Estados Unidos y, sobre todo, España y el Reino Unido.

30. El desafío exige partir, asimismo, del reconocimiento de la diversidad cultural de la región caribeña, hecho que ha implicado a menudo que sus territorios vivan muy próximos geográficamente y de espaldas unos a otros, perjudicando sus intereses estratégicos comunes. Como hemos apuntado, los Estados insulares y archipelágicos muestran una gran variedad lingüística: español, francés, inglés y holandés, sin contar las lenguas indígenas que son relevantes especialmente en el continente o las lenguas mestizas (créole, especialmente). El español domina claramente en el territorio continental, e incluso en países como Belice, donde la única lengua oficial es el inglés, el español es de uso común. Pero también hallamos la presencia del holandés (Surinam) y del francés (Guayana francesa). Tal diversidad

lingüística, que no es necesariamente cultural, anuncia sin embargo variaciones importantes en el ámbito jurídico, no siempre evidentes.

2. Panorama del Derecho internacional privado y su proyección en el área OHADAC

A) Balance de la unificación e implementación de las soluciones nacionales

31. Junto al hecho de su efectiva aplicación en numerosos territorios de la OHADAC, cualquier estudio comparativo moderno acerca las normativas de DIPr y los sistemas de integración debe ir precedido por los resultados alcanzados en el proceso de unificación gestado en el marco de la Unión Europea. El actual desarrollo del DIPr comunitario vino propiciado por la introducción del Título IV en la versión del TCE derivada del Tratado de Ámsterdam. La competencia comunitaria en materia de cooperación judicial en materia civil implicó la integración del viejo tercer pilar en este nuevo Título. Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 65 TCE (actualmente art. 81 TFUE), se procedió a “comunitarizar” algunos de los convenios o proyectos de convenios existentes en cuestiones de DIPr y a promulgar actos comunitarios en otras materias⁵⁸: Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que a partir del 10 enero 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012; Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, modificado por el Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo; Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 mayo 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, modificado por el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de

⁵⁸ A. Borrás, “La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2001*, pp. 285–318; M. Desantes y J. L. Iglesias Buhigues, “Hacia un sistema de Derecho Internacional privado de la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 115–128; P. A. de Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 1997–1, pp. 413–445; *id.*: “El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley (Unión Europea)*, n° 4510, de 30 de marzo de 1998, pp. 1–3; S. Leible y A. Staudinger, “El art. 65 TCE: ¿Carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89–115; SA. Sánchez Lorenzo, “La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz”, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea (Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133–145.

28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 enero 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 abril 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 julio 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales; Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles; Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Dicha competencia no sólo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del art. 81.2º.c) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Se trata con todo ello de garantizar una mayor seguridad jurídica, así como la igualdad de acceso a la justicia, lo que implica la identificación sencilla de la jurisdicción competente y de la legislación aplicable, así como de los juicios y procedimientos más rápidos.

32. A partir de este bloque normativo interesa, a los efectos de su utilidad para la redacción de una reglamentación interna de DIPr, lo siguiente:

i) Pese a tener un origen eminentemente patrimonial, por haberse iniciado como un instrumento de impulso al establecimiento de un Mercado Común, en la actualidad tras la consolidación de la Unión Europea y, dentro de esta, del denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, la unificación ha desbordado ampliamente esta materia extendiéndose a sectores de contenido no patrimonial, como protección de menores, matrimonio, divorcio o sucesiones, sin que esta tendencia expansiva se haya detenido. Todas estas materias son reguladas desde la perspectiva de la

competencia judicial internacional, de la ley aplicable y del reconocimiento y ejecución de decisiones y en alguna de ellas, el componente de colaboración y cooperación entre autoridades es crucial para la consecución de los objetivos marcados.

ii) Al no haberse completado el proceso de unificación, en los Estados Miembros coexisten dos sistemas de DIPr: el gestado en la Unión, que ocupa el volumen esencial de la regulación, y el propio de cada Estado que afecta a las materias no unificadas. Es en este sector residual, en el que los Estados miembros conservan sus competencias, donde en los últimos tiempos puede estar plenamente justificada una ordenación genuinamente nacional de DIPr.

B) Modelos de codificación estatal de DIPr

33. Bien sea por no haberse alcanzado la plenitud de la unificación del DIPr, bien por cuestiones de tradición o de necesidad de cada Estado, lo cierto es que en los últimos años los legisladores estatales no han dejado de seguir implementando su propio DIPr. El último período de cincuenta años ha sido uno de los más productivos de la historia del DIPr, por haber dado lugar a 61 codificaciones estatales y más de un centenar de convenciones internacionales, reglamentos y otros instrumentos similares, que se caracterizan por conferir un mayor protagonismo a los jueces respecto a los instrumentos anteriores⁵⁹.

Un examen de los modelos en presencia de la codificación estatal del DIPr obliga a referirse, en primer término, a los sistemas basados en una Ley especial, que se han desarrollado preferentemente en Europa aunque, como se pondrá de manifiesto⁶⁰, han tenido una favorable acogida en Venezuela y más recientemente en Panamá. Esta alternativa codificadora registra el hecho de que las normas relativas a los “conflictos de leyes” desaparecen paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en Leyes especiales; esta tendencia, iniciada en el círculo de los antiguos países socialistas⁶¹ va a extenderse y a generalizarse a otros círculos jurídicos y a figurar en los proyectos de codificación en curso. Al lado de las experiencias en

⁵⁹ S.C. Symeonides, “Codification and Flexibility in Private International Law”, *Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/Rapports, Généraux du XVIIIème Congrès de l’Académie Internationale de Droit Comparé* (K.B. Brown and D.V. Snyder, eds.), Springer Science+Business Media, 2011, pp.167–190.

⁶⁰ E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987.

⁶¹ L.A. Lunz, “L’objet et les principes fondamentaux du droit international privé en URSS et dans les autres pays socialistes européens”, *Journ. dr. int.*, t. 100, 1973, pp. 97–115; F. Korkisch, “Neues internationales privatrecht in ostmitteleuropa”, *Rebels Z.*, 1968, pp. 601–650; T. Ballarino, “Osservazioni sulla codificazione del diritto internazionale privato nell’Europa centro-orientale”, *Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 3–24; P. Kalensky, “Le droit international privé comparé des Etats socialistes dans leur coopération économique”, *Recueil des Cours*, t. 208 (1988–I), pp. 169–281.

Louisiana⁶² y Quebec⁶³, dentro de Europa occidental destaca, en efecto, una marcada tendencia a la especialización en orden a la reglamentación del tráfico jurídico externo con independencia de la sede elegida para llevarla a cabo como demostró la Ley austriaca de 15 junio 1978⁶⁴, la Ley turca sobre DIPr y el procedimiento internacional de 20 mayo 1982⁶⁵ y, sobre todo, los paradigmas de la moderna codificación provenientes, de Suiza, Bélgica, Italia y Polonia.

i) La Ley federal suiza sobre DIPr de 18 diciembre 1987 constituye un auténtico Código de DIPr que cuenta con 200 artículos y que, tras un largo y laborioso proceso de elaboración puede considerarse sin lugar a dudas como un texto técnicamente perfectamente adaptado a las necesidades del tráfico jurídico externo de un país determinado. Son muchas las novedades que ofrece, desde su propia estructura, de contenido amplio y no sólo centrado en el sector del Derecho aplicable, y las soluciones que incorpora, hasta las instituciones que introduce, cuya confluencia entre las doctrinas norteamericanas y las europeas⁶⁶ ilustrarán a la codificación posterior del DIPr en otros muchos sistemas estatales.

ii) A su lado la Ley belga de 16 julio 2004 introdujo otro completo Código de DIPr que implicó una reforma profunda de las normas de origen legal, jurisprudencial y doctrinal regulando a través de sus 140 artículos, cuando se esté en presencia de una “situación internacional”, la competencia jurisdiccional de los tribunales belgas, el Derecho aplicable y la eficacia de actos y de sentencias extranjeras en

⁶² *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 394–400. *Vid.* S. Symeonides, “Les grans problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane”, *ibid.*, pp. 223–281; D.P. Fernández Arroyo, “Nuevas normas de Derecho internacional privado en el Código civil de Louisiana”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 615–620.

⁶³ El Código civil de Quebec en vigor desde el 1 de enero de 1994 incluye en el título X un completo sistema de DIPr que incluye al lado de las cuestiones de Derecho aplicable las relativas a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de cesiones. Utiliza la ley del domicilio como conexión dominante y abarca materias de carácter comercial. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 574–584 y nota de E. Groffier.

⁶⁴ La norma de base en este contexto es la Ley de 15 de junio de 1978 sobre el Derecho internacional privado (IPRG, publicada en el Diario Oficial austriaco, BGBl. n° 304/1978). Comprende 54 artículos referidos al Derecho aplicable pero excluye las cuestiones de carácter procesal *Vid.* E. Palmer. “The Austrian Codification on Conflicts of Law”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 28, 1080, pp. 197 ss.

⁶⁵ Incluye 48 artículos agrupados en tres capítulos referidos a: cuestiones generales, Derecho aplicable y Derecho procesal civil internacional.

⁶⁶ Un ejemplo concreto lo ofrece la redacción de su art. 15 que incluye la denominada cláusula de excepción. De conformidad con su párrafo 1º: “Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit”. *Vid.* A. Bucher, “La clause d’exception dans le contexte de la partie générale de la LDIP”, *La loi fédérale de droit international privé: vingt ans après, Actes de la 21e Journée de droit international privé du 20 mars 2009 à Lausanne*, Genève, 2009, pp. 59–74.

materia civil y comercial⁶⁷. Dicho Código se caracteriza por su respuesta práctica a las referidas cuestiones huyendo de innecesarios planteamientos académicos a través de normas pragmáticas y de carácter flexible. En un afán modernizador el Código ha supuesto una importante cambio en la regulación tradicional del DIPr reconociendo la importancia que ha ganado gradualmente el principio de proximidad⁶⁸ y que en los asuntos vinculados al estatuto personal el punto de conexión principal debe ser la residencia habitual a expensas de la nacionalidad⁶⁹. Por último presta atención situaciones que ha producido la evolución de la sociedad (el matrimonio entre personas del mismo sexo y uniones no matrimoniales) y evidencia un espíritu de internacionalidad al admitir el reconocimiento automático de las sentencias extranjeras⁷⁰.

iii) Las relaciones de DIPr en Italia se rigen por la ley n° 218, de 31 mayo 1995, que sustituyó los arts. 16 a 31 de las disposiciones sobre la ley en general previstas en el Código civil. Ley DIP italiana (Ley No. 218 del 31 mayo 1995) incluye cinco Títulos y que reparten 74 artículos. El Título I (“Disposiciones generales”) determina, de un lado, las materias reguladas por la Ley, siguiendo el esquema tripartito admitido en la actualidad: determinación del ámbito de la jurisdicción, la determinación del Derecho aplicable y la regulación de la eficacia de las sentencias y de los actos extranjeros, y, de otro lado, la preferencia de los tratados internacionales. El Título II (“Jurisdicción italiana”) tras establecer el ámbito de la jurisdicción y sus límites se detiene en importantes cuestiones como la prórroga y derogatoria de la jurisdicción, las acciones reales relativas a los bienes inmuebles situados en el extranjero, la litispendencia de un proceso extranjero y la jurisdicción voluntaria, las medidas cautelares, la declinatoria de jurisdicción concluyendo con la confirmación de la regla *lex fori regit processum*. El Título III (“Derecho aplicable”) se inicia con un capítulo dedicado a los problemas generales de aplicación de la norma de conflicto contemplando expresamente el reenvío, la aplicación de la ley extranjera, la interpretación y aplicación de la ley extranjera, el orden público, las normas de

⁶⁷ Sobre los trabajos preparatorios del Código *vid.* M. Verwilghen, “Vers un Code belge de droit international privé”, *Travaux. Com. fr. dr. int. pr.*, Paris, 2001, pp. 123 ss; J. Erauw, “De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het onderwerp van Wetboek I.P.R.”, *Rechtskundig weekblad*, vol. 65., 2001–2002, pp. 1557–1566; G. Stuer y C. Tubeuf, “La codification en droit international privé”, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003–2, pp. 143 ss. Acerca del significado de esta importante iniciativa legislativa *vid.*, por todos, M. Fallon, “La loi belge de droit international privé belge pour un centenaire”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (2004–2006), pp. 98–118; *vid.*, asimismo, J.Y. Carlier, “Le Code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005, pp. 11–45; N. Watté y C. Barbé, “Le nouveau droit international privé belge: étude critique des fondements des règles de conflits de lois”, *Journ. dr. int.*, vol. 133, 2006, pp. 851–927.

⁶⁸ *V.gr.* art. 19 Código DIPr belga; L. Barnich, “La clause d’exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé”, *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 59–72.

⁶⁹ M. Verwilghen, “La place de la nationalité dans le Code de droit international belge”, *Hommage à Francis Delpérée: itinéraires d’un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1687–1701

⁷⁰ H. Fulchiron, “Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du ‘mariage pour tous’”, *Journ. dr. int.*, 2013, pp. 1055–1113.

aplicación necesaria, los ordenamientos jurídicos plurilegislativos para concluir con las respuestas a las cuestiones de la ley aplicable a los apátridas, refugiados y de los conflictos positivos de nacionalidad. A continuación se ofrecen soluciones para la capacidad y derechos de las personas físicas, con moriencia, desaparición, ausencia y muerte presunta, capacidad de ejercicio de las personas físicas, derechos de la personalidad, sociedades y otras personas jurídicas; posteriormente se presta atención a las relaciones de familia siguiendo el esquema clásico a las instituciones involucradas combinando las soluciones relativas a la ley aplicable con las propias de la jurisdicción competente, finalizando este sector la ordenación del régimen sucesorio. El capítulo patrimonial se inicia con la consideración de los derechos reales con un tratamiento pormenorizado de cuestiones tales como los bienes en tránsito, los derechos sobre los bienes incorporales o la publicidad de los actos relativos a los derechos reales. Tras el estudio de las donaciones el capítulo de las obligaciones contractuales se inspira directamente en la Convención de Roma respecto de la que se realiza una “incorporación por referencia”; a continuación se dan respuestas a las cuestiones propias de las obligaciones extracontractuales. El Título IV (“Eficacia de sentencias y actos extranjeros”) se inicia con la consideración de que las sentencias extranjeras son reconocidas en Italia sin que sea necesario recurrir a otro procedimiento cuando concurren una serie de circunstancias y tras regular la materia se centra en la ejecución de los actos públicos dictados en el extranjero y en la admisión de medios de prueba solicitados por el juez extranjero. La Ley concluye como es habitual con las disposiciones transitorias y finales.

iv) Entre los textos más modernos figura la Ley de DIPr polaca de 4 febrero 2011⁷¹ que sustituye a la Ley de 12 noviembre 1965 que, a su vez, había reemplazado a la 2 agosto 1926 pues Polonia ha sido pionera de los sistemas de DIPr con vocación hacia una Ley especial. Sus rasgos más relevantes son: su carácter marcadamente civilista, aunque exista un inevitable tratamiento a cuestiones de Derecho mercantil; su limitación a la regulación de los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable y, dentro de esta, el establecimiento de la ley nacional como conexión dominante (art. 2), aunque el art. 4 admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho siempre que no perjudique intereses de terceros (art. 4); por último, destaca la técnica de la “incorporación por referencia” de textos procedentes de la Unión Europea, señaladamente en materia de obligaciones contractuales y extracontractuales. Como novedad el art. 67 incluye la aplicación de la ley del país con el cual la relación jurídica posea una relación más estrecha, en defecto de las remisiones establecidas por la Ley que se comenta o por las disposiciones de la Unión Europea a las que se remite.

⁷¹ http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf. T. Pajor, “Introducción a la nueva Ley polaca de Derecho Internacional Privado, de 4 de febrero de 2011 (seguida del texto de la ley traducido al inglés)”, *REDI*, vol. LXIV, 2012, pp. 263 ss

34. A partir del cauce de la Ley especial el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial. Dicha técnica, sin embargo, no es exclusiva sino que se combina con otra que puede calificarse de “codificación parcial” y que ofrece tres manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr⁷²; la segunda, de una sistemática cuestionable, consiste en utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de DIPr⁷³; por último, una tercera vía se puede producir a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa; es la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986.

Junto al modelo de “Ley especial”, aún subsisten los sistemas que utilizan los Códigos civiles como texto de base para incluir un amplio sector de los preceptos de DIPr, principalmente relativas al Derecho aplicable. Este ha sido el cauce codificador originario de las normas del DIPr, contándose con los tres modelos antes referidos: el del C.c. francés de 1804, el del Cc de Piamonte de 1865 y el de la EGBGB de 1896 y con una importante proyección en el sistema español del Título preliminar del Código civil de 1974. Ahora bien, sin duda el “modelo” de una técnica de este tipo es, como se ha señalado, el Cc portugués de 1966, que dedica Capítulo III del Título I de su Libro I (arts. 14 a 65) a reglamentar los “*Dereitos dos estrangeiros e conflitos de leis*”, con una correcta sistemática y un pormenorizado

⁷² V.gr., la seguida por el legislador francés a través de las reformas del Cc operadas por la Ley n° 75-3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75-617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. Respecto de la primera vid. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 154-155; R. Sabatier, “Le projet de loi sur la filiation, mystique ou réalisme?”, *Semaine Juridique*, 1971, I, p. 2400; J. Foyer, “La réforme du droit de la filiation et le droit international privé”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1969-71)*, Paris, Dalloz, 1972, pp. 107-125; H. Batiffol y P. Lagarde, “L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation”, *Journ. dr. int.*, t. 99, 1972, pp. 765-796; M. Simon-Depitre y J. Foyer, *Le nouveau droit international de la filiation*, Paris, L. Techniques, 1973; A. Huet, “Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis de la loi du 3 janvier 1972”, *Les conflits de lois en matière de filiation*, Paris, LGDJ, 1973, pp. 19-63; D. Alexandre, “Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation”, *ibid.*, pp. 65-94. Respecto de la segunda vid. Ph. Francescakis, “Le surprenant art. 310 nouveau du Code civil sur le divorce international”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 553-594; A. Cornec, “Le nouveau divorce international (art. 310 du Code civil)”, *Gazette du Palais*, 1976, 2, pp. 612-614; J. Foyer, “Tournant et retour aux sources en droit international privé (l'art. 310 nouveau du Code civil)”, *Semaine Juridique*, 1976, I, pp. 2762 ss; M. Simon-Depitre, “Le nouvel art. 310 du Code civil”, *Journ. dr. int.*, t. 103, 1976, págs. 823-830; T.E. Carbonneau, “The New Art. 310 of the French Civil Code for International Divorce Actions”, *Am. J. Comp. L.*, vol. 26, 1978, pp. 446-460.

⁷³ V.gr., utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del Cc, pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material (en concreto, la reforma del Cc realizada por la Ley 30/1981 prefirió añadir la norma de conflicto relativa a la separación y al divorcio, al lado de la reglamentación material de esta institución, en el Título IV del Libro I del Cc; por el contrario la Ley 21/1987, aprovechó el cauce de la reforma de las normas materiales sobre adopción para modificar las normas de conflicto del Tít. Prel. del Cc sobre filiación).

tratamiento de los problemas concretos para la época en que fue redactado⁷⁴. El ámbito donde se ha desarrollado el “modelo del Código civil” no es, sin embargo, privativo del continente europeo. Si nos trasladamos al continente americano y, en concreto, al círculo de países iberoamericanos se observa aún la inercia del pasado con el Código civil como sede principal de las normas del DIPr sobre todo en lo que concierne al sector del Derecho aplicable. La tendencia apuntada experimenta, empero, diversas inflexiones pues en algunos Códigos civiles se están produciendo reformas sustanciales en la línea de las modernas tendencias del DIPr, como evidencia la reforma del Código civil peruano realizada en 1984 (arts. 2046 ss), que reemplazó al denominado “Código Benavides” de 1936 y que dedicó su Libro X y último al Derecho internacional privado, eliminado así el estrecho margen que ofrecía el Título Preliminar⁷⁵. Una tendencia que, como vimos, sería seguida en Quebec y en la actualidad se lleva a cabo en Argentina.

35. Dentro del examen de los “modelos” en presencia, de la codificación estatal del DIPr se impone excluir, por estar basadas en muy diversos postulados, señaladamente la adopción del *common law*, las técnicas de solución seguidas en los países anglosajones. No obstante, pese a la referida indicencia del *common law*, no puede dejarse de mencionar la labor realizada en los Estados Unidos por el *American Law Institute* que, a través de los dos *Restatements* de 1934 y de 1969, ha sistematizado y ordenado las principales decisiones judiciales en materia de DIPr. Pese a su carácter eminentemente doctrinal los *Restatements* constituyen, en la práctica, unos auténticos Códigos de DIPr que han ejercido una notable influencia en los últimos tiempos no sólo en la codificación estatal en Europa, sino en la codificación internacional del DIPr. Los textos expresados ofrecen un contenido sustancialmente diverso. De contenido muy clásico el primero (influido muy de cerca por la obra de J.H. Beale), se caracterizó por el empleo de soluciones de gran rigidez que fueron cuestionadas por la jurisprudencia norteamericana (asuntos *Auten c. Auten*, *Babcock c. Jackson*); ello forzó la elaboración del *Restatement Second*, cuyas soluciones, ejemplo de flexibilidad y realismo, constituyen una de las piezas maestras de nuestros días para la solución de los problemas del tráfico externo. El hecho de que tales soluciones hayan encontrado cabida en sistemas tan diferentes como los del continente europeo, muestran su marcada correspondencia con la realidad social de nuestro tiempo⁷⁶.

⁷⁴ L. de Lima Pinheiro, “The Methodology and the General part of the Portuguese Private International Law. Codification: A Possible Source of Inspiration for the European Legislator?”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 14, 2012–2013, pp. 153–172.

⁷⁵ *ILM*, vol. XXIV, 1985, pp. 1002–1014, y nota de A. Garro, *ibíd.*, pp. 997–1001; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1986, pp. 192 ss y nota de J. Lisbonne; J. Samtleben, “Neues Internationales Privatrecht in Perú”, *Rabels Z.* 1985, págs. 486–521.

⁷⁶ *Vid., inter alia*, P. Wigny, “Le ‘Restatement’ américain du droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1936, pp. 67–85; M. Giuliano, “Il diritto internazionale privato e processuale nel Restatement of the Laws 2d.”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1974, pp. 226–229; B. Hanotiau, *Le droit international privé américain: du*

36. Las consideraciones efectuadas nos sirven para valorar la especial situación de Puerto Rico. El DIPr de este territorio se encuentra principalmente en el Código civil y, de manera complementaria, en otras disposiciones. Los preceptos del Código civil se corresponden a la versión originaria del Código civil español de 1889 que son, a su vez, una yuxtaposición de la orientación estatutaria del Código civil francés de 1804 y conflictual del Código civil de Piamonte de 1865, en concreto, los art. 9, 10 y 11 incluidos en sus disposiciones preliminares⁷⁷ y dan respuesta a los denominados “estatuto personal”, “estatuto real” y “estatuto formal”. El Código civil vigente contiene, además, otras disposiciones de DIPr intercaladas entre disposiciones sustantivas, por ejemplo, la última oración del art. 68 (invalidez del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero), el art. 127 (ley aplicable al régimen económico del matrimonio celebrado en país extranjero), el art. 97 (jurisdicción para el divorcio), el art. 666 (ley aplicable a la forma del testamento otorgado fuera de Puerto Rico), el art. 667 (prohibición del testamento mancomunado otorgado fuera de Puerto Rico) y el art. 638 (lugar de otorgamiento e idioma del testamento ológrafo). Las virtudes y los defectos de los arts. 9, 10 y 11 Cc vigente han sido los protagonistas del DIPr puertorriqueño y han marcado el desarrollo de esta materia. Estos breves artículos proceden del Código Civil español de 1889, el que, a su vez, se basa en el Cc francés de 1804, y sus antecedentes pueden identificarse en el Código civil italiano⁷⁸. Sin embargo, en la revisión que se le hizo al Código Civil en 1902, los comisionados que se habían formado en el Derecho anglosajón decidieron “americanizar” estos artículos. De esta forma, derogaron el antiguo principio civilista de la unidad de la masa sucesoral y la reemplazaron con la regla americana *lex rei sitae*. Además, eliminaron un artículo que podía haber provisto la base para la solución de conflictos en materia de responsabilidad civil extracontractual. A pesar de estas incursiones del Derecho anglosajón, los restantes tres artículos del Código Civil de Puerto Rico no eran más deficientes que otras disposiciones similares de algunos códigos civiles de la familia legal francesa o latina. Estos artículos han desempeñado, por algún tiempo, la función que se esperaba de ellos, especialmente debido a la función correctora y suplementaria de la jurisprudencia puertorriqueña, la cual se discute más adelante.

En la actualidad, sin embargo, más de cien años después de la revisión de 1902, es evidente que los arts. 9, 10 y 11 Cc han agotado su utilidad social y se han con-

premier au second Restatement of the Law, Conflicts of Laws, Paris, LGDJ, 1979; R.J. Weintraub, “The Restatement Third of Conflict of Laws: an Idea whose Time has not Come”, *Indiana L. J.*, vol. 75, n° 2, 2000, pp. 679–686.

⁷⁷ Vid. G. Velázquez, *Directivas fundamentales del Derecho internacional privado puertorriqueño*, Río Piedras, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1945.

⁷⁸ L. Muñoz Morales, *Reseña histórica y anotaciones al Código Civil de Puerto Rico* (Río Piedras, Junta Editora UPR, 1947); G. Velázquez, *Directivas Fundamentales del Derecho Internacional Privado*, Río Piedras, Junta Editora UPR, 1945); Symeonides, “Revising Puerto Rico’s Conflicts Law: A Preview”, *Colum. J. Trans’l L.*, vol. 28, 1990. Pp. 13 ss.

vertido en un impedimento para el progreso. La necesidad de superar este impedimento resulta imperiosa y por ello no es casual que todas las jurisdicciones de orientación romano germánica que tenían disposiciones similares las hayan reemplazado con codificaciones modernas de DIPr, tarea importante que debió haberse hecho en Puerto Rico hace ya mucho tiempo. Como puede apreciarse, los artículos de DIPr del Código Civil vigente son escasos, breves, elípticos y anticuados, por lo que el Tribunal Supremo se ha visto forzado a llevar a cabo, de manera parcial, la tarea de modernizarlos y suplementarlos. La jurisprudencia puertorriqueña de DIPr se ha caracterizado por la presencia de dos dicotomías principales: entre “lo español” y “lo estadounidense” y entre “lo codificado” y “lo no codificado”⁷⁹. Por otro lado, en áreas no contempladas por las disposiciones de DIPr del Código Civil, la jurisprudencia estaba libre para moverse, gradualmente, del enfoque tradicional al enfoque moderno de esta materia, sin las limitaciones de normas legisladas anticuadas. Al igual que en los EE UU de América, el tránsito de un enfoque a otro comenzó en los años sesenta, se completó en los años setenta y ha estado limitado, principalmente, a conflictos de leyes en materia de contratos y de responsabilidad civil extracontractual. La otra dicotomía presente en la jurisprudencia puertorriqueña de DIPr tiene su origen en el hecho de que las normas legisladas en esta materia no cubren el espectro completo de los posibles problemas. Así, por ejemplo, estas normas no atienden los conflictos de leyes en materia de responsabilidad civil extracontractual ni, en su mayor parte, los conflictos en materia de contratos. Debido a esta dicotomía, la jurisprudencia puertorriqueña ha tenido que proceder en dos direcciones. En el área cubierta por las normas del Código civil sobre DIPr, la jurisprudencia ha seguido bastante fielmente esas directrices, como era de esperarse en un ordenamiento de origen civilista, y a la misma vez ha tratado conscientemente de atemperar su rigidez.

37. Si seguimos contemplando esta parte del Atlántico, un balance valorativo del proceso de unificación internacional del DIPr en América latina registra, a su vez, una serie de datos de interés que no presentan un carácter estático, sino que son elementos fruto de un momento histórico muy concreto y, por tanto, susceptibles de variación en función de los procesos de globalización y regionalización característicos de la sociedad internacional de nuestros días. Con carácter general cabe apreciar que la unificación es un fenómeno expansivo: la experiencia de la unificación en este espacio⁸⁰, sobre todo tras la ingente obra de instituciones como la Conferencia

⁷⁹ A. Fernos López-Capero, “Perspectiva actual del Derecho internacional privado puertorriqueño”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, vol. XXI-3, p. 589 ss.

⁸⁰ J.E. Briceño Berrú, “Reflexiones sobre la codificación del DIPr en América latina”, *Studi in memoria di M. Giuliano*, Pádua, Cedam, 1989, pp. 157-192; D.P. Fernández Arroyo, *La codificación del DIPr en América latina*, Madrid, Eurolex, 1993; T. de Maekelt, “General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach”, *Recueil des Cours*, t. 177 (1982-IV), pp. 193-379; L. Péreznieto Castro, “La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d’Amérique Latine”, *Recueil des Cours*, t.

Especializada Iberoamericana de DIPr, es una buena prueba de ello⁸¹. Un fenómeno que precisa una revitalización del empleo del método comparado que es una fase mucho más elaborada del conocimiento del Derecho extranjero con el que se suele confundir⁸². La profundización en las denominadas “unidades de comparación” y la selección de materias para unificar son elementos indispensables para que la obra unificadora fructifique sin sacrificar en aras de la uniformidad la idea de justicia⁸³. Muchos grandes proyectos unificadores están condenados al fracaso por lo ambicioso de sus objetivos y por los intereses en presencia ante los intentos de implantación hegemónica de una determinada opción prepotente. Y es que no puede perderse de vista que existe una incompatibilidad sustancial entre el particularismo jurídico y la idea de codificación⁸⁴. Que hay que alcanzar el justo punto de equilibrio o compromiso.

38. En este contexto comparativo, existen en América latina distintos modelos de reglamentación de DIPr. Un primer grupo, se caracteriza por la dispersión del sistema de DIPr en distintos cuerpos legales.

190 (1985-I), pp. 271–400; H. Valladão, “Actualisation et spécialisation des normes du droit international privé des Etats Américains”, *German Yearb. Int'l L.*, 1978, pp. 335–36

⁸¹ J.E. Briceño Berrú, “Las convenciones interamericanas sobre DIPr de 1984”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1987, pp. 429–452; C. Delgado Barreto, “Las relaciones de los sistemas conflictuales en las normas generales de Derecho internacional privado aprobadas por la CIDIP II de Montevideo de 1979”, *Estudios de Derecho internacional. Libro homenaje al profesor Santiago Benadava*, vol. 2, Santiago de Chile, Librerocnia, 2008, pp. 377–405; D.P. Fernández Arroyo, “La CIDIP VI: ¿Cambio de paradigma en la codificación interamericana de Derecho internacional privado”, *Rev. mexicana DIPr*, n° 13, 2003, pp. 214–172; W. Goldschmidt, “Normas generales de la CIDIP II: Hacia una teoría general del Derecho internacional interamericano”, *Anuario Jurídico Interamericano*, 1979, pp. 141–155; T.B. de Maekelt, *Conferencia especializada de DIPr (CIDIP I): análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1979; *id.*, *Normas generales de DIPr en América*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1984; D. Operti Badán, “La codificación del DIPr: análisis comparativo e la labor realizada por la Conferencia de DIPr de La Haya y por la CIDIP”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 259–283; G. Parra-Aranguren, “La primera conferencia especializada interamericana sobre DIPr, Panamá, 1975”, *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 253–277; *id.*, “Recent Developments of Conflict of Laws Conventions in Latin-America”, *Recueil des Cours*, t. 164 (1979-III), pp. 57–170; *id.*, “La tercera conferencia interamericana sobre DIPr (CIDIP III, La Paz 1984)”, *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Católica “Andrés Bello”)*, n°s 33 y 34, 1984–1985 (separata); J. Samtleben, “Die interamerikanische Spezialkonferenz für internationales Privatrecht”, *Rebels Z.*, 1980, pp. 257–320; *id.*, “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea”, *España y la codificación, op. cit.*, pp. 293–302; A.M. Villela, “L’unification du droit international privé en Amérique latine”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984, pp. 235–262.

⁸² O. Pfersmann, “Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 53, 2001, pp. 280–281.

⁸³ H. Batiffol, “Codificación y unificación en Derecho internacional privado”, *Choix d’articles*, Paris, 1976, pp. 125–136.

⁸⁴ Cf. R. Sacco, “Codificare: Modo superato de ligeferare?”, *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 119.

39. Colombia carece de un sistema completo e integrado de DIPr. La regulación de los distintos sectores (competencia judicial internacional, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras), se encuentra en normas dispersas y poco adecuadas a la resolución los diversos problemas del tráfico jurídico externo. A ese carácter fragmentario e anacrónico del DIPr de fuente estatal se une la existencia de convenios bilaterales y multilaterales cuyos criterios de aplicación en la mayor parte de las ocasiones no aparecen claramente establecidos en el propio instrumento. De hecho, resulta casi excepcional la presencia, en esos instrumentos, de disposiciones sobre su ámbito espacial, por lo que su aplicabilidad resulta incierta, al menos en lo que respecta a los que regulan la competencia judicial internacional⁸⁵ y al Derecho aplicable⁸⁶. Las normas de orden estatal que se hallan dispersas por todo el ordenamiento jurídico colombiano en especial en el Código Civil (Ley 57 y 153 de 1887), el Código General del Proceso – CGP (Ley 1564 de 2012), el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 3743 de 1950) el Código de Comercio (Decreto No. 410 de 1971) y algunas leyes ratificatorias de tratados y convenios internacionales sobre la materia.

40. El sistema cubano de DIPr reposa esencialmente, pues la acción de los tratados en la materia es limitada, en una serie de preceptos dispersos en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 agosto 1977, a la que se añadió en 2006 el término “Económico”⁸⁷ (LPCALE), y en el Cc de 1987 (Ley No. 59), que se estructuran del siguiente modo: a) competencia judicial internacional: arts. 2, 3, 4 y 372 y 739 LPCALE⁸⁸; b) Derecho aplicable: arts. 11 a 21 y Disposiciones especiales del Cc y art. 244 LPCALE); y c) reconocimiento y ejecución de sentencias: arts. 483 a 485 LPCALE. Y a ellas deben de añadirse una serie de preceptos de

⁸⁵ Sí establece un ámbito de aplicación espacial, por ejemplo, la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias, hecha en Montevideo el 15 de julio de 1989; pero nada indican al respecto instrumentos como los Tratados de Montevideo de 1889. De la lectura de los asuntos publicados en *Los Tratados de Montevideo de 1889 y su interpretación judicial*, vol. I, parte 1ª, Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 1940, puede deducirse una aplicación *inter-partes*, esto es, requeriría que la cuestión litigiosa o el negocio o la relación jurídica esté vinculada al menos con dos Estados contratantes (de los asuntos recogidos en el tomo reseñado, todos presentan vínculos con Argentina y Uruguay).

⁸⁶ Instrumentos como la Convención interamericana sobre normas generales de Derecho internacional privado, hecha en Montevideo en 1979 tampoco contienen una previsión expresa sobre su ámbito de aplicación espacial. También cabe pensar que se trata de instrumentos *inter-partes*, esto es, que se aplicarán únicamente en la medida en que la ley aplicable sea la ley de un Estado contratante. Sí prevén un ámbito de aplicación espacial, expresamente, otros convenios que contienen disposiciones en materia de Ley aplicable, como la Convención interamericana sobre adopción de La Paz de 1984 y la ya citada Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias.

⁸⁷ Denominada con posterioridad Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico al adicionarse lo relativo al Procedimiento Económico, en virtud de lo establecido en el Decreto Ley 241/2006.

⁸⁸ Introducido por el Decreto Ley 241/2006.

extranjería procesal incluidos en la LPCALE: arts. 174, 230, 250, 290, 339 y 530⁸⁹. Es, pues un modelo de regulación de carácter disperso similar al mantenido en España hasta finales de los años ochenta.

41. El sistema vigente en México descansa en la interacción entre las normas contenidas en el Código civil y las de origen convencional tras una incorporación masiva de tratados internacionales a partir de la década de los noventa del pasado siglo. Las reformas procluidas a partir de de 1988 en la legislación civil⁹⁰, sentaron la base para eliminar el atraso legislativo que imperaba en materia de DIPr en México, uniéndolo así al movimiento codificador que imperaba en las potencias económicas mundiales, y logrando instrumentar los cuerpos legales internacionales aplicables a la materia⁹¹. No obstante dicho sistema sigue caracterizándose por una “maraña” normativa a la cual difícilmente se le puede dar seguimiento y, mucho menos aún, se le puede dar coherencia, desde el momento mismo en el que hay contradicciones entre lo enunciado en una norma y otra, ya sea a nivel autónomo o convencional⁹².

42. Tampoco la República Dominicana cuenta* con una ley especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo⁹³. No

⁸⁹ Otras normas relevantes en materia de Derecho internacional privado se encuentran dispersas en: la Ley No. 1289/75, que introdujo el Código de Familia, la Ley No. 1313/1976, de Extranjería, la Ley No. 50/1984, de las Notarías Estatales y la Ley No. 51º/1985 del Registro del Estado Civil.

⁹⁰ El 7 de enero de 1988 se publicaron dos decretos en el Diario Oficial. 1) Por el que se reformaba y adicionaba el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, y 2) Por el que se reformaba y adicionaba el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Poco después, el 12 de enero de 1988 apareció en el mismo Diario Oficial un decreto por el que se reformaba y adicionaba el Código Federal de Procedimientos Civiles. Más adelante, e 4 de enero de 1989 se publicaron en el Diario Oficial las reformas, adiciones y derogación de varias disposiciones del Código de Comercio, algunas de las cuales se refieren al conflicto de leyes y a la cooperación procesal internacional. Todas las reformas señaladas se refirieron a modificaciones en materia de DIPr. En la exposición de motivos de las reformas tanto del Código Civil como del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se estableció que: “El Derecho, entendido como un promotor del cambio social, no puede permanecer estático frente a las transformaciones que presente la dinámica social. Las crecientes relaciones económicas, políticas, sociales y culturales que se establecen diariamente entre las personas que integran nuestra sociedad y aquellas que pertenecen a otros estados que conforman el con cierto internacional, han mostrado la necesidad de buscar soluciones más acordes con la época actual”. Y, tras referirse a algunas de las convenciones de las CIDIP I, II y III se procede a reformar la legislación nacional para ajustarla a “los principios enmarcados de las convenciones” referidas. Por consiguiente, las reformas tuvieron como como propósito esencial la adecuación de las leyes mexicanas a las citadas convenciones.

⁹¹ L. Perezniето Castro, *Derecho internacional Privado, Parte General*, 8ª ed., México, Oxford, 2003.

⁹² N. González Martín, “La Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado y la modernización del Derecho internacional privado latinoamericano ¿un cambio en el iter convencional hacia la Ley Modelo?”, *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2008, pp. 511– 544.

* Dicha situación era tal en el momento en que se elaboró el Anteproyecto de Ley Modelo Ohadac. Con posterioridad se aprobaría la Ley nº 544–14 de Derecho internacional privado de la República Dominicana, de 15 de octubre de 2014 (*Gaceta Oficial de la República Dominicana*, 18 de diciembre de 2014, p. 20).

existe una regulación de las cuestiones de competencia judicial internacional, al margen de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Código civil⁹⁴ (pues el art. 16, relativo a la *cautio iudicatum solvi*, fue modificado por la Ley 845, del 1978⁹⁵). Ante la carencia de normas expresas en el código de procedimiento civil los operadores jurídicos deben acudir al examen del conjunto de la jurisprudencia de los tribunales dominicanos, que refleja un panorama bastante confuso y equívoco⁹⁶. Dicha construcción apunta hacia la existencia de dos criterios de carácter general. De un lado, la independencia en el tratamiento de los conflictos de leyes y los conflictos jurisdiccionales y, de otro lado, el carácter dominante de la jurisdicción dominicana que se considera como plena indeclinable. Para los tribunales dominicanos las soluciones en esta materia responden a una concepción amplia de la noción de jurisdicción en la que ésta aparece íntimamente conectada a la soberanía nacional. Ello se concreta en: i) La transposición pura y simple al plano internacional de la *vis atractiva* que en el ámbito interno posee la jurisdicción ordinaria (art. 59 Código Procesal Civil) para afirmar, de este modo, el carácter exclusivo y excluyente que, frente a las jurisdicciones extranjeras tiene la jurisdicción nacional para conocer, de todos aquellos negocios civiles que se susciten en la República Dominicana⁹⁷; ii) La atribución de la competencia de los tribunales dominicanos puede tener efecto derogatorio de la voluntad privada cuando las partes se sometan a un tribunal extranjero⁹⁸. Desde la perspectiva del Derecho aplicable el sistema gira en torno al art. 3º del Código civil, cuya insuficiencia no ha quedado paliada por otras disposiciones posteriores. El carácter obsoleto la regulación de las cuestiones de Derecho aplicable se debe a que aún subsiste la solución introducida en el art. 3 del Código de

⁹³ Vid., con carácter general, J.C. Fernández Rozas, “¿Por qué la República Dominicana necesita una ley de derecho internacional privado?”, *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (República Dominicana), Año 18, nº 329, 2014, pp. 20–31.

⁹⁴ Que son traducción literal de sus homólogos del Código civil francés de 1804: Art. 14: “El extranjero, aunque no resida en la República, podrá ser citado ante los tribunales de ella, para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en la República y con un dominicano; podrá ser llevado a los tribunales en lo que se refiere a las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de dominicanos”. Art. 15: “Un dominicano podrá ser citado ante un tribunal de la República, por causa de obligaciones por él mismo contraídas en país extranjero y aún con extranjeros”.

⁹⁵ Ley No. 834, que abroga y modifica ciertas disposiciones en materia de Procedimiento Civil y hace suyas las más recientes y avanzadas reformas del Código de Procedimiento Civil Francés, de 15 de julio de 1978 (*Gaceta Oficial* No. 9478).

⁹⁶ J.M. Castillo Roldán, “Competencia judicial internacional en la República Dominicana”, <http://juanicastilloroldan.blogspot.com.es/2013/06/competencia-judicial-internacional-en.html>, 13 junio 2013.

⁹⁷ Art. 24: “Cuando el juez estimare que el asunto es de la competencia de una jurisdicción represiva, administrativa, arbitral o extranjera se limitará a declarar que las partes recurran a la jurisdicción correspondiente. En todos los otros casos el juez que se declare incompetente designará la jurisdicción que estime competente. Esta designación se impondrá a las partes y al juez de envío”.

⁹⁸ Criterio refrendado por las Sentencias Suprema Corte de Justicia (SCJ) 13 diciembre 2006 y 30 enero 2008. Vid. E. Alarcón, *Comentarios a la Ley de arbitraje comercial de la República Dominicana*, Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2012; J.C. Fernández Rozas y N. Concepción, *Sistema de arbitraje comercial en la República Dominicana*, Santo Domingo: Editorial Funglode, 2013.

Napoleón de 1804 fiel heredera de la denominada teoría de los estatutos. Aunque sin la contundencia necesaria, el carácter unilateral del precepto ha sido bilateralizado por la jurisprudencia dominicana al admitir, por obvias razones de reciprocidad, la aplicación de las Derecho extranjero cuando la pretensión provenga de no nacionales.

Dentro de las disposiciones posteriores merece destacarse la denominada “Ley de divorcio al vapor” (Ley 1306–bis de Divorcio, de 21 mayo 1937⁹⁹, modificada por la Ley 142 del 4 junio 1971) reguladora de un procedimiento instituido especialmente para extranjeros o dominicanos no residentes en el país en caso de divorcio por mutuo consentimiento que, al margen de sus problemas de carácter confesional, como evidenció la Resolución No. 3874 del Congreso Nacional que aprobó el Concordato y el Protocolo Final suscrito entre la República Dominicana y la Santa Sede de 16 junio 1954, fue el fruto de una época periclitada que debe superarse. También debe hacerse alusión a la Ley No. 136–03 que crea el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, de 7 agosto 2003, junto con alguna otra disposición aislada y, con posterioridad, con la entrada en vigor de la Ley No. 489–08 sobre Arbitraje Comercial. Esta última disposición que al estar directamente inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL de arbitraje comercial de 1985, está totalmente homologada a las disposiciones que sobre esta materia existen en otros sistemas jurídicos favorables al arbitraje. Por último, Existe gran imprecisión en orden al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Tradicionalmente se han aplicado las normas sobre exequátur contenidas en el viejo Código Procesal Civil¹⁰⁰, hasta la modificación efectuada por la Ley No. 834/1978, cuyo art. 122 dispone que “Las sentencias rendidas por los tribunales extranjeros y los actos recibidos por los oficiales extranjeros son ejecutorios en el territorio de la República de la manera y en los casos previstos por la ley”. La subsistencia de la normativa anterior es cuestionable pues la referida Ley no incluye derogaciones expresas limitándose su art. 142 al declarar “derogadas y sustituidas todas las leyes y disposiciones del Código de Procedimiento Civil relativas a las materias que son tratadas en la presente ley”. Y la cuestión no es previsible que tenga una solución inmediata al paralizarse la iniciativa de reforma del Código de Procedimiento Civil de 2010, que incluía una regulación expresa de la materia¹⁰¹.

⁹⁹ G. Ireland y J. de Galíndez, *Divorce in the Americas*, Buffalo NY: Dennis, 1947.

¹⁰⁰ Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana: arreglado por la comisión nombrada por el poder ejecutivo, y conforme al decreto del Congreso nacional de fecha 4 de julio de 1882, conservando el orden de los artículos del texto francés vigente (*sic*) en la República desde el año de 1845.

¹⁰¹ En septiembre de 2010 tuvo lugar la Propuesta Legislativa Anteproyecto Código Procesal Civil que, según el plan adoptado, comprende doce libros. El primero, recoge los principios fundamentales del proceso, la aplicación de las normas nacionales y supranacionales, la cooperación judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales. A nuestros efectos, nos interesa el Capítulo II del Título II relativo a la aplicación de las normas procesales internacionales que comienza con una clara afirmación de la primacía de las normas internacionales (art. 29), y el Título IV (arts. 48 a 63), que presta una atención detallada al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras e internacionales.

Como puede observarse, el referido art. 122 se limita a establecer un marco referencial, sin entrar en consideraciones sobre si la impetración del interesado tendría que regirse por el protocolo contencioso, citando a la otra parte, o por el procedimiento gracioso, *inauditan partem*.

43. Al lado del grupo descrito, otro por el momento minoritario, en el que figuran Venezuela y Panamá, se inclina por abandonar la regulación contenida en el Código civil y, al igual que ha acontecido en otros círculos jurídicos, regular esta materia a través de una ley especial. En concreto, la Ley venezolana determina el ámbito de la jurisdicción; señala los criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula la eficacia de las sentencias extranjeras.

i) En la década de los noventa, a iniciativa de Gonzalo Parra Aranguren y Tatiana Maekelt fue aprobada la Ley de DIPr el 6 agosto 1998 y entró en vigor el 6 febrero 1999¹⁰². La Ley mantuvo las disposiciones fundamentales del proyecto de 1965 y se adaptó a nuevas leyes vigentes en Venezuela y a las actualizaciones que de sus normas originales se hicieron en el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr (CIDIP). Además, recogió en su articulado la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia venezolanas. Sus principales objetivos fueron eliminar los problemas causados en el sistema venezolano por el método estatutario, la escasez y dispersión de normas, la adopción del factor de conexión nacionalidad para regir el estatuto personal y el hibridismo antagónico que planteaba el art. 8 Cc venezolano. La Ley, hasta el Código panameño de 2014, fue la única ley especial sobre la materia en América, conciliando las enseñanzas de la doctrina contemporánea y del Derecho comparado con los datos históricos, sociales y humanos de la realidad venezolana. Este instrumento tiene carácter general y, en tan solo 64 artículos, establece normas sobre sus principios generales (arts 1 a 15); el Derecho aplicable en materia de personas físicas (arts 16 a 19) y jurídicas (art 20); relaciones familiares (arts 21 a 26); bienes y derechos reales (arts 27 y 28); obligaciones contractuales (arts 29 a 31) y extracontractuales (arts 32 y 33); sucesiones (arts 34 a 36); forma y prueba de los actos (arts 37 y 38); jurisdicción y competencia territorial (arts 39 a 52 y 56 a 58); cooperación judicial internacional (art 59); reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras (arts 53 a 55); y, finalmente, normas sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero (arts 60 y 61). La adopción del factor de conexión domicilio para regular la capacidad de las personas físicas (art. 16) significa una profunda y fundamental reforma del sistema venezolano de DIPr; con ello se abandona la nacionalidad, factor propio de los países emigratorios, pre-

¹⁰² G. Parra Aranguren, “La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. LI 1999, 1, pp. 277–287.

dominantemente europeos, para acercarnos a los ordenamientos jurídicos americanos, de signo inmigratorio¹⁰³.

ii) El 27 agosto 2009 el H.D. Hernán Delgado presentó a la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional de Panamá el Anteproyecto de Ley regulador de las relaciones de DIPr. Dicho proyecto constaba de 190 artículos y su filosofía inspiradora era la protección de los intereses de los nacionales panameños, de la tolerancia y de la coexistencia de los derechos extranjeros frente a la jurisdicción nacional cuando ésta sea competente en las transacciones de tráfico jurídico externo. Con ello se intentaba llenar el vacío existente hasta entonces en lo relativo a la sistematización de este sector del ordenamiento jurídico que se encontraba disperso en diversos textos legales, lo que dificultaba conocimiento no sólo para los operadores jurídicos sino para el propio juez panameño. El contenido de esta obra de codificación al pensamiento del jurista panameño Gilberto Boutin, por lo que cabe en Panamá más que de una corriente bustamantina, de una corriente buotiniana en función de la influencia que ha ejercido este jurista de la construcción del DIPr panameño, fiel seguidos del jurista cubano como se reflejaba en el texto propuesto. Esta iniciativa siguió todos los trámites legislativos pertinentes dando lugar el año 2012 a un Proyecto de ley que adoptaba el Código de DIPr de la República de Panamá donde los preceptos antes citados eran sustituidos por los arts. 149 a 151 dentro de los 189 artículos que constituyeron la última versión del complejo proceso legislativo, disponiendo el último de sus preceptos un periodo de *vacatio legis* de seis meses. La vía hacia la reforma quedaba, pues, expedita. Sin embargo, la Constitución panameña establece una particularidad importante en orden al proceso de adopción de una ley conferida por el numeral 6 del art. 183 al Presidente de la República de objetar los proyectos de ley. Y esta particularidad fue utilizada en esta ocasión¹⁰⁴. Semejante intervención no fue casual. Paralelamente al proceso descrito, el 26 febrero 2013 había tenido entrada en la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá¹⁰⁵ cuyo

¹⁰³ H. Barrios, "Del Domicilio", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, vol. 46, n° 117, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 41 ss.

¹⁰⁴ Esencialmente la oposición presidencial se dirigió a los preceptos del Proyecto sobre arbitraje comercial intencional. Por estas razones, y otras de carácter complementario, el presidente vetó parcialmente el proyecto de ley de DIPr y ante esta situación la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales, con fundamento en el art. 205 del Reglamento Orgánico de Régimen Interno, emitió el preceptivo informe el 6 febrero 2013, considerando que las objeciones formuladas por el Presidente de la República eran fundadas y, por este motivo, correspondía modificar los art. 150, 151–158 y 159 del Proyecto de Ley de DIPr, recomendando al pleno de la Asamblea Nacional acoger las en toda su integridad. Y así lo hizo llegándose a un nuevo proyecto de ley en el año 2013.

¹⁰⁵ http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf.

proponente fue el H.D. Raúl Hernández¹⁰⁶ y el resultado fue la Ley 131, de 31 diciembre 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá¹⁰⁷. Así las cosas la suerte de la Ley de DIPr pareciera estar echada, sin embargo en las postrimerías del mandato presidencial del Presidente Martinelli y sorpresivamente, pues las normas sobre arbitraje internacional se mantuvieron, se dio luz verde a esta iniciativa, se promulgó el Código de DIPr de la República de Panamá¹⁰⁸. Dicho Código comprende 184 artículos y mantiene una concepción amplia del DIPr que se proyecta en las cuestiones reguladas (competencia judicial, Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación judicial civil internacional) y que desborda el marco de las modernas legislaciones extendiéndose cuestiones como el arbitraje internacional (colisionando como se ha indicado en la Ley de arbitraje de 2013), al Derecho penal, en el sentido más bustamantino de la expresión, y a otras cuestiones de carácter comercial como la quiebra internacional. La ley nacional posee un carácter protagonista en el sector del Derecho aplicable, aunque el Código da cierta entrada a la ley del domicilio y a la ley de la residencia habitual. Como curiosidad, el Código introduce una disposición de carácter general que excede las cuestiones abordadas en una disposición centrada en la reglamentación de las cuestiones del tráfico externo al establecer con carácter categórico que “(s)e prohíbe el matrimonio entre individuos del mismo sexo”; la natural polémica que ha suscitado un precepto de este tipo ha oscurecido, en los primeros momentos de vigencia la valoración global de esta disposición.

iii) Ocupa un lugar destacado el laborioso proceso seguido en Argentina, con una propuesta de inserción en el Código civil de un bloque normativo de normas de DIPr relativas a la competencia judicial internacional y al Derecho aplicable que culminó con éxito con motivo de la publicación del nuevo Código Civil y Comercial aprobado el 1 octubre 2014¹⁰⁹. Dentro de su extenso articulado de este impor-

¹⁰⁶ Los despachos parlamentarios de este último proyecto tampoco estuvieron exentos de problemas, pues es evidente que al ser paralelo a la tramitación del Proyecto la Ley de DIPr, portador de disposiciones que chocaban con el espíritu de dicho proyecto, generó tensiones entre defensores y detractores de ambos cauces. El hecho de que el Presidente de la República interviniese directamente en el malogro del proyecto iusinternacionalista es una prueba de que no se asistió a un proceso legislativo pacífico. Pero las presiones no sólo se dirigieron a este último texto. También el que resultaría ganador en una primera fase generó una fuerte oposición e incluso estuvo a punto de no ver la luz, aprobándose en el último momento, tras ser objeto de importantes denuncias, por incurrir al parecer en serias irregularidades, como no haber sido aprobado nunca en primer debate, que reclamaban que operase aquí también el veto presidencial. F. Gómez Arbeláez, “Nueva ley de arbitraje, irregularidad legislativa”, *La Prensa*, 19 diciembre 2013.

¹⁰⁷ J.C. Araúz Ramos, “La porfiada reforma del arbitraje en Panamá”, *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n° 1, 2014, pp. 143–149.

¹⁰⁸ Publicado en la *Gaceta Oficial* de 8 mayo 2014. Según su art. 184, el Código “comenzará a regir a los seis meses de su promulgación”. <http://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/27530/46493.pdf>.

¹⁰⁹ El proyecto de Código de DIPr argentino fue confeccionado por un Grupo de internacional-privatistas argentinos, agrupados bajo la “Comisión de Estudio y elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado”, nombrada por el Ejecutivo (Res. M.J y DH 191/02 y Res. M.J.S y D.H. 134/02, e integrada por los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Eduardo L Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil,

tante texto legal las normas de DIPr están ubicadas en el Libro Sexto (“Disposiciones comunes a los derechos personales y reales” y dentro de este último en el Título IV (“Disposiciones de Derecho internacional privado”). Dicho Título incluye 78 artículos distribuidos en tres capítulos. El primero, relativo a las “disposiciones generales” tras referirse a las fuentes del DIPr (art. 2594) regula los problemas tradicionales de aplicación de las normas de conflicto: aplicación judicial del Derecho extranjero (art. 2595), reenvío (art. 2596), fraude a la ley (art. 2598), normas imperativas (art. 2599) y orden público (art. 2600), a los que añade un precepto de nuevo cuyo relativo a la “cláusula de excepción” (art. 2597). Dicha cláusula, importada de los sistemas suizo, belga y de Quebec operará ante la inexistencia de lazos relevantes entre el supuesto y el Derecho designado por la norma de conflicto, hecho que demuestra que el factor de conexión pierde su razón de ser al no proporcionar seguridad jurídica o previsibilidad respecto a la ley aplicable.

El capítulo 2 supone una importante novedad en el sistema de DIPr argentino que no contaba hasta la fecha con un conjunto normativo que diese respuestas concretas a los problemas derivados de la competencia judicial internacional. Tras la rúbrica “Jurisdicción internacional” se han dado respuesta muchas de estas cuestiones como la acción del foro de necesidad (art. 2602), de las medidas provisionales (art. 2603), de la litispendencia (art. 2604) o de los acuerdos de elección de foro (art. 2605). También se abordan cuestiones capitales en este sector como el ámbito de las competencias exclusivas de los tribunales argentinos o el de la prórroga de jurisdicción. Es cierto que desde el punto de vista sistemático no corresponde al código civil regular estas materias, de marcado carácter procesal, pero el legislador argentino ha optado por respetar la coherencia interna del “sistema” de DIPr con independencia del texto legal que lo acoge.

Por último el Capítulo tercero está dedicado a la denominada “parte especial” reguladora de las relaciones jurídicas de carácter privado con una proyección esencialmente civilista (capacidad, nombre, ausencia, presunción de fallecimiento, matrimonio, uniones convivenciales, alimentos, filiación, adopción, responsabilidad parental, restitución internacional de niños, sucesiones, forma de actos jurídicos, contratos –incluidos los de consumo–, responsabilidad, derechos reales y prescrip-

Maria Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Maria Perugini Zanetti, Horacio Daniel Biombo, Julio Cesar Rivera, Amaia Uriondo de Martinolli e Inés M. Weinberg de Roca y, posteriormente, elevado al Congreso de la Nación junto al “Proyecto de unificación del Código Civil y del Código de Comercio” para su tratamiento legislativo <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2004/PDF2004/TP2004/02abril2004/tp037/2016-D-04.pdf>. Vid. S.L. Feldstein de Cárdenas, “La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?”, *www.el-Dial.com*; *id.*, “La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, n° 4, 1999, “El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?”, *www.diritoitalia.com*, diciembre 2000; N. Magallón Elósegui, “La reforma del Derecho internacional privado en la República Argentina”, *Revista Estudios Internacionales*, 14, 2007.

ción. No obstante también ha considerado el legislador argentino dar una respuesta a cuestiones de carácter comercial (títulos valores y cheque)

C) Proyectos gubernamentales y de carácter académico

45. Siguiendo en el círculo jurídico latinoamericano, ofrece un especial interés la referencia a los proyectos ya concluidos y en proceso de elaboración que sobre el DIPr se están realizando en América latina en cuyo marco se sitúa el presente proyecto de Ley Modelo.

i) Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr octubre 2006 que, a través de sus 226 artículos, tiene con una vocación de aplicarse a todo asunto, negocio o situación que esté vinculado con algún ordenamiento extranjero; establece el ámbito competencial de las autoridades mexicanas, señala criterios para la determinación del Derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y de los actos extranjeros. Son muchas las coincidencias de este instrumento con la Ley modelo, tanto en su estructura tripartita (ley aplicable, jurisdicción competente y reconocimiento y ejecución de sentencias), aunque con una ubicación diferente, como en el orden de las materias tratadas, en el empleo del domicilio por la conexión dominante como, por último, en el abandono de la inspiración del Código Bustamante. Las notas diferenciales estriba en la mayor influencia de la obra de la CIDIP en el texto mexicano¹¹⁰ y sobre todo, en la estructura federal del sistema, que cuenta casi trescientas leyes vigentes, de las cuales una cuarta parte guardan alguna relación con el DIPr¹¹¹. Únicamente si se soluciona esta última cuestión el Estado Mexicano podrá asegurarse una regulación conforme al art. 17 de la Constitución. De ahí la opción por un “Código modelo”.

ii) En Puerto Rico el borrador del Libro de DIPr tiene su origen en una propuesta elaborada entre 1987 y 1991 bajo el auspicio de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación (“la Academia”), entonces presidida por el ex juez presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, José Trías Monge. La propuesta, titulada *A Project for the Codification of Puerto Rican Private International Law*, fue debatida extensamente, enmendada y adoptada por un Comité Especial de la Academia¹¹² que contó con Symeon Symeonides, como consultor de esta Comisión

¹¹⁰ Proyecto de Código Modelo de Derecho internacional privado de 3 de diciembre de 2005. *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1242–1276; J.A. Silva, “Una codificación iusprivatista para México: los trabajos para conformarla”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 1221–1240

¹¹¹ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹¹² El comité estuvo presidido por el ex juez asociado del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Lino Saldaña. El profesor Arthur T. von Mehren, Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard,

Conjunta y que produjo un borrador de propuesta actualizada que presentó bajo el título de *A Bill for the Codification of Puerto Rican Private International Law*¹¹³. A pesar de ciertas similitudes terminológicas con otras codificaciones, este es un Libro verdaderamente distinto e independiente. Un ejemplo de su universalidad y de su particularidad se encuentra en el artículo general y supletorio, el cual refleja que el objetivo del proceso de determinación de la ley aplicable es identificar y aplicar la ley del Estado que “tiene la *conexión más significativa* con las partes y la disputa en relación con el problema de que se trata...”¹¹⁴. Este Libro de DIPr incorpora la doctrina jurisprudencial de *Viuda de Fornaris* y la de otros casos del Tribunal Supremo de Puerto Rico, la desarrolla y adopta un enfoque menos territorial y menos cuantitativo. Se trata de un enfoque fundamentado en la experiencia puertorriqueña que, a la vez, recoge los mejores elementos de ambos lados del Atlántico, sin someterse ciega o automáticamente a las autoridades jurídicas estadounidenses o españolas. El alcance y la estructura de este Libro. En armonía con la tradición civilista del Código Civil de Puerto Rico, este Libro atiende sólo el aspecto de la ley aplicable en los casos con elementos extranjeros y no el asunto de la jurisdicción adjudicativa interestatal o internacional, ni el del reconocimiento de sentencias extranjeras. Este

fue consultor del comité y el profesor Symeon C. Symeonides, Catedrático y Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de Willamete fue el Relator o “Rapporteur” de esta aportación.

¹¹³ A partir de ese documento y con la ayuda de un borrador inicial de una traducción al español de la propuesta de la Academia que había hecho Julio Romanach, del *Center of Civil Law Studies de Louisiana State University*, esta Comisión Conjunta elaboró el presente Borrador del Libro de DIPr. Tanto la redacción de los artículos como la de sus comentarios sufrieron importantes modificaciones por lo que fue necesario uniformar el lenguaje y la estructura de los artículos para ajustarlos a los criterios seguidos en el resto del Proyecto de Código Civil Revisado. Además, en algunos casos, también fue necesario hacer algunas modificaciones sustantivas para adecuarla a los nuevos contenidos de los restantes libros del Proyecto. Esto, obviamente, significó alteraciones a los comentarios que persiguen justificar las normas. Aunque se consultaron todas estas fuentes, este Libro está muy lejos de estar subordinado a alguna de éstas.

¹¹⁴ La frase enfatizada se parece a la frase “relación más significativa” del *Segundo Restatement* (secciones 5, 188, 222, 28 & 291. Sin embargo, también se parece al siguiente lenguaje utilizado en otras codificaciones: “*closest ties*” (Art. 9 de la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales), “*más directamente vinculadas*” (Artículo 30 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 9 1999), “*vínculos más estrechos*” (Artículos 206 y de los Proyectos Argentinos de Derecho Internacional Privado de 1998 y 200 respectivamente), “*closest relationship*” o “*closest connection*” (Ley DIPr suiza de 1987), “*close connection*” (Código Civil de Québec de 1999), “*closest connection*” (art. 28 de la Ley DIPr alemana y Convención de Roma), y “*stronger connection*” (Ley DIPr austriaca de 1978). Al mismo tiempo, la frase “*conexión más significativa*” del artículo es suficientemente diferente de todas las formulaciones antes citadas. Por ejemplo, la expresión “más significativa” invita a hacer un análisis más cualitativo y tiene menos connotación territorial o física que las expresiones “más fuerte” o “más cercano”, usadas en las formulaciones europeas. En cierta medida, estas diferencias y similitudes pueden reflejar las influencias europeas y las americanas en esta materia. Sin embargo, es más importante notar que las palabras “conexión más significativa” y el objetivo que éstas persiguen encuentra apoyo en la jurisprudencia puertorriqueña de derecho internacional privado, particularmente en el lenguaje de “contactos dominantes” usado en *Maryland Casualty*, *Viuda de Fornaris* y *Green Giant*. Aun así, el lenguaje de la nueva formulación difiere lo suficiente para que sea menos vulnerable a una interpretación errónea que invite a hacer un conteo mecánico o cuantitativo de contactos, o a una mera localización geográfica de la disputa.

Libro consiste de cuarenta y ocho artículos organizados en seis títulos: Título I (“Disposiciones generales”), Título II (“Instituciones familiares”), Título III (“Derechos reales”), Título IV (“Derecho de obligaciones y contratos”), Título V (“De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia”) y Título VI (“Derecho de sucesiones”).

iii) Corregir, en lo posible, esa situación, alcanzar en la esfera de las relaciones privadas internacionales los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de la República Dominicana, son los propósitos de la iniciativa legislativa de 2014¹¹⁵. Más concretamente, los objetivos perseguidos con ella pretenden. En primer lugar, resolver los problemas del sistema de DIPr, caracterizado por sus contradicciones entre los art. 3, de fuerte contenido estatutaria, y 15 del Cc con otras disposiciones dispersas en los Códigos y en Leyes especiales¹¹⁶; en segundo lugar, ajustar la legislación de DIPr a la realidad social de la República Dominicana; en tercer lugar, adecuar las soluciones internas a las realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de DIPr a escala mundial y en la Conferencia Especializada Interamericana de DIPR a escala de América Latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del DIPr de la Unión Europea en función del origen genuinamente europeo del sistema dominicano; y, por último, adaptar las soluciones dominicanas al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del proyecto, justificar la elección de una Ley Especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada. También permite vislumbrar las influencias en las soluciones adoptadas. Contiene cinco títulos: Título I (“Disposiciones comunes”); Título II (“Extensión y límites de la jurisdicción dominicana en materia civil y comercial”); Título III “De-

¹¹⁵ La Comisión redactora del Proyecto estuvo integrada por: Edynson Alarcón, Julio Cesar Valentín, Marco Herrera, Marcos Peña, Cruz, Peña, Fabiola Medina, Mario Pujols, Leidylin Contreras, M.A Víctor Villanueva, M.A. Nathanael Concepción, M.A. Marjorie Félix Ana Carolina Blanco Hache, y conto con el Prof. José Carlos Fernández Rozas como relator. La Fundación Global Democracia y Desarrollo (Funglode), el Instituto Global de Altos Estudios en Ciencias Sociales (IGLOBAL) y la Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS) entregaron el 19 marzo 2014 al presidente del Senado de la República, Reinaldo Pared Pérez, la propuesta de proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado; el rector del IGlobal, Marcos Villamán, tuvo a su cargo la entrega de la propuesta del proyecto de ley. <http://www.funglode.org/wp-content/uploads/2013/11/proyecto-ley-derecho-internacional-privado.pdf>.

¹¹⁶ S.T. Castaños, “Algunas reflexiones sobre la necesidad e importancia de regular el derecho internacional privado de la República Dominicana mediante una ley especial?”, *Gaceta Judicial, la Revista Jurídica de Interés General* (República Dominicana), Año 18, n° 329, 2014; R. Campillo Celado, “Necesidad de la adopción de una ley nacional sobre Derecho internacional privado en la República Dominicana”, *ibíd.*

terminación del Derecho aplicable”); y Título IV (“Reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros”).

46. El examen comparativo de estas iniciativas que se están desarrollando en la zona del Caribe registra ciertas notas divergentes, pero también apunta a la existencia de muchos puntos de coincidencia con los que la Ley Modelo concuerda. Y esta coincidencia se extiende a otras aspiraciones legislativas desarrolladas con mayor o menor éxito en el hemisferio americano.

Resulta de referencia obligada en cualquier proceso de codificación interna en América latina el Proyecto elaborado en Uruguay de Proyecto de Ley General de DIPr¹¹⁷. Se trata de una iniciativa que, como su propia Exposición de motivos declara, tiene pretensiones moderadas en orden al contenido de la materia: se pretende actualizar la normativa de fuente nacional armonizándola con la normativa de fuente internacional ya ratificada por Uruguay o en cuya generación este país ha participado activamente a través de sus delegaciones, sin perjuicio de tener en cuenta, también, las últimas soluciones de la normativa de fuente nacional en el derecho comparado a fin de precaver un inconducente aislamiento. La influencia en él de la obra codificadora de la CIDIP es incluso superior a su homólogo mexicano, pero también es muy relevante el influjo de los Convenciones de La Haya de DIPr. El proyecto, que pretende sustituir el actual Apéndice del Código Civil, cuenta con tres sectores básicos: el primero, referido a principios generales, comprende tres temas: los indicadores que deben regir la mecánica de aplicación de la norma de conflicto, la incidencia que la especialidad del Derecho mercantil internacional tiene respecto de ese tema, y la definición del punto de conexión personal básico adoptado desde siempre por nuestro sistema —el domicilio—. Este primer sector constituye una innovación respecto de las normas de conflicto de fuente nacional, aunque no respecto de las normas de conflicto de fuente internacional; el segundo tiene por objeto la ley aplicable a las categorías jurídicas que se han adoptado como referentes del sistema y el tercero tiene por objeto la competencia en la esfera internacional de los tribunales nacionales. Está constituido por normas de tipo unilateral, propias de su carácter atributivo de jurisdicción.

¹¹⁷ Un texto articulado que 63 artículos que incorpora el Proyecto Uruguayo de Ley General de DIPr de 2008. La idea de comenzó a concretarse en 1994, a partir de la iniciativa que el Prof. Dr. Didier Operti Badán planteó en el Instituto de DIPr de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Se designó un grupo compuesto por varios integrantes del Instituto, asignándosele el cometido de elaborar un primer anteproyecto de ley nacional de DIPr, comenzando por la teoría general. Cumplida esta etapa se produjo un impasse, que culminó con la reactivación operada, nuevamente a instancias del Prof. Operti, cuando como Ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay designó formalmente un Grupo de Trabajo para elaborar un anteproyecto de Ley General de DIPr substitutivo del Apéndice del Código Civil Creado por Resolución 652/998 del Poder Ejecutivo, de fecha 17/8/998. Los integrantes del Grupo, presidido por el Dr. Operti, fueron los Dres. Ronald Herbert, Eduardo Tellechea, Marcelo Solari, Berta Feder, Carmen González y Cecilia Fresnedo. En etapas posteriores se sumaron los Dres. Jorge Tálice, Paul Arrighi y Gonzalo Lorenzo.

47. Quedaría incompleto el panorama si no acudieramos a algunos ejemplos de codificación privada del DIPr llevada a cabo en América latina.

i) En el caso colombiano la propuesta de desarrollar un cuerpo normativo homogéneo o ley que agrupe y complemente las normas que sobre el DIPr se hallan dispersas por el ordenamiento jurídico colombiano proviene¹¹⁸ no sólo de la necesidad de promover su unificación, sino de organizar de forma sistemática el gran número de reglas de esta naturaleza que en él aparecen. Por eso ha surgido un imperativo en cuanto a la elaboración de un proyecto que estructure dicha unidad normativa, cuyo objetivo primordial es realizar aquellos ajustes que se estimen pertinentes para adaptar la legislación nacional a las prácticas internacionales que en la actualidad se desarrollan en el contexto mundial; y de esa forma integrar las normas de carácter convencional multilateral que están vigentes en ese ordenamiento jurídico. Esa tarea ha sido llevada a cabo por el profesor José Luis Marín Fuentes de la Universidad de Medellín quien elaboró un Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para Colombia¹¹⁹. Donde pretende entre otros objetivos, los de: a) unificar en un sólo cuerpo normativo las diferentes normas o reglas de derecho internacional privado que se encuentran no sólo en los diferentes códigos, sino en los textos convencionales ratificados por Colombia; b) contar con una reglamentación más clara, precisa, coherente, ordenada, fácil de consultar, fácil de comprender y fácil de aplicar en cuanto a dicha materia; c) facilitar la apertura jurídica en el campo internacional, buscando adaptar el derecho internacional privado colombiano a los cambios actuales que se presentan en el ámbito jurídico, social y comercial internacional, d) propugnar un desarrollo armónico de las relaciones privadas internacionales, al igual que los movimientos migratorios y comerciales el campo internacional; e) clarificar las disposiciones legales actuales, y al mismo tiempo formular normas más simples y precisas que regulen las materias más complejas de esta disciplina; f) hacer más accesible toda esta información a aquellas personas que tengan un interés directo o indirecto en la materia, sin importar la especialidad a la que pertenezcan; g) difundir y desarrollar la ciencia del derecho internacional privado en el ámbito jurídico colombiano, buscando con ello un desarrollo armónico de sus normas con las demás que hacen parte del ordenamiento jurídico nacional. El esquema del proyecto que desarrolla es el siguiente: tras un capítulo dedicado a las “Disposiciones generales”, se presta atención, en un primer momento, a los problemas de aplicación de la norma de conflicto, a la competencia judicial internacional y a la eficacia de las sentencias extranjeras, para finalizar con la precisión de los puntos de conexión con especial hincapié en la residencia habitual. En un segundo momento el proyecto se detiene en la regulación de las insti-

¹¹⁸ J.L. Marín Fuentes, *Derecho internacional privado*, Medellín, Editorial Universidad de Medellín, 2013, p. 17.

¹¹⁹ http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidades_Academicas/Facultad_DerechoCienciasPolitic/BibliotecaDiseno/Archivos/01_Documentos/proyecto_de_ley_gral_der_intma_priv2.pdf.

tuciones concretas: personas físicas, matrimonio, donaciones, filiación, adopción, alimentos, protección de menores, desaparición, ausencia y muerte presunta, sucesiones, personas jurídicas, sociedades comerciales, bienes, obligaciones y no contractuales, responsabilidad civil extracontractual, propiedad intelectual, insolvencia, títulos valores y prescripción. El proyecto se cierra con un conjunto de disposiciones finales. En estos momentos está siendo debatido por la comunidad científica colombiana.

ii) Fuera del área caribeña Bolivia cuenta con un Proyecto que fue publicado, en su primera versión y que sigue muy de cerca las líneas generales de la Ley de DIPr venezolana de 1998 y se debe a Fernando Salazar-Paredes. En el año 2005, la Facultad de Derecho de Universidad Privada de Santa Cruz de la Sierra recibió un requerimiento del autor de opinión sobre el Proyecto que sería discutido en diversos paneles tales como el que tuvo lugar el 11 mayo 2005, titulado “Ante Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Boliviano”. En el Capítulo I (“Disposiciones generales”), tras apuntar el ámbito de aplicación de la Ley la propuesta se dedica a los problemas técnicos de aplicación que implican la solución de los conflictos de leyes recogiendo, en esencia los principios de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado que Bolivia ha suscrito en 1984. El Capítulo II (“Del domicilio”) se refiere al régimen del domicilio de las personas físicas y jurídicas en cuanto resulte un medio para determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los Jueces o Tribunales, estableciendo el lugar del domicilio de las personas en general para luego enfocar los casos especiales del domicilio conyugal, de los menores e incapaces sujetos a patria potestad o tutela y, finalmente, cuándo no se considera domiciliada a una persona. Al regular el concepto general del domicilio, se lo califica a través del término de residencia habitual, que resulta de fácil comprobación, así como los domicilios especiales, entre los cuales figura el de la mujer casada, otorgándosele plena autonomía frente al domicilio del marido. El Capítulo III (“De las personas”) define el Derecho aplicable a la existencia, estado y capacidad de las personas físicas y jurídicas, en tanto que el Capítulo IV (“De las personas jurídicas”) trata de la actuación extraterritorial de las personas jurídicas tanto de Derecho público como de Derecho privado. Por su parte, el Capítulo V (“De la familia”) establece el Derecho aplicable a la validez y prueba del matrimonio, incluyéndose los supuestos del matrimonio a distancia y del matrimonio consular y estableciéndose una enumeración de los impedimentos de orden público internacional que llevarán al no reconocimiento de matrimonios celebrados en el extranjero cuando violenten los principios fundamentales del ordenamiento boliviano; asimismo, se regula el Derecho aplicable a las uniones no matrimoniales, y a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, incluyéndose los requisitos de eficacia en las capitulaciones matrimoniales de matrimonios celebrados en el extranjero. De la misma forma se regula el régimen jurídico aplicable al divorcio y separación, al establecimiento de la filiación, las normas aplicables a la adopción internacional o extranjera y lo referente a la tutela y otras protecciones

de incapaces, haciéndose una referencia expresa a la problemática de la sustracción y el tráfico internacional de menores. Dentro del Derecho patrimonial, el Capítulo VI (“De los bienes”), en su Sección Primera se refiere a los derechos reales y en su Sección segunda a los derechos de autor; y, respecto “de las obligaciones”, en el Capítulo VI (y, particularmente, en el caso de las obligaciones convencionales se ha procurado resumir en un conjunto de preceptos las orientaciones más relevantes de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México 1994, suscrita por Bolivia. En el Capítulo VIII (“De las sucesiones”) se determina la ley del domicilio del causante como la aplicable a las sucesiones; asimismo, la capacidad de testar o revocar un testamento está librada al derecho más favorable a la capacidad entre el domicilio y la nacionalidad del testador. El Capítulo IX (“De forma de los actos y del poder de representación”) propone una reforma necesaria en materia de forma de los actos, diferenciando la ley impositiva de una forma, la ley reglamentaria de la misma y la ley que juzga la equivalencia a los efectos de la primera. El proyecto presta también atención a ciertas cuestiones propias del Derecho de los negocios internacionales. Así, el Capítulo X (“De los títulos cambiarios”) establece un régimen integral de derecho aplicable a los títulos cambiarios internacionales en atención al vacío legal existente en la legislación boliviana actual, el Capítulo XI (“De la insolvencia”) determina que los procesos de insolvencia se rigen por el derecho del Estado del tribunal que interviene en ellos, y, con relación a la “prescripción”, el Capítulo XII considerando que ella es causa de extinción y adquisición de derechos, propone vincular el Derecho aplicable a la prescripción con el Derecho aplicable a las obligaciones o derechos a los que se refiera. Las cuestiones de competencia judicial internacional se contemplan en el Capítulo XIII (“De la jurisdicción y competencia”). Su Sección primera comienza aceptado la prórroga de jurisdicción expresa o tácita en materia patrimonial, salvo que tuvieren jurisdicción exclusiva los tribunales de la República; asimismo, recoge el llamado “foro de necesidad”; a continuación, en la Sección segunda, se prevén en forma específica la jurisdicción internacional para diversos supuestos. Sobre la “eficacia de las sentencias extranjeras”, en el Capítulo XIV se determina que las sentencias y otras resoluciones judiciales dictadas en país extranjero tendrán, en Bolivia, la fuerza que establezcan los tratados respectivos. Finalmente, en el Capítulo XV (“Del procedimiento”) el proyecto de ley determina que la competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del autoridad ante la cual se desenvuelve. La declinatoria de jurisdicción del Juez o Tribunal boliviano respecto del Juez o Tribunal extranjero se declarará de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso¹²⁰.

D) Participación limitada en la codificación internacional

¹²⁰ <http://asadip.files.wordpress.com/2009/12/ley-dipr-2.pdf>.

48. Desde los propios inicios de la OEA, los Estados americanos, han reafirmado que la mayor contribución a la paz es el respeto al Derecho internacional público. Por eso, la Carta de la Organización dispone que “el Derecho internacional es norma de conducta de los Estados en sus relaciones recíprocas” y que el orden internacional está constituido, entre otros, “por el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de Derecho internacional”. Entre las materias seleccionadas para la codificación, en el ámbito interamericano pueden reseñarse las relativas a tratados contenidas en la Convención sobre Tratados de La Habana en 1928 y las normas sobre reservas, que luego fueron recogidas tanto por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia como por la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados. A partir de aquí, la vocación hacia la aplicación prioritaria de los tratados internacionales de DIPr está presente en la mayor parte de los sistemas latinoamericanos¹²¹, señaladamente en los Estados que son miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr que se inspiran en una concepción “monista” en orden a la incorporación de los tratados al orden jurídico interno¹²². Asimismo, a excepción de Venezuela, dichos Estados son parte del Convenio de Viena de 1969 sobre Derecho de los tratados, lo que origina una cierta unicidad en este sector¹²³, pese a su inherente limitación. Incluso en el marco de la CIDIP existe una referencia expresa a la aplicación de las normas de conflicto, lo cual posee un efecto didáctico que se dirige preferentemente al juzgador¹²⁴. No en vano, el art. 1 de la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr de 1979 establece que la “determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con el Derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes”; añadiendo que en defecto de tratado “los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho interno”¹²⁵. Se otorga así un carácter supletorio al DIPr de fuente estatal que, si bien es evidente en ciertas normas fruto del legislador interno, como el art. 20 Cc cubano de 1987 o en el art. 12 Cc mexicano de 1987, no lo es tanto en otras. Singular resulta en tal sentido el art. 2047.1º Cc peruano de 1984 al exigir la “pertinencia” de los tratados internacionales “ratificados” por Perú, “y si éstos no lo fueran” se aplicará el Libro X del referido Código.

¹²¹ G. Parra-Aranguren, “Las recientes modificaciones del DIPr en el Continente Americano”, *Revista de la Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, nº 43, 1991, pp. 357-443, esp. pp. 399-406.

¹²² J.H.A. van Loon, en *The Effect of Treaties in Domestic Law* (F.J. Jacobs y S. Roberts, eds.), vol. 7, Londres, Sweet & Maxwell, 1987, pp. 229 ss.

¹²³ Desde la perspectiva del Derecho de los tratados vid. I. Sinclair, “The Vienna Convention on the Laws of Treaties: The Consequences of Participation and Non-participation”, *Am. J. Int'l L.*, Proceeding of 78th Annual Meeting, 1984, pp. 271 ss.

¹²⁴ Vid. H.U. Jessurun D'Oliveira, “Codification et unification du droit international privé. Problèmes de coexistence”, *Unification et le droit comparé dans la théorie et la pratique. Contributions en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1984, pp. 117 ss.

¹²⁵ La aprobación de este precepto fue saludada efusivamente por W. Goldschmidt, “Un logro americano en el campo del DIPr”, *El Derecho* (Buenos Aires), nº 4.763, 24 de julio de 1979.

No obstante, la solución a las cuestiones de incorporación de las normas de DIPr de origen convencional viene determinada por lo general en los textos constitucionales o en las disposiciones preliminares de los Códigos civiles, que a veces dificultan tal incorporación y plantean problemas de jerarquía interna de las normas internacionales¹²⁶; ello cuando no estamos ante convenios que por su escaso uso, por su antigüedad, o por su carácter reciente, son desconocidos por los jueces¹²⁷.

49. Hoy por hoy el proceso integrador de América latina por lo que respecta al DIPr descansa en tratados internacionales y respecto a los mismos se registran notables discrepancias en el área. El sistema interamericano cuenta con un marco legal suficiente de Convenciones sobre cooperación jurídica y judicial y asistencia legal mutua, que abarca desde el Derecho procesal hasta Derecho de familia, pero dicho sistema no cubre de manera suficiente el área OHADAC. El cumplimiento efectivo de la cooperación judicial en este marco pasa por la creación de una red de autoridades centrales y funcionarios gubernamentales tal y como lo requieren las convenciones existentes. Sería conveniente ofrecer a las autoridades centrales las herramientas necesarias para desempeñar adecuadamente sus funciones y para comunicarse entre sí de la manera más eficiente y segura. Esta escasez pone de relieve la necesidad de favorecer las investigaciones sobre la cooperación judicial en América latina, pues diseñar un marco legal estable de cooperación judicial requiere previamente conocer en profundidad la realidad de la situación actual de las normativas implicadas.

Existen en la comunidad latinoamericana modelos en los que los problemas de interacción de procedimientos de producción normativa son muy similares, a partir de la coexistencia entre el Código civil, en sus distintas versiones en lo que atañe al DIPr (napoleónica, alemana, chilena y argentina), y la reglamentación de origen convencional¹²⁸. El caso más significativo es el de México que, frente a un dilatado período de oposición al régimen convencional en la regulación de las cuestiones del tráfico privado externo, inició a partir de 1975 una política de incorporación a tratados internacionales, preferentemente de carácter multilateral, que ha planteado en este país numerosos problemas de interacción con el orden jurídico interno¹²⁹, pro-

¹²⁶ K. Siehr, "Codificazioni del diritto internazionale privato e convenzioni internazionali", *Problemi di riforma del diritto internazionale privato italiano*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 497-507.

¹²⁷ E. Jayme, "Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 68-69.

¹²⁸ Es de justicia señalar la especial sensibilidad a los problemas de interacción entre el Código civil y los Convenios internacionales suscritos por Uruguay que se registra en la obra de Q. Alfonsín, *Curso de Derecho privado internacional con especial referencia al Derecho uruguayo y a los Tratados de Montevideo de 1889. Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955, esp. pp. 227 ss.

¹²⁹ Son más de medio centenar de tratados internacionales vinculados al DIPr *latu sensu* que otorgan una nueva fisonomía al sector de los procedimientos de producción normativa existentes en México, *vid.* L. Pereznieta Castro, "El art. 133 Constitucional: una relectura", *Jurídica*, n° 25, 1994 y L. Ortiz Ahlf, "Comen-

blemas que no han sido ajenos de algún modo a los que se suscitaron en España tras el proceso de reforma política. En otros modelos, sin embargo, destaca el protagonismo de los denominados “Tratados de Montevideo”¹³⁰, consecuencia de la euforia codificadora supranacional que desde la primera etapa de la independencia caracterizó a las Repúblicas latinoamericanas y que tuvo una cardinal proyección en el DIPr o, con la polémica entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio como telón de fondo¹³¹, el “Código de Bustamante”, que confieren una singularidad al sistema de codificación internacional del DIPr en Latinoamérica.

E) Repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya de DIPr

50. Las Convenciones de La Haya de DIPr se han elaborado con un doble objetivo: proporcionar, de un lado, un marco jurídico a las transacciones privadas internacionales que involucran a las personas, las familias o las empresas, que ofrece un cierto grado de certeza en las soluciones; y, de otro lado, facilitar la solución ordenada y eficiente de los litigios transfronterizos, la buena gobernanza y el Estado de Derecho, en el respeto de la diversidad de tradiciones jurídicas¹³². A ello puede agregarse una función importante como es la de constituir un instrumento esencia de apoyo en la integración económica¹³³.

tarios sobre algunos problemas de Derecho internacional público que plantean las Convenciones de DIPr”, *Memoria del XIII Seminario Nacional de DIPr*, México, UAM, 1992, pp. 176 ss).

¹³⁰ Fruto de la labor realizada en una serie de “Congresos hispanoamericanos” que tuvieron lugar a partir de 1826 fueron los denominados “Tratados de Montevideo” de 1889, revisados en 1939–1940. *Vid.* M. Argúas, “The Montevideo Treaties of 1889 an 1940 and their Influence on the Unification of Private International Law in South America”, en el Libro centenario de la ILA, *The Present State of International Law and Other Essays*, Kluwer, 1973, pp. 345–360.

¹³¹ También en el Primer Congreso Jurídico Latinoamericano, que tuvo lugar en Lisboa en 1889, la polémica entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio en la regulación de estatuto personal tuvo el principal protagonismo. *Vid.* M. Torres Campos, *Elementos de DIPr*, 4ª ed, Madrid, Librería de F. Fé, 1913, pp. 145–146.

¹³² *Vid.*: G. Droz, M. Pellichet y A. Dyer, “La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son bureau permanent”, *Recueil des Cours*, t. 168 (1980–III), pp. 213–268; R. Graveson, “Problems of the Hague Conference of Private International Law”, *Essays in honour of R. Ago*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1987, pp. 125 ss.; M. H. van Hoogstraten, “La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *Recueil des Cours*, t. 122 (1967–III), pp. 337–435; *id.*, “L’état présent de la Conférence de la Haye de droit international privé”, *The Present State of International Law* (Libro centenario de la I.L.A.), Deventer, 1973, pp. 371 ss.; J.H.A. Van Loon, “Quelques réflexions sur l’unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye”, *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxelles, Story–Scientia, 1989, pp. 1133–1150; A. E. von Overbeck, “La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 233 (1992–II), pp. 9–98; R. Viñas Farré, *Unificación del DIPr. Conferencia de La Haya de DIPr*, Barcelona, Bosch, 1978; W. von Steiger, “Konventionen oder Modellgesetze?”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. 17, 1970, pp. 39 ss.

¹³³ *Vid.* G. Vieira da Costa Cerqueira, “La Conférence de La Haye de droit international privé. Une nouvelle voie pour le développement du droit international privé des régionales Organisations d’intégration économique”, *Rev. dr. unif. / Unif. Rev. Law*, vol. 12, n° 4, 2007, pp. 761–793.

En los últimos años, el número de Estados miembros de la Conferencia de La Haya casi se ha duplicado. Hoy participan como Estados parte en alguna de las Convenciones emanadas de esta entidad casi un centenar y medio de Estados de la comunidad internacional, lo que evidencia que existe una creciente demanda por parte de los gobiernos para la formación especializada y asesoramiento. Tal apoyo es muy a menudo esencial para asegurar los objetivos de las diferentes Convenciones, tales como la protección de niños o adultos que requieren una especial y continuada implementación y supervisión.

Pese a su importancia indiscutible, la repercusión de la obra de la Conferencia de La Haya DIPr en América latina¹³⁴ y, en particular en el área del Caribe, ha sido muy limitada si se exceptúa en caso de México o de Venezuela¹³⁵ y los territorios vinculados a Francia, Países Bajos y Reino Unido. En los últimos años el grupo caribeño se incrementaría con la integración de Costa Rica en 2011 a lo que se había añadido la incorporación de otros países de América latina como Paraguay en 2005 y Ecuador en 2007, fruto de un Programa Especial para América Latina de 2005.

Dicha ampliación tuvo la virtud de admitir la posibilidad de que los representantes de este círculo se expresaran en los debates en español, si bien este no llegó a constituir un verdadero idioma de trabajo. La invitación para participar a título de observador fue reiterada en la Decimoctava sesión de la Conferencia con ocasión de las deliberaciones de la Convención relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, que tuvieron lugar en octubre de 1996, asistiendo representantes de Colombia, Costa Rica, Ecuador, Paraguay y Perú.

51. Desde 2004 la Conferencia de La Haya ha manifestado una política de expansión destinada a las experiencias de integración regional en América Latina, Europa del Este, la región de Asia-Pacífico y en toda África, con miras a apoyar la aplicación efectiva y generalizada sus Convenciones. Para ello ha desplegado un amplio programa de actividades a nivel regional que fomentan la cooperación y la coordinación entre los Estados con lazos culturales, geográficos y lingüísticos especiales. A su vez, se trata de facilitar una adaptación más efectiva de los Convenciones de La Haya a la cultura legal en particular de entornos compartidos por los Estados en una región. Después de las conclusiones y recomendaciones acordadas

¹³⁴ Vid. G. Parra-Aranguren, "The Centenary of the Hague Conference on Private International Law", *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Helbing und Lichtenhahn, 1993, pp. 111-112; D. Operti Badán, "The Relationships between Latin American and the Hague Conference regarding the Recent Developments of Private International Law", *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 421-432..

¹³⁵ Acerca de la admisión y aceptación de Venezuela Vid. G. Parra-Aranguren, "La Conferencia de La Haya sobre DIPr", *Facultad de Derecho (Univ. Andrés Bello)*, n° 37, 1986-87, pp. 204-205. Ni que decir tiene que España votó favorablemente dicha admisión.

en diciembre de 2004 durante el Seminario de Jueces Latinoamericanos en el Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores de 1980, la Oficina Permanente consideró muy seriamente la necesidad de reforzar el funcionamiento de los Convenios de La Haya en América Latina y de promover la participación de los Estados del área en las labores de la Conferencia de La Haya.

Esta iniciativa dio lugar en 2005 a la elaboración de un especial Programa para los Estados de América Latina con la colaboración de los Gobiernos de Argentina, EE UU y España y las contribuciones de varios otros Estados en el presupuesto suplementario, administrado por el Centro Internacional de la Conferencia de La Haya de Estudios Judiciales y Asistencia Técnica. En esencia, los objetivos de este programa tienden a fomentar: a) la participación de los agentes regionales y los Estados en los trabajos de la Conferencia de La Haya; b) la creación de redes entre los órganos, las autoridades centrales, los jueces de la Red de La Haya, las organizaciones internacionales y el sector académico; y, c) la accesibilidad de la información en relación con la Conferencia de La Haya a los actores en la región, promoviendo el conocimiento y las mejores prácticas en virtud de los Convenios de La Haya. También pretende el programa reunir información y llevar a cabo la investigación en la región de acuerdo con las necesidades de los la Oficina Permanente, asistir en el desarrollo y promoción de herramientas y guías de la Conferencia de La Haya (*v.gr.*, INCADAT, INCASTAT, iChild, e-APP y guías de buenas prácticas, entre otros) para las personas y entidades encargadas de la aplicación de los Convenios de La Haya, desarrollar e impulsar la labor de la Conferencia de La Haya en el idioma español y coordinar la asistencia técnica a los Estados de América Latina en el respeto de los entrenamientos y seminarios para jueces, funcionarios de gobierno, la Autoridad Central, funcionarios y otros profesionales responsables de la aplicación de las convenciones de La Haya.

Con carácter permanente, funcionarios, jueces, profesionales y académicos de la región están ahora en contacto con la Oficina de América Latina, que, o bien responde a ellos directamente o canaliza sus necesidades y solicitudes a la Oficina Permanente. Del mismo modo, muchas solicitudes abordadas desde la Oficina Permanente a la región se canalizan a través de la Oficina de América, que sirve como una fuente de información y un conducto regional para muchas de las iniciativas globales que se están desarrollando y se procesan en la Oficina Permanente.

52. Es muy difícil de medir con precisión los resultados de un programa que ha ido aumentando su alcance año tras año y que está completamente unido a todo funcionamiento de la Oficina Permanente. En particular, el personal de la Oficina Permanente ha sido altamente involucrado y / o ha participado directamente en muchas de las actividades que se han reportado en el presente documento. Sin embargo, tratamos de poner de relieve algunos avances concretos en la región durante los últimos siete años que están directamente vinculadas a la labor llevada a cabo por la Oficina de América Latina.

La participación de los Estados de América Latina en las actividades de la Conferencia de La Haya se realiza a través de la Oficina de América Latina e incluye la distribución de los cuestionarios, traducción de los documentos preliminares a la lengua española, el envío de los documentos y la financiación de los viajes con el fin de facilitar la asistencia a eventos. Dicha Oficina facilita la participación de los delegados de la región en las reuniones internacionales, ayuda a los delegados y expertos con la obtención de información relevante y alienta el diálogo regional a través de conferencias telefónicas, reuniones regionales, preparación de propuestas conjuntas y documentos de trabajo para las reuniones mundiales.

53. Pese a lo anterior, del limitado ámbito de los instrumentos que están en vigor en el área OHADAC habla por sí sólo el hecho de que suelen referirse a cuestiones tales como legalización, procedimiento civil, sustracción de menores y, en función de las peculiares circunstancias que rodean a esta materia, la adopción internacional¹³⁶. Y esta situación no ha variado sustancialmente aunque en los últimos años Costa Rica y República Dominicana se incorporaron a la Convención de de 5 octubre 1961 sobre la apostilla y este último país y Cuba suscribieron la Convención de 29 mayo 1993 relativa a la protección del niño y a la cooperación en materia de cooperación internacional. Asimismo, la República Dominicana es parte de la Convención de 19 octubre 1996 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

A los inconvenientes anteriores basados en la limitación de la materia regulada se añade la insuficiencia de un desarrollo auténtico de los mecanismos de asistencia judicial internacional y de coordinación entre autoridades extrajudiciales que faciliten al operador jurídico la realización de los propios postulados previstos en las Convenciones. Dicho en otros términos, la aplicación de estos instrumentos es costosa económicamente, pues muchas veces son un punto de partida que debe contar con una adaptación de desarrollo a nivel interno y en ningún caso son autosuficientes para resolver los problemas del tráfico privado externo que en ellos se regulan. De ahí que la incorporación de un Estado no deba de hacerse sin atender a los ulteriores problemas que puede plantear su aplicación en el orden jurídico interno que, muchas veces, requieren una dotación presupuestaria muy importante¹³⁷.

Una tercera limitación se centra en la política de bloques que se observa en la Conferencia de La Haya y se traduce en un relativismo espacial en orden a la efica-

¹³⁶ Precisamente en esta materia y en función de la importancia de muchos países latinoamericanos como “Estados de origen” de menores susceptibles de ser adoptados, se produjo una ampliación con carácter extraordinario de la Conferencia de la Haya de DIPr a Estados no miembros.

¹³⁷ Con carácter general Cf. J.H.A. van Loon, “The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law”, *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law*, Deventer, 1990, p. 102.

cia de las Convenciones que de ella derivan, como evidencia la acción del denominado “Grupo europeo de DIPr” y de la propia UE. Dicho grupo no solamente despliega su influencia *ad extra* de la propia Conferencia sino que, inevitablemente, posee una subliminal posición de fuerza dentro de la misma. Por el momento, esta posición se centra preferentemente en la materia patrimonial, mas la ampliación de las materias que propicia la cooperación en materia de justicia civil que ofrece el “Tercer Pilar” diseñado en Maastricht, y las nuevas posibilidades que experimenta la armonización del Derecho de familia en Europa, pueden ser indudablemente un nuevo factor de particularismo regional y, por tanto, de alejamiento.

54. Por último el eventual encuentro entre las tareas codificadoras realizadas a los dos lados del Atlántico, cuando ambas abarcan a la misma materia, puede quedar cercenado por el juego de las cláusulas de incorporación a las Convenciones centradas en el sector específico del “conflicto de leyes”, pues alguno de estos instrumentos gestados en la Conferencia de La Haya a partir de 1961 contienen cláusulas de aplicación universal que excluyen cualquier condición de reciprocidad. Ello, que sin duda ofrece grandes ventajas en pro de la unificación de las normas de conflicto, puede propiciar, al margen de los problemas de interacción con las normas del DIPr de fuente estatal y de su incorrecto empleo por los Tribunales de justicia, un alejamiento en las relaciones que estamos examinando. Situación esta que puede imposibilitar al Estado que se ha obligado por una Convención *erga omnes* a incorporarse a otra Convención de este tipo sobre la misma materia¹³⁸ o a diseñar estrategias propias para el DIPr estatal.

Existen, por el contrario, importantes factores de aproximación. Uno de ellos, como puede suponerse, estaría constituido por la aceptación del español como idioma de trabajo. Siendo en su origen la francesa la única lengua oficial, la entrada de los EE UU en la Conferencia, primero como observador y luego como miembro motivó la incorporación del inglés, aunque en un principio el texto francés de las Convenciones debía prevalecer en caso de divergencia. Esta situación, que contradice el carácter universal de esta institución aunque se justifique en obvias razones económicas, no ha sido pacífica¹³⁹. Otro factor de aproximación, por poco relevante que pueda parecer, es el de la traducción al español de los convenios a partir de un lenguaje común aceptado por todos los países iberoamericanos. Bien entendido que el único texto auténtico de las Convenciones emanadas de la Conferencia es el francés y el inglés. Esta cuestión no ha sido nueva en la Conferencia pues Alemania, Austria y Suiza han solido presentar un texto común e indudablemente es un factor que no solo evita que proliferen horribles traducciones privadas, sino que favorece la aplicación de las Convenciones en los Esta-

¹³⁸ Sobre el juego de estas cláusulas universales en el proceso codificador *Vid.* G.A.L. Droz, “Regards sur le droit international privé comparé (Cours général de droit international privé)”, *Recueil des Cours*, t. 229 (1991-IV), p. 391 y J.D. González Campos y A. Borrás, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de DIPr (1951-1993). Traducción al castellano*, Madrid, M. Pons, 1996, pp. 21-24.

¹³⁹ *Vid.* G. Parra-Aranguren, “La Conferencia de La Haya”, *loc cit.*, p. 216.

dos miembros al evitar que circulen versiones distintas¹⁴⁰. Tras una serie de iniciativas de carácter informal en 1989 tuvieron lugar en La Haya dos reuniones de delegados de lengua española que comenzaron los trabajos preparatorios de revisión de los textos en dicha lengua. El año siguiente y gracias a los auspicios del Ministerio de Asuntos Exteriores español tuvo lugar en Madrid una nueva reunión que sentaría las bases definitivas para una futura traducción unificada de los Convenios de La Haya en español¹⁴¹.

F) Repercusión de la obra de la CIDIP

55. El proceso de codificación del DIPr en el ámbito interamericano ha sido una de las actividades jurídicas permanentes de los Estados de la zona desde las últimas décadas del siglo XIX. Esta labor ha asumido distintas variantes institucionales y hasta hace unos años ha sido protagonizada por medio de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre DIPr (CIDIP). Tras el inicio de esta nueva etapa codificadora en América las preocupaciones esenciales se han dirigido, de un lado, a la coordinación de los esfuerzos en el sentido de no aprobar instrumentos contradictorios; y, de otro lado, a la contemplación de la influencia mutua entre los distintos procesos, en presencia, señaladamente el gestado en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr.

Entre los antecedentes de esta Conferencia es obligado referirse a la Carta de Bogotá aprobada en 1948 que creó un Consejo Interamericano de Jurisconsultos, cuya misión incluía la de fomentar, en la medida de lo posible, la uniformidad de las legislaciones americanas. Durante la Tercera Conferencia Interamericana que tuvo lugar en Buenos Aires en 1967, la competencia del Consejo fue transferida a otro organismo, el Comité Jurídico Interamericano (CJI)¹⁴², cuya misión es “promover el desarrollo progresivo y codificación... del Derecho internacional... y estudiar los problemas jurídicos referentes a los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente” (art. 105 Carta OEA). Durante los años cincuenta, los esfuerzos de los organismos técnicos de la OEA se orientaron a explorar la posibilidad de armonizar los criterios de selección del Derecho aplicable adoptados por el Código Bustamante con aquellos incorporados en los Tratados Sudamericanos de DIPr y el *Restatement of the Law of Conflicts of Laws* preparado por el *American Law Institute*, sin embargo estos esfuerzos no se vieron coronados por el éxito. Baste atender a que un proyecto de Código elaborado por el CJI no contó con el apoyo de los Estados Miembros de la

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp. 218–220

¹⁴¹ Cf. A. Borrás, “Unificación de la traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 703–705. Debe recordarse que el VII del IHLADI había propugnado la elaboración de un vocabulario jurídico internacional de la Comunidad hispano-luso-americano-filipina (*Anuario IHLADI*, vol. 4, 1973, p. 692–693).

¹⁴² Vid. J. R. Vanossi, “El Comité Jurídico Interamericano (reseña de su historia y de su obra)”, *Revista El Derecho* (Buenos Aires), vol. 118, pp. 771–783.

Organización. Ello movió al CJI a abandonar el enfoque global de la codificación de esta disciplina legal y iniciando una segunda etapa, en la cual predominó la codificación sectorial del DIPr a explorar otras posibilidades, en concreto a la elaboración de una serie instrumentos referidos a los aspectos más importantes, sustantivos y procesales, de las relaciones del tráfico privado externo. Así las cosas en 1971 la Asamblea General de la OEA decidió convocar la Primera Conferencia Interamericana Especializada de DIPr Privado (CIDIP-I)¹⁴³, que se realizó en la ciudad de Panamá del 14 al 30 enero 1975, dando comienzo a una importante labor codificadora del DIPr en el continente americano.

Las CIDIP han sido el mecanismo utilizado durante los últimos años para tratar cuestiones de DIPr con relativo éxito. Una de las características principales de las CIDIP es que los temas propuestos para consideración por una conferencia determinada son las recomendaciones presentadas por la CIDIP anterior. Los temas propuestos pasaban a ser estudiados en reuniones de expertos, que examinaban esos aspectos altamente especializados del DIPr.

56. El obligado panorama de la obra de la Conferencia registra lo siguiente. La CIDIP-I, celebrada en la Ciudad de Panamá en 1975, adoptó las siguientes seis convenciones sobre comercio internacional y Derecho procesal: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia Recepción de Pruebas en el Extranjero; la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes para ser usados en el Extranjero¹⁴⁴. La II Conferencia tuvo lugar en Montevideo en 1979, y también contó con importantes resultados, pues se elaboraron ocho convenios de codificación: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Cheques, la Convención Interamericana Conflictos de Leyes en materia de Sociedades Mercantiles; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros; la Convención Interamericana

¹⁴³ Debe tenerse presente que Conferencias de este tipo fueron establecidas por el Capítulo XVIII de la Carta de la OEA. Son reuniones intergubernamentales para tratar asuntos técnicos especiales o para desarrollar determinados aspectos de la cooperación interamericana. Se celebran cuando lo resuelve la Asamblea General o la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, por iniciativa propia o a instancia de alguno de los Consejos u Organismos Especializados.

¹⁴⁴ Vid. R. Abarca Landero, "Convenciones interamericanas en materia procesal. Panamá, 1975", *Cooperación interamericana en los procedimientos civiles y mercantiles*, México, U.N.A.M., 1982, pp. 613-678; T. B. de Maekelt, *Conferencia especializada de Derecho internacional privado (CIDIP I)*, análisis y significado de las convenciones aprobadas en Panamá, 1975, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979; G. Parra Aranguren, "La Primera Conferencia especializada interamericana sobre Derecho internacional privado (Panamá, 1975)", *Libro-homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ed. Sucre, 1975, pp. 253-277.

sobre Ejecución de Medidas Preventivas; la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias. La III Conferencia se convocó en La Paz, en 1984, con resultados algo más modestos: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el DIPr, la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Montevideo fue la sede de la IV Conferencia, que se celebró en 1989 que adoptó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, y la Convención Interamericana sobre Contratación de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. La CIDIP-V, celebrada en la Ciudad de México en 1994 y adoptó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Contratos Internacionales, y la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Registrando una cierta crisis institucional la CIDIP-VI, celebrada en la sede de la OEA en Washington DC en 2002, adoptó la Ley Modelo Inter-Americana sobre Garantías Mobiliarias, la Carta de Porte Directa Uniforme Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera, y la Carta de Porte Directa Uniforme No-Negociable Interamericana para el Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera. Por último la Séptima Conferencia de DIPr (CIDIP-VII) se convocó en junio de 2003 y se aprobaron los temas de protección al consumidor y registros electrónicos.

57. Con una acertada visión y pese a la tradición común americana y a la existencia de una copiosa labor de codificación anterior, la CIDIP ha dado muestra de un extraordinario realismo, se ha decantado por un claro rechazo hacia una codificación de conjunto del DIPr para detenerse en aspectos concretos de interés para las relaciones del tráfico privado externo de los Estados parte; estamos ante lo que pudiera calificarse de “descodificación” del DIPr convencional¹⁴⁵. De otra parte, e inevitablemente, ha experimentado un cierto mimetismo con la Conferencia de La Haya de DIPr en las técnicas de codificación y en el modo de enfrentarse a los problemas concretos¹⁴⁶. Probablemente la pertenencia de varios países americanos a dicha Conferencia, cuya vocación de universalidad es manifiesta, ha condicionado esta obra de codificación paralela. No existe, sin embargo, tal similitud en cuanto a la agenda de trabajo y a la materia codificada. Mientras que en

¹⁴⁵ Vid. D. Operti Badán, “L’oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel”, *Libera amicorum Georges A.L. Droz*, La Haya, Nijhoff, 1996, pp. 269–286.

¹⁴⁶ Vid. D. Operti Badán, “Unification of Laws in the Western Hemisphere: The Contribution of the Organization of the Organisation of American States”, *Rev. dr. unif.*, 1981, pp. 60–67.

La Haya se contempla el “contenido” del DIPr *strictu sensu*, en la CIDIP este es mucho mayor, pues incluye cuestiones propias del Derecho del comercio internacional (letras de cambio, pagarés, facturas, cheques, arbitraje, sociedades mercantiles y transporte internacional de mercaderías por carretera)¹⁴⁷ y muestra una tendencia expansiva en el sentir de ciertas delegaciones. En cualquier caso, como en la propia Conferencia de La Haya¹⁴⁸, los mayores éxitos desde la perspectiva de la incorporación de los Estados a los Convenios se registran en el ámbito del Derecho procesal civil internacional y, en particular en el sector de la asistencia judicial internacional.

Debe dejarse constancia que los trabajos en la CIDIP reflejan un protagonismo muy marcado de tres países (México, Venezuela y Uruguay), limitándose el resto a una actuación bastante pasiva que se traduce en una distorsión entre el esfuerzo codificador realizado y el número de Estados que se incorporan a los Convenios que van surgiendo de la Conferencia.

G) Inadecuación e insuficiencia del Código Bustamante

58. El Código fue adoptado por la Sexta Conferencia Panamericana y gestado en un momento histórico todavía dominado por una cierta euforia internacionalista, que quedaría cercenada tras la crisis económica de 1929. Su pretensión era reunir en un solo texto todas las materias que por aquella época se consideraba que formaban parte del contenido del DIPr; por esa razón se estructuró en cuatro Libros relativos a las materias civil, la más extensa sin duda, mercantil penal y procesal respectivamente, que iban precedidos de un título preliminar. Ello dio lugar a un texto de extraordinaria heterogeneidad material y de una desmedida extensión (437 artículos) que, en muchos casos, desbordó la mera labor unificadora de la práctica existente hasta entonces, incorporando la ordenación de numerosas materias sobre las cuales no existía práctica alguna en la jurisprudencia de los estados parte. Esta última faceta confirió al Código un carácter que penetró en una perspectiva de desarrollo progresivo de las normas con un importante componente académico y una vinculación a regular cuestiones que corresponden por entero al Derecho internacional público (*v.gr.*, extradición) por entrar de lleno en materias propias de la soberanía estatal.

La presencia de los Estados latinoamericanos en ese instrumento es limitada: aceptación total (Cuba, Guatemala¹⁴⁹, Honduras, Brasil, Haití, República Domini-

¹⁴⁷ Vid. R. Eyzaguirre Echeverría, “Los problemas del Derecho comercial en el DIPr interamericano”, *XII Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano*, 1990, pp. 241–259.

¹⁴⁸ Cf. J.C. Fernández Rozas, “La cooperación judicial en los Convenios de La Haya de DIPr”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 83–84.

¹⁴⁹ Código de Derecho internacional privado aprobado por Decreto 1575 de la Asamblea Legislativa y publicado el 31 de agosto de 1929. En el momento de la firma de la Convención la Delegación de Guatemala dejó constancia “de su aceptación absoluta y sin reservas de ninguna especie” del Código Bustamante.

cana, y Venezuela¹⁵⁰), ratificación con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna (Bolivia, Costa Rica¹⁵¹, Chile¹⁵², Ecuador y El Salvador) y alejamiento total (Argentina, Colombia, México¹⁵³, Paraguay y Uruguay). Ello da lugar, sin duda, a discrepancias notorias, que se vinculan a una dimensión propia del Derecho internacional público en sus relaciones con las Constituciones nacionales que, lamentablemente, está poco desarrollada desde una dimensión comparatista. Como puede observarse, dentro del área OHADAC la aceptación total del Código sólo es efectiva en Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá. Fue ratificado con reserva de algunos artículos por Haití, República Dominicana y Venezuela; y, ratificado con reservas indeterminadas y subordinación a la legislación interna por Costa Rica. La considerable repercusión que ha tenido en la zona del Caribe el Código Bustamante y su amplia difusión obliga a realizar una serie de reflexiones sobre el mismo.

59. Vaya por delante que es de total justicia resaltar el importante valor de este Código, que ha llegado a instaurarse como un auténtico monumento jurídico. Más aún, ha sido uno de los más importantes instrumentos jurídicos del siglo XX y supuso en su día la culminación de una ingente tarea que debe ser debidamente reconocida y valorada. También ha sido uno de los instrumentos más aceptados en los países centroamericanos, del Caribe latino y del norte y centro de Suramérica y puede decirse que instituyó un desarrollo convencional subregional de grandes dimensiones. Para la época, constituyó un gran acuerdo entre los Estados que lo acogieron sobre las soluciones para resolver los conflictos de leyes en sus sistemas jurídicos. Es un instrumento de codificación general del DIPr, cuya autoridad científica se fundamenta en la gran atención que siempre ha despertado en las obras de DIPr escritas en América, donde figura como un documento esencial para com-

¹⁵⁰ Los problemas generales de aplicación del Código Bustamante en Venezuela y, en particular, su primacía sobre el Derecho interno y el ámbito de las reservas formuladas por este país se detalle en J. Samtleben, "La aplicación del Código Bustamante en Venezuela", *Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa*, Caracas, Univ. Central de Venezuela, 1975, pp. 329-333.

¹⁵¹ Ratificado por Costa Rica por Decreto No.50 del 13 de diciembre de 1928 del "Congreso Constitucional", avalado por el Poder Ejecutivo el 4 de febrero de 1930.

¹⁵² La Convención fue aprobada por el Congreso Nacional con la siguiente reserva "Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, suscrito el 20 de febrero de 1928 en la VI Conferencia Internacional Americana de La Habana, con reserva de que, ante el Derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros". Se incorporó como Ley de la República el 10 de abril de 1934.

¹⁵³ México posee frente a este instrumento una posición peculiar por haberlo votado y aprobado sin reserva alguna pero no haber llegado a ratificarlo. *Vid.* una comparación entre el sistema mexicano y el Código Bustamante para observar su eventual compatibilidad ante un eventual proceso de armonización del DIPr latinoamericano en E. Helguera, "El DIPr mexicano y el Código Bustamante", *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Hamburgo, 1962), México, UNAM, 1962, pp. 29-47.

prender, en la práctica, la aplicación del DIPr¹⁵⁴. Con su entrada en vigor, los Estados referidos se convirtieron en Estados pioneros en la utilización de la normativa adecuada en casos con elementos de extranjería y también en el desarrollo y avance del DIPr¹⁵⁵.

El Código ha sido el punto de referencia obligado de todas las construcciones de DIPr que se ha realizado en América latina en un período de casi un siglo, y en otros círculos jurídicos¹⁵⁶, con repercusiones esenciales en ciertas instituciones esenciales como la relativa a la aplicación judicial del Derecho extranjero. De esta suerte ha convalidado en ocasiones una fuente de solución de los problemas del tráfico externo utilizada por tribunales de países que no participaban en este magno proyecto, mientras que en otras la jurisprudencia nacional en la interpretación y aplicación de sus preceptos ha ofrecido soluciones tan dispares que reclaman una obra unificadora en un afán de superación.

Como toda obra humana tiene su tiempo, el Código no ha podido resistir el paso de los años. Es el fruto de una época en la que dominaba la concepción publicista del DIPr que consideraba que este era una parte del Derecho internacional público, pues daba respuesta a un conflicto de soberanía entre los Estados, está impregnado de una concepción fuertemente el “euro-céntrica” en la que el principio de la nacionalidad era un postulado esencial, frente a otras concepciones contrarias que habían arraigado muy sólidamente en América latina y responde a unas circunstancias especiales de las transacciones económicas internacionales que tenían lugar en los años postreros de la Sociedad de las Naciones, muy diferentes de las actuales. Consideraciones similares se encuentran en la Exposición de Motivos de la Ley DIPr venezolana, en el sentido de que la “experiencia nos muestra, en efecto, que las normas contenidas en una serie de disposiciones legislativas aisladas pero congruentes y aún en un texto orgánico tan extenso y comprensivo, como el Código Bustamante, han tenido una vida latente y han carecido de verdadera significación real”.

¹⁵⁴ J. Samtleben, *Derecho Internacional Privado en América latina. Teoría y Práctica del Código Bustamante*, vol. I. *Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1983, pp. 178–189.

¹⁵⁵ T. de Maekelt, “El futuro del nuevo Derecho Internacional Privado venezolano en el próximo Siglo”, *Revista Mexicana de DIPr*, n° especial, 2000, p. 65.

¹⁵⁶ España estuvo muy cerca de incorporarse al mismo durante los años de la Segunda República: Vid. I. Beato Sala: “Sobre la adhesión o incorporación de España al Código americano de DIPr, denominado ‘Código Bustamante’”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 167, 1935, pp. 603–616; F. de Castro, “¿Debe adherirse España al Código Bustamante?”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XXII, 1935, pp. 1–6; *id.*, “De nuevo sobre la pretendida adhesión de España al Código Bustamante”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XII, 1935, pp. 306–307; M. de Lasala Llanas, “Posibilidad de la adhesión de España al Código americano de DIPr (‘Código Bustamante’)”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XXI, 1934, pp. 221–228; *id.*, “¿Puede adherirse España al Código Bustamante?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. XXII, 1935, pp. 217–221. G. Parra Aranguren: “El Código Bustamante: su vigencia en América y su posible ratificación por España”, *Libro homenaje al Doctor L. Loreto*, Caracas, 1975, pp. 201–282; J. Quero Molares, “La adhesión de España al Código americano de DIPr”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 165, 1934, pp. 695–721.)

60. Desde la perspectiva de la técnica de reglamentación utilizada por el Código no debe olvidarse que se trata de una Convención internacional, con todos los inconvenientes que un instrumento de este tipo entraña para una ordenación de las situaciones privadas internacionales, presidida por la seguridad jurídica. Como toda Convención, el Código Bustamante está sometido a las reglas generales que regulan los tratados internacionales, y por tanto, antes de proceder a la aplicación de sus preceptos, es necesario responder a cuatro interrogantes previos.

En primer lugar, si la materia objeto del litigio entra dentro de su ámbito de aplicación material o, por el contrario, si deben ser aplicadas las normas internas en caso de vacío normativo. En segundo lugar, la determinación del momento en que se aplica el Código y si sus disposiciones pueden aplicarse con carácter retroactivo a situaciones jurídicas prestadas con anterioridad a su entrada en vigor. En tercer lugar, si el Estado está involucrado en la relación jurídica controvertida, pues el Código Bustamante no contiene, al contrario de los modernos instrumentos internacionales reguladores del DIPr normas de carácter *erga omnes*, y sólo se aplica en el marco de las relaciones entre los Estados miembros; dicho en otros términos, y es importante insistir en ello, no se trata de un instrumento internacional de unificación. Por último, como toda norma convencional, el Código es susceptible de entrar en colisión con tratados sucesivos concernientes a la misma materia suscritos por los Estados parte y semejante colisión debe ser solucionada en la mayoría de las ocasiones por los tribunales de justicia. Si en los primeros años del siglo XX la existencia de un convenio internacional en materia de DIPr era el único cauce posible, en la actualidad esta técnica ha quedado ampliamente superada. Muchas de estas cuestiones han tenido una respuesta oportuna en la jurisprudencia, que ha evidenciado reiteradamente la inadecuación del Código como instrumento de regulación global del sistema de DIPr.

A ello debe añadirse el carácter anticuado de muchas de las soluciones contempladas en el apartado relativo al Derecho de los negocios internacionales. El tratamiento de la autonomía de la voluntad del régimen de los contratos internacionales ha quedado totalmente sobrepasado por los acontecimientos, lo que convierte la reglamentación del Código en totalmente obsoleta en este importante sector de las transacciones comerciales internacionales. Y lo propio cabe decir de la ordenación del arbitraje, que a partir de la obra de la UNCITRAL ha caminado por otros derroteros. Si, en su época, el Código constituyó una posición avanzada en la consideración de los problemas de tráfico externo, casi un siglo después en el curso del cual la economía mundial ha cambiado sustancialmente, orientándose hacia una aceptación prácticamente total de un mercado globalizado, gran parte de sus respuestas no se acomodan a la realidad presente.

61. La difusión del Código y su objetivo unificador en toda América latina no guardó relación con las expectativas que había declarado. Incluso distinguidos juristas latinoamericanos han considerado que el código no ha pasado de ser más

que una simple declaración de buenas intenciones, que su valor práctico y sus resultados son poco significativos. Y a ello hay que añadir que, como se verá a continuación, ha tenido una aplicación muy limitada y singular en los Estados que realizaron reservas generales

En efecto, es muy importante tener en cuenta que algunos de los Estados firmantes no llegaron a incorporarse a este convenio internacional como fue el caso de Argentina, Paraguay, Uruguay, Colombia y México, ciertamente por motivos muy diferentes pero, en todo caso, por la no aceptación de una ley personal distinta a la del domicilio; es significativa la posición de Colombia que manifestó una preferencia especial por la doctrina, “genuinamente americana” del domicilio. Otros Estados como Brasil, Haití, Venezuela, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador formularon reservas de mayor o menor importancia (la reserva venezolana afectó ni más ni menos que a 44 artículos) a la aplicación de este instrumento. Consecuentemente la aceptación generalizada del Código involucró únicamente a un pequeño número de países: Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú. En términos generales puede afirmarse que este instrumento rige en las relaciones en un número muy limitado estados de América latina y que su puesta en marcha está condicionada muy frecuentemente por el juego de las reservas en orden a su ámbito de aplicación.

Como puede observarse de la doctrina extraída de los tribunales caribeños el Código Bustamante no ha tenido una aplicación práctica significativa limitándose a ser una referencia utilizada en ocasiones por las partes como complemento para justificar en Derecho una determinada pretensión (contrariedad al orden público, mantenimiento de la posesión al poseedor inquietado, domicilio de los diplomáticos en el extranjero, derechos sucesorios...) junto a los preceptos constitucionales o las disposiciones de la normativa internacional de derechos del hombre.

III. Diseño de una Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado

1. Cuestiones de técnica legislativa

62. Cualquier sistema jurídico de base estatal a la hora de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales no puede mantenerse constreñido a soluciones normativas producto exclusivo del legislador interno, muchas veces desfasadas e inadecuadas a la realidad jurídica actual. Precisa, por el contrario, una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional y más en concreto a los países de su entorno más inmediato. Por otro lado, la globalización genera la necesidad de unos bloques normativos de nuevo cuño que permitan superar los problemas tradicionales de las fuentes del DIPr a través de soluciones uniformes de carácter material. La necesidad armonización del DIPr se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos

internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellas, incluso en un marco geográfico, como el de la OHADAC.

Unificación y armonización son términos que poseen distinto alcance. Con un carácter más flexible la armonización no implica la necesaria adopción de un texto concreto, sino que comporta una aproximación de conceptos jurídicos que puede realizarse a través de instrumentos diversos tales como la puesta en práctica de una “ley modelo”; esta flexibilidad lleva a estimar que constituye una etapa intermedia entre los resultados de la comparación de ordenamientos y la unificación propiamente dicha¹⁵⁷; nos encontramos ante un proceso mediante el cual se tiende a facilitar la modificación de ciertos regímenes del Derecho interno de los Estados, para conferir previsibilidad a las relaciones del tráfico jurídico externo. Por el contrario la unificación requiere la existencia de un texto común, bien sea una “convención” o una “ley uniforme”, que resulta de directa aplicación para el operador jurídico; esto es, un proceso mediante el cual los Estados aprueban normas o regímenes jurídicos comunes para regular determinados aspectos de las relaciones del tráfico privado externo.

Nos movemos en este ámbito en un contexto caracterizado por una interdependencia económica derivado del denominado diálogo Norte-Sur y, en la perspectiva jurídica, por una dialéctica entre países del *common-law* y de Derecho romano-germánico; esto es, en una dimensión universal donde la solidaridad regional queda superada por las corrientes de unificación universal¹⁵⁸. Se trata de un terreno abonado para insistir, con todas las reservas que ello entraña, en la idea de “familia” que se proyecta de algún modo ante las instancias internacionales de codificación del DIPr. Y la resultante no es otra que la fuerte tendencia hacia la armonización internacional de este sector del ordenamiento jurídico. Desde esta especial perspectiva, la armonización se presenta como una nueva realidad de la cooperación en materia de Derecho privado que trata de superar las insuficiencias de las soluciones jurídicas tradicionales a través de unas normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones armonizadas, como medio de conexión entre los diversos ordenamientos nacionales. Los procesos de descodificación, la creación cada vez mayor de leyes especiales por parte de los países y el aumento del particularismo ha traído consigo la existencia de un conjunto de normas de muy diversa índole, procedencia y formulación, destinadas a disciplinar los aspectos jurídico-privados de las relaciones comerciales internacionales.

¹⁵⁷ M. Mateucci, “Les méthodes de l’unification du droit”, *Annuaire de l’Unidroit*, 1956-II, pp. 40 ss; M. Ancel, “Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d’introduction générale à l’étude comparative des droits”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 23, n°4, pp. 933-935.

¹⁵⁸ Cf. A.M. Garro, “Armonización y unificación del Derecho internacional privado en América latina: esfuerzos, tendencias y realidades”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 347-350.

63. La armonización internacional del DIPr plantea unas cuestiones peculiares sobre las que resulta menester detenerse, siquiera sea de pasada. En primer término, la codificación requiere un momento favorable para ponerla en marcha¹⁵⁹. Si la codificación operada en el seno de la Sociedad de las Naciones fue limitada y se caracterizó por la escasa participación de Estados en los Convenios de DIPr emanados de ésta, no debe olvidarse que las secuelas de la crisis de la Bolsa neoyorquina tuvieron una incidencia decisiva en este hecho; y, por sólo citar otro ejemplo, si la codificación del Derecho del comercio internacional ha experimentado un serio retraso, éste último debe ponerse en relación con la crisis energética de los años 1973 y 1978 y con su repercusión en el contexto del denominado “Nuevo Orden Económico Internacional”. En segundo lugar, a estas razones de índole económica se unen otras de carácter institucional no menos desdeñables, en concreto, la inexistencia de un Parlamento internacional, lo que obliga a vincular la codificación internacional al fenómeno de las Organizaciones internacionales y, más concretamente, a las de carácter regional donde, por lo general, los particularismos son menos acusados, con lo que la posibilidad de éxito aumenta.

La codificación internacional del DIPr requiere, además, una técnica adecuada que junto al tradicional empleo de la Convención internacional, puede adoptar distintas modalidades: leyes uniformes, leyes modelo, etc...¹⁶⁰, a las cuales ya nos hemos referido. Precisa también que se cumplan una serie de exigencias en sus distintas fases; en concreto, respecto de la elección de las materias que se pretenden codificar, en la elaboración de los textos preparatorios, en la elección de los “relatores especiales” en el debate plenario, en la adopción del texto definitivo y, en fin, en el momento decisivo de la adopción total o parcial por los Estados del texto resultante. Crucial en esta perspectiva técnica es la elección del cauce normativo idóneo: un tipo propio en el caso de los sistemas de integración avanzados (como en la UE puedan ser la directiva o, en especial, el Reglamento), una convención internacional o un instrumento de los llamados de *soft law*, como pudiera ser una ley marco o una “ley modelo”. En ausencia de un tipo normativo propio, este último cauce, la ley modelo, parece preferible al del empleo del soporte convencional para garantizar un resultado codificador que siempre exigiría el consentimiento por parte de los Estados de quedar obligados por el Convenio en cuestión. Y ello sin olvidar que si la materia seleccionada está fuertemente impregnada por las particulares concepciones de un reducido grupo de Estados, el texto final puede no llegar a adquirir el número suficientes de ratificaciones, adhesiones, etc..., necesarias para su entrada en vigor.

Debe añadirse a los condicionamientos descritos que para que la codificación internacional tenga eficacia es preciso que las autoridades del país o países implicados presten su obligado concurso en dos dimensiones distintas. En primer término,

¹⁵⁹ R. de Nova, “Current Developments of Private International Law”, *Am. J. Int'l. L.*, vol. 13, 1964, pp. 542 ss.

¹⁶⁰ G.A.L. Droz, “La Conférence de La Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit: Traités internationaux ou lois modèles?”, *Rev. int. dr. comp.*, 1961, pp. 507-521.

las instituciones internas deben acomodarse a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado; esto es, una estrecha coordinación entre lo codificado y los medios estatales para su puesta en práctica. En segundo término, y esto es algo común a cualquier empresa codificadora, se precisa voluntad política; real voluntad política de enfrentar con decisión la codificación, tomando conciencia de su importancia, tal cual hemos reflejado en las páginas anteriores. En tercer lugar, una armonización auténtica únicamente puede conseguirse a partir de un texto que incorpore un lenguaje jurídico familiar, generalmente aceptado, que propicie una aplicación e interpretación judicial igualmente uniforme y que tome conciencia de que se dirige a superar el particularismo y no a garantizarlo, con todo lo que ello supone de renuncia y, en su caso, de moderación en la utilización de recursos generalmente admitidos, como pueda ser el orden público estatal.

2. Metodología codificadora

A) Problemas de la uniformidad y diversidad de técnicas normativas

64. El particularismo, la necesidad de un ahondamiento metodológico y los intereses hegemónicos no son los únicos problemas en presencia. Como hemos señalado, resulta de suma importancia acertar con las técnicas de codificación. Al margen de las experiencias que únicamente son factibles en determinados círculos jurídicos que cuentan, además, con procedimientos de interpretación uniforme, los cauces tradicionales de la unificación han mostrado sobradamente sus insuficiencias, señaladamente los instrumentos basados en Leyes Uniformes que se han declarado las más de las veces impotentes frente a la tendencia irresistible de los Estados al particularismo. Por eso conviene no sacralizar el proceso de unificación internacional y mucho menos su formalización a través de un procedimiento de producción normativa de nivel internacional: la solución uniforme no tiene por qué ser necesariamente la mejor y las construcciones basadas en su supuesta bondad por descansar, pura y simplemente, en un texto internacional deben aceptarse con muchas reservas¹⁶¹. El fenómeno de la unificación, heredero del postulado de la armonía internacional de soluciones, no es un fin en sí mismo, no es un valor abstracto. Únicamente puede calificarse de positivo si ofrece soluciones adecuadas y mejor adaptadas de las que se encuentran en las normas internas; si, en rigor, sirven para clarificar y racionalizar las soluciones internas.

Cualquier esfuerzo unificador del Derecho no debe ser concebido solamente en términos apriorísticos e idealistas; en tal caso la labor está llamada al fracaso y se reduce a una mera especulación de carácter dogmático. Si por el contrario el fenómeno responde a unos intereses concretos o, mejor, a una acomodación de intereses

¹⁶¹ Resulta expresiva de esta idea la vieja afirmación de M. Mateucci, de que la unificación jurídica es el fin de toda fuente internacional. Cf. "Introduction à l'étude systématique du droit uniforme", *Recueil des Cours*, t. 91, 1957, pp.388-389.

recíprocos por parte de los Estados que inician este particular proceso, los resultados son mucho más eficaces y la unificación adquiere carta de naturaleza. Por ello existen sectores jurídicos, como el DIPr, en los cuales la unificación es consustancial no solo desde el plano normativo sino en el de la aplicación judicial. Se trata de una situación muy centrada en el especial momento en que vivimos y ya se perciben realizaciones concretas en sectores jurídicos que hasta la fecha habían quedado relegados del movimiento unificador. Dichas realizaciones previsiblemente cambiarán el panorama y, con ello, producirán un giro copernicano en las técnicas de codificación y, por ende, en los resultados unificadores.

65. Es indudable que el Derecho uniforme es una técnica de reglamentación válida para la unificación del DIPr, en la medida en que garantiza como ninguna otra la seguridad jurídica y la previsibilidad de los operadores económicos¹⁶². No obstante, resulta menester realizar una serie de consideraciones previas de carácter delimitador. Por un lado, ha de atenderse al volumen de coordinación pretendido, que puede ser diverso a partir de la distinción entre la simple armonización normativa, en la que se percibe únicamente la existencia de una serie de principios reguladores aunque se mantiene la diversidad entre las reglamentaciones en presencia, y la unificación propiamente dicha¹⁶³. Por otro lado, debe distinguirse entre esta última, que está integrada por un conjunto de normas adoptadas por un grupo de Estados que mantiene una voluntad común de someterse a una misma reglamentación en determinadas relaciones jurídicas, y el Derecho unificado que hace referencia al resultado normativo en el que desemboca un proceso de unificación del Derecho, que puede materializarse a través de distintos cauces: Leyes Modelo, Leyes Uniformes, tratados de unificación y, en determinados círculos jurídicos con un alto grado de integración, ciertos instrumentos propios que, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea pueden adoptar distintas fórmulas como, especialmente, Directivas y Reglamentos. A partir de aquí, el Derecho uniforme no sería otra cosa más que el Derecho unificado a través de único procedimiento: la Ley Uniforme, instrumentalizada siempre a través de un tratado internacional¹⁶⁴.

Los mayores resultados alcanzados por la unificación del Derecho se han producido cuando ésta ha intervenido en la regulación de la vida internacional de los individuos. Es decir, cuando ha operado sobre la realidad misma del DIPr, si bien con fórmulas distintas de los postulados clásicos con los que éste fue elaborado. Estamos ante una técnica de reglamentación que, pese a nacer ajena al DIPr, constituye un instrumento muy importante para la solución de las situaciones privadas

¹⁶² Vid. M.V. Cuartero Rubio, voz "Derecho uniforme", *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Madrid, Civitas, 1995, pp. 2380-2381.

¹⁶³ J.C. Fernández Rozas, "Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados", *La unificación jurídica en Europa*, Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP (J.M. García Collantes, ed.), Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44.

¹⁶⁴ P. Chaveau, "Des conventions portant Loi Uniforme", *Journ. dr. int.*, t. 83, 1956, pp. 570-594.

internacionales¹⁶⁵. Aún siendo conscientes de las numerosas dificultades que comporta la unificación del Derecho material e, incluso, la unificación de un sistema de DIPr, ésta implica la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supraestatales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho. La solución de los problemas del tráfico externo a través del Derecho uniforme aparece pues como una respuesta material, casi siempre muy especial y, en todo caso, asentada en una larga experiencia jurídica. No debe extrañar, por tanto, que se llegue a afirmar en rigor que el Derecho uniforme resulta teóricamente la técnica más efectiva del DIPr, en particular entre aquellas cuya función preventiva las hace prácticamente infalibles¹⁶⁶. Se trata de la quinta esencia de la noción de “DIPr preventivo” o *conflict avoidance*.

66. Aún hoy es evidente que la unificación jurídica del DIPr, al menos en el sector del Derecho aplicable, con independencia del método empleado, ofrece ventajas indudables¹⁶⁷. También es innegable que en este particular sector hasta la fecha el instrumento más eficaz ha sido el convenio internacional. El recurso a la unificación conflictual ha tenido gran predicamento hasta tiempos recientes por su carácter menos controvertido y por ofrecer mayores facilidades de negociación con vistas a la consecución de un Convenio, planteándose la conveniencia de acciones universales o regionales en el sector¹⁶⁸. Pero tampoco han faltado defensores de esta posición aludiendo a que la unificación de normas materiales de aplicación general ignora las diferencias conceptuales y metodológicas existentes entre las distintas legislaciones, cosa que no sucede si se recurre a técnicas conflictuales¹⁶⁹. Además, en términos generales, la elección entre una u otra técnica está en función de la disponibilidad de los Estados para modificar sus ordenamientos y es obvio que existen mayores reticencias hacia la unificación del Derecho material, que es en sí misma más agresiva, que para la unificación de generalmente un puñado de normas de DIPr. En cualquier caso, la tendencia a la materialización de las normas de DIPr sobre Derecho aplicable no se acomoda con las técnicas codificadoras tradicionales basadas en los Convenios internacionales; por descontado no ocurre así en otros sectores de este ordenamiento como en el de la cooperación judicial internacional, donde la pieza maestra de la regulación internacional sí es técnica y finalísticamente el Convenio internacional: los resultados de la codificación internacional del DIPr

¹⁶⁵ P. Lalive, “Tendances et méthodes en droit international privé (Cours général)”, *Recueil des Cours*, t. 155, 1977-II, pp. 47-49.

¹⁶⁶ C.M. Schmitthoff, “International Law and Private International Law”, *Select Essays on International Trade Law*, Dordrecht, 1988, pp. 533 ss.

¹⁶⁷ H.U. Jessurun d’Oliveira, “Codification et unification...”, *loc. cit.*, pp. 117-130.

¹⁶⁸ K.H. Nadelmann, “Conflicts between Regional and International Work on Unification of Rules of Choice of Law”, *Harvard Int’l L.J.*, vol. 15, 1974, 213-217.

¹⁶⁹ H. Bauer, “Les traités et les règles de droit international privé matériel”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, p. 570.

evidencian que es en esta particular materia donde se han conseguido mayores éxitos, tanto por la masiva participación de los Estados como por su aplicación habitual por las jurisdicciones nacionales¹⁷⁰.

Por otro lado, no debe perderse de vista que los tratados internacionales que unifican normas de determinación de la ley aplicable son fuentes obligatorias y rígidas que conceden escaso margen de maniobra a los Estados contratantes y que cuando, como acontece cada vez con más frecuencia, las normas sobre ley aplicable comportan un alto grado de materialización, presuponen un consenso que es de difícil consecución a medida de que la materialización avanza de forma inexorable¹⁷¹. Los Estados que no compartan la orientación material retenida por la solución de ley aplicable no la asumirán como propia. Pero en el otro lado de la balanza, hay que reconocer igualmente que el supuesto carácter “neutro” de las normas de conflicto resultantes de una negociación convencional también puede contribuir a desalentar a los Estados hacia incorporación del texto por no ver reflejadas en él sus propios intereses. Si se quiere, la neutralidad derivada de la consecución del necesario consenso tiende a acentuar el carácter conservador de las normas de conflicto insertas en un tratado internacional. Ello explica las razones por las que las relaciones mercantiles internacionales tiendan a evadirse de esa metodología codificadora, que cada vez se centra en mayor medida en cuestiones de carácter no patrimonial, y que se acomoden mejor a la unificación material.

B) Inconvenientes de los tratados internacionales como método de unificación

67. En rigor, el Derecho uniforme utiliza preferentemente el tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivación, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional. Baste reparar en que los convenios de Derecho uniforme no han adquirido por lo general un número importante de Estados parte. Por ejemplo, resulta significativo el reducido número de Estados que han adoptado el Derecho cambiario de Ginebra y, sobre todo, la ausencia de él de los países anglosajones. Aparte de las características no del todo positivas referidas en el apartado anterior, la uniformidad a través del

¹⁷⁰ Vid. J.C. Fernández Rozas, “La cooperación judicial en los Convenciones de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 81–100; *id.*, “La cooperación jurídica internacional, civil y mercantil, en el espacio hispano-luso-americano-philipino”, *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano*, vol. 15, 2001, pp. 13–73.

¹⁷¹ J.D. González Campos, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, *E pluribus unum. Liber amicorum G.A. Droz*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 109–110.

tratado internacional acusa los problemas generales y típicos que caracterizan a esta particular técnica codificadora con independencia de su contenido¹⁷².

En primer lugar, el eventual “déficit democrático”, por la frecuente desvinculación, primero de los redactores de los proyectos (que muchas veces actúan a título individual) y luego de los negociadores en la Conferencia internacional, con las necesidades reales del círculo jurídico al que supuestamente representan a lo que se añade la descoordinación existente entre los procesos de codificación interna e internacional¹⁷³. En segundo término, el constituir la unificación convencional una expresión de un positivismo un tanto trasnochado en el sentido de que permite a los Estados preservar su capacidad de control en la creación del Derecho; se asiste de esta suerte a un fenómeno paralelo al producido en la legislación interna, pudiendo reprocharse a ambos un exceso de cantidad y un defecto de calidad¹⁷⁴. En tercer lugar, el ser el resultado de intereses muchas veces antagónicos que se plasman en compromisos que sacrifican la necesaria sencillez de las normas unificadas dando lugar a textos ambiguos que ofrecen numerosas dificultades al intérprete, cuando no simplemente antinomias o incoherencias de difícil arreglo por la práctica¹⁷⁵. En cuarto lugar, la rigidez que entrañan muchas soluciones convencionales, toda vez que la rápida evolución del comercio internacional puede convertir en obsoletos en un breve espacio de tiempo convenios que no incorporen mecanismos flexibilizadores en su articulado; esta rigidez es fruto muchas veces de la ausencia de un poder político distinto de los Estados, que impulse la elaboración de los convenios y su grado de cumplimiento y de adecuación a la realidad social¹⁷⁶, así como de la tradicional rigidez en los mecanismos tradicionales del Derecho de los Tratados a la hora de modificar, enmendar o simplemente actualizar un convenio existente, con el concurso de todos los Estados que dieron su consentimiento originario. En quinto lugar, los problemas que ofrece la incorporación de los tratados unificadores en el orden interno de los Estados que han prestado su consentimiento en obligarse; dificultad que puede ser el origen de la aparición de diversos subsistemas en función de los efectos que la norma convencional despliegue; estos subsistemas generalmente son dos: uno de fuente interna y otro de fuente convencional¹⁷⁷, cuestión ésta a la

¹⁷² Cf. J.C. Fernández Rozas, “Los procesos de unificación internacional del Derecho privado...”, *loc. cit.*, pp. 43–44.

¹⁷³ *Vid.*, en relación con el sistema australiano, P. Brazil, “Reception of Uniform Law into National Law: an Exercise in Good Faith and Progressive Development of the Law”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 318–318.

¹⁷⁴ Cf. B. Oppetit, “Le droit international privé, droit savant”, *Recueil des Cours*, t. 234, 1992–III, vol. 234, pp., p. 422.

¹⁷⁵ Señaladamente a la hora de determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones del Convenio: B. Knapp, “Unification internationale des règles et désignation du droit applicable”, *Internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 219–232.

¹⁷⁶ A.L. Diamond, “Conventions and their Revision”, *Unification. Liber amicorum Juan Georges Sauveplanne, op. cit.*, 1984, pp. 45–60.

¹⁷⁷ S. Bariatti, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986, pp. 44 ss.

que debe agregarse el problema de la aplicación del convenio en las distintas unidades territoriales caso de encontrarnos ante un Estado plurilegislativo¹⁷⁸. En sexto lugar, la incorporación del convenio de Derecho uniforme se vincula a la recepción y aceptación de los tratados por los jueces nacionales en el proceso de aplicación del Derecho; la interpretación judicial a través de categorías jurídicas del foro o la eventual acción del orden público son elementos que dificultan la puesta en práctica de una sana asimilación del Derecho unificado por parte de las instancias nacionales. Finalmente, la existencia de una amplia red de tratados en este sector, muchas veces de carácter sucesivo, engendra la cuestión de sus relaciones mutuas¹⁷⁹ y, por ende, el juego de las cláusulas de compatibilidad, subordinación o complementariedad del instrumento internacional, en lo que respecta a los ámbitos de aplicación material, temporal y territorial del convenio, dando lugar al cada vez más frecuente fenómeno de los “conflictos de convenciones” que a veces resultan de difícil solución por el funcionamiento de las cláusulas que incorporan¹⁸⁰ o por guardar silencio sobre esta cuestión. Y ello al margen del juego de las reservas, particularmente relevante en los convenios reguladores de las transacciones mercantiles internacionales.

68. Por añadidura, los convenios de Derecho uniforme tienen la virtud de restringir su aplicación a las relaciones conectadas con más de un ordenamiento, coexistiendo con la normativa interna del Estado, que rige las relaciones del tráfico interno; esta dimensión plantea, como es lógico, un evidente problema de delimitación entre ambos órdenes. No debe perderse de vista que existe una profunda interacción entre las normas unificadoras y el sistema interno donde se reciben, de suerte que en la aplicación de éstas pueden ocasionarse ciertas distorsiones. Acaso la más significativa derive de la calificación como “uniformes” de las normas contenidas en un Convenio concreto.

i) Al margen de que la posibilidad de aplicación universal del Convenio exista, ésta ocasiona numerosos problemas de interpretación que puede conducir a resultados muy dispares y que, en cualquier caso, atenta a la seguridad jurídica que debe presidir la regulación de las transacciones mercantiles internacionales. Y a ello debe añadirse que no todos los Convenios que regulan dicho tráfico poseen esa vocación de universalidad. Un ejemplo ilustrativo lo ofrece el ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías.

¹⁷⁸ S. Sánchez Lorenzo, “La aplicación de los Convenciones de La Haya de Derecho internacional privado a los conflictos de leyes internos”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 131 ss.

¹⁷⁹ F. Ferrari, “The Relationship between International Uniform Contract Law Conventions”, *Rev. dr. unif.*, vol. V, 2000, pp. 69–84.

¹⁸⁰ S. Álvarez González, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 41 ss.

ii) El creciente desarrollo de la codificación internacional del Derecho uniforme viene generando en los últimos tiempos frecuentes supuestos de colisión entre Convenios¹⁸¹, lo cual plantea importantes y complejos problemas de delimitación normativa que no favorecen una sana reglamentación de las transacciones fundamentalmente mercantiles internacionales. Este hecho se produce por diversos factores siendo frecuente que en un mismo foro codificador se produzca una revisión de convenios anteriores o que materias idénticas sean objeto de simultánea codificación internacional en distintos foros (cuyo ejemplo más claro son los Convenios relativos a los contratos internacionales de NU, Unión Europea, Unidroit, etc...). Y aunque no puede olvidarse que a menudo se suscitan falsos conflictos de convenios, por una defectuosa interpretación de sus respectivos ámbitos de aplicación, lo cierto es que los problemas de delimitación entre convenios salen a la luz en mayor número cada día en la jurisprudencia interna de cualquier Estado y los riesgos inherentes a la delimitación entre Convenios son múltiples y van desde la posibilidad misma de ignorar la existencia de textos internacionales cada vez más numerosos, hasta la propia dificultad que, en ocasiones, entraña la labor de selección de la norma correcta, del convenio preciso.

iii) Dichas dificultades han propiciado la inclusión en los mismos textos convencionales de las denominadas “cláusulas de compatibilidad de Tratados”¹⁸² que ofrecen un alcance muy distinto desde la pretensión de eliminar cualquier conflicto en el futuro respecto a la vigencia de los tratados anteriores, hasta la aplicación del principio de la ley más favorable, pasando por situaciones de mayor complejidad en función de los intereses en presencia o generando una incertidumbre y, por ende, una libertad de obrar para el juez que, en definitiva, será quien elija a su leal saber y entender cuál es el texto convencional aplicable al caso¹⁸³. En estos últimos casos el tenor de la cláusula encuentra cierta justificación en una técnica codificadora de “huida hacia delante”, para evitar que se paralicen las negociaciones, y no en la solución definitiva de eventuales problemas en presencia.

iv) La concepción según la cual los convenios de Derecho uniforme tienen por finalidad eliminar cualquier conflicto de leyes que se pueda producir en la materia objeto de los mismos debe descartarse porque la uniformidad legislativa no supone la uniformidad de interpretación. La práctica comercial demuestra que los sistemas jurídicos, aún provenientes de una misma familia, suelen dar respuestas diversas y

¹⁸¹ Vid. F. Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique*, t. I, Paris, Pedone, 1976, pp. 282 ss.

¹⁸² En la doctrina española Vid. S. Álvarez González, “Cláusulas de compatibilidad”, *loc. cit.*, pp. 39–62.

¹⁸³ Tras la rúbrica de “Relaciones con otros convenios”, el art. 21 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que “El presente Convenio no afectará a la aplicación de los convenios internacionales de los que un Estado contratante sea o pase a ser parte”. Y con una intención similar se pronuncia el art. 15 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos.

divergentes a una cuestión concreta regulada en un instrumento de unificación internacional¹⁸⁴. El problema de la interpretación de este tipo de Convenios no solo es una de las cuestiones más debatidas, sino que ofrece una importante enjundia teórica¹⁸⁵. En principio, si se contara con un texto que preventivamente eliminase cuestiones interpretativas y utilizase categorías muy delimitadas, se evitarían problemas *a posteriori*. No obstante, esta labor no es factible en muchas ocasiones, apareciendo el dilema a la hora de aplicar las normas. Mas los problemas no concluyen aquí pues en los últimos tiempos con la multiplicación de los convenios internacionales de Derecho uniforme aparecen notables divergencias en la interpretación que se dé a un mismo concepto que figura no ya en el mismo convenio desde la perspectiva de diferentes Estados parte, sino en dos o más de estos instrumentos, incluso desde la perspectiva unilateral de un único operador jurídico estatal. La inexistencia, hoy por hoy, de unos “conceptos autónomos” tales como “venta”, “bienes muebles”, “establecimiento mercantil” o “*factoring*”, nociones de distinto alcance según el concreto instrumento que contemplemos, obliga a una coordinación de los esfuerzos unificadores para que, de manera preventiva, se soslayen las cuestiones derivadas de la denominada “interpretación interconvencional”¹⁸⁶.

C) Ventajas de las Leyes modelo

69. Frente a esta situación, debe prestarse atención a las nuevas técnicas normativas favorables a la unificación del Derecho que se generan en determinados foros de codificación internacional. Ante la reticencia de los Estados a incorporarse a Leyes Uniformes, en una defensa a ultranza de sus particularismos jurídicos, se acude a un cauce más flexible, cual es el de la Ley Modelo, que juega un papel cada vez más importante como cauce para la aproximación de las legislaciones al proporcionar a los Estados un margen de libertad al decidirse a regular una materia concreta a partir de soluciones aceptadas internacionalmente, modernizar su legislación de acuerdo con sus propias necesidades y resultar un valioso instrumento, en el ámbito internacional para interpretar ciertos convenios y otros instrumentos internacionales existentes. Y ello sin desconocer que se trata de una técnica de codificación “alternativa” que ofrece un menor nivel de cooperación internacional configurándose muchas veces más como una solución puntual a una concreta situación que como un mecanismo genérico de codificación.

La Ley Modelo como la que ahora se presenta no es otra cosa que un texto legislativo

¹⁸⁴ E. Krings, “L’opportunité de juridictions supranationales pour l’interprétation des lois uniformes”, *Rev. dr. unif.*, vol. III, 1998, pp. 525–534.

¹⁸⁵ L. Marquis, “L’interprétation du droit commercial international uniforme: un modèle personnalisé par Marc-Antoine”, *Rev. int. dr. comp.*, vol. 54, 2002, pp. 97–125.

¹⁸⁶ F. Ferrari, “I rapporti tra le convenzioni di diritto materiale uniforme in materia contrattuale e la necessità di un’interpretazione interconvenzionale”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2000, pp. 669–688.

i) Que se recomienda a los Estados para su incorporación al Derecho interno y que, a diferencia de una convención internacional, el Estado que decida adoptarla no estará obligado a cumplimentar un complejo número de requisitos inherentes al Derecho de los tratados como la notificación al correspondiente depositario o a los demás Estados parte. Una de las razones por las que se ha de procurar, en lo posible, respetar el texto uniforme de la Ley Modelo es que con ello se logrará que el régimen interno resulte más transparente y conocido para las partes extranjeras, así como para los asesores y conciliadores extranjeros que hayan de participar en un proceso de conciliación que tenga lugar en el territorio de un Estado promulga

ii) Que suele ser adoptado por lo general en el seno de una Conferencia internacional tras un completo debate preparatorio del cual el este texto supone únicamente su puesta en marcha en el sentido de poner en marcha un proceso similar al seguido en la Unión Europea con la técnica del denominado “Libro Verde”. Tras tal adopción se recomendará a Estados incorporar el texto resultante, con carácter total o parcial, a su Derecho interno. No tiene, por tanto, un carácter obligatorio directo, incluso los Estados no tienen obligación alguna de comunicar al órgano codificador o a otros Estados que ha incorporado al texto, sino que su función es inspirar al legislador interno a la hora de codificar una determinada materia cubierta por dicha Ley modelo. Habida cuenta de que estamos ante un modelo de texto legal preparado con la finalidad de que sea incorporado al Derecho interno, presenta los mismos rasgos que cualquier texto legal destinado a ser promulgado por un Parlamento y, por consiguiente, no contiene ninguna lista de “firmantes” como la que suele adjuntarse a los tratados internacionales.

iii) Que en el procedimiento de incorporación al Derecho interno el Estado puede modificar o suprimir alguna de sus disposiciones, superando la práctica tradicional de las reservas que se produce cuando lo que se adopta es un texto convencional; dicha práctica no suele estar bien acogida en el ámbito de la codificación internacional, incluso cada vez es más frecuente en los convenios que se limite escrupulosamente su alcance con carácter excepcional. Es cierto que la armonización y certeza que se logra mediante la legislación modelo es probablemente inferior al de un convenio o convención; no obstante, esta aparente desventaja puede compensarse con el hecho de que el número de Estados que decidan incorporarse a la Ley Modelo será probablemente superior al número de Estados que se están en disposición de ratificar o adherirse a una convención. Y, en todo caso, la flexibilidad que caracteriza a esta técnica permite al legislador adaptar el texto modelo a sus peculiaridades internas, por ejemplo de naturaleza procesal. Bien entendido que las instituciones codificadoras recomiendan encarecidamente a los Estados que no recurran con frecuencia a esta práctica para hacer más efectiva la labor codificadora. A fin de lograr un grado de armonización y certidumbre satisfactorio, los Estados deberán procurar introducir el menor número posible de cambios al incorporar el régimen de

la nueva Ley Modelo a su derecho interno, y se ha de procurar que todo cambio introducido sea compatible con los principios básicos de la Ley Modelo.

La Uncitral, institución codificadora predominante en el sector mercantil, ha adoptado en los últimos tiempos esta técnica en un intento de superar reticencias estatales y de expandir una serie de principios de base en relación con ciertas instituciones. Un ejemplo significativo ha sido la Ley Modelo Uncitral sobre arbitraje comercial internacional de 1985, aunque no ha dado los frutos que de ella se esperaban; baste comprobar el desinterés del legislador interno respecto de la misma, en las posteriores Leyes estatales sobre arbitraje, señaladamente, la española de 1988. Otro ejemplo ha sido la Ley modelo sobre insolvencia transfronteriza de 1997 que ha sido tenida en cuenta en las modernas codificaciones y que es un ejemplo de cómo puede buscarse una adaptación del texto tipo con las normas procesales de los Estados. Sin embargo la técnica de la Ley modelo no se ha generalizado en todos los foros internacionales de codificación; por ejemplo, la Conferencia de la Haya de DIPr ha descartado desde hace muchos años la posibilidad de armonizar las normas de conflicto de leyes a través de leyes modelo, técnica propuestas por los representantes norteamericanos¹⁸⁷; aunque esta situación que se ha flexibilizado en los últimos tiempos.

70. Una ley adoptada por el legislador estatal, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su contenido supone una política común, lo que requiere la unidad de soberanía excluida por hipótesis¹⁸⁸. Frente a ello una ley modelo ejemplifica el tipo de texto cuya finalidad es armonizar el Derecho interno, mientras que una convención es un instrumento internacional al que los Estados dan su aprobación oficial a fin de unificar en el ámbito internacional ciertas esferas de su Derecho interno.

Salvo los casos venezolano y panameño, en los países de la OHADAC se carece de una ley especial que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo. En general, los distintos sectores que conforman el contenido del DIPr: determinación de la competencia de los tribunales del foro y determinación de la ley aplicable en los asuntos vinculados con el extranjero y reconocimiento y ejecución de decisiones pronunciadas en el extranjero, cuentan con una regulación altamente insuficiente y se encuentran ubicados en cuerpos legales diversos lo que origina serios problemas en orden a la respuesta articulada de las soluciones en presencia.

¹⁸⁷ K.H. Nadelmann y W.L.M. Reese, "The American Proposal at the Hague Conference on Private International Law to Use the Method of Uniform Laws", *Am. J. Comp. L.*, 1958, pp. 239-247; K. Nadelmann, "Méthodes d'unification du droit international privé. La législation uniforme et les conventions internationales", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 37-51; A. Marín López, "La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y el método de las leyes modelo", *RDEA*, n° 24, 1969, pp. 33-48.

¹⁸⁸ P. Malaurie, "Loi uniforme et conflits de lois", *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1964-1966)*, Paris, pp. 83-109.

Dicha construcción apunta hacia la existencia de una serie de criterios de carácter general. En primer lugar, la independencia en el tratamiento de los conflictos de leyes y los conflictos jurisdiccionales; en segundo lugar, el carácter atractivo de la jurisdicción caribeña que se consideraba como plena e indeclinable. Para los tribunales caribeños las soluciones en esta materia responden a una concepción amplia de la noción de jurisdicción en la que ésta aparece íntimamente conectada a la soberanía nacional. Ello se concreta en:

i) La transposición pura y simple al plano internacional de la *vis attractiva* que en el ámbito interno posee la jurisdicción ordinaria para afirmar de este modo el carácter exclusivo y excluyente que, frente a las jurisdicciones extranjeras tiene la jurisdicción nacional para conocer, de todos aquellos negocios civiles que se hubiese suscitado en el territorio nacional; esto ha conducido, en muchas ocasiones, a la aplicación de los criterios delimitadores de la competencia territorial interna a los supuestos conectados con otros países.

ii) El reconocimiento de la competencia de los tribunales caribeños, en el caso de que el litigio derive de un contrato, pese a existir en este último una cláusula expresa e inequívoca de someter las controversias a una jurisdicción extranjera; dicho en otros términos, no se acostumbra a admitir el efecto derogatorio de la voluntad privada, cuando las partes se sometan a un tribunal extranjero, lo cual va claramente en contra de las propias exigencias del comercio internacional. Y ello contrasta con la reglamentación existente en las Leyes de arbitraje de los países de la OHADAC en las que se admite inequívocamente la declinatoria arbitral cuando del contrato existe una cláusula de sometimiento arbitraje y no se regule en las leyes procesales los efectos que tiene la sumisión a tribunales insertos en jurisdicciones extranjeras cuando en el contrato figure una cláusula de este tipo.

3. Orientaciones de la Ley Modelo OHADAC

A) Caracteres preferente civilista de la regulación

71. La cuestión se vincula a la consideración del contenido *lato sensu* o *stricto sensu* del DIPr. Es indudable que la concepción mantenida mayoritariamente en América latina se ha inclinado hasta hace algunos años por la denominada “concepción amplia” que no sólo cubría los sectores clásicos acrisolados por la doctrina francesa (nacionalidad, extranjería, conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones)¹⁸⁹, sino que, al dominar, a la postre, una concepción “conflictualista” y “normativista” se extendía la regulación a cuestiones tan ajenas al Derecho privado

¹⁸⁹ H. Batiffol, “Las tendencias doctrinales actuales en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 72 (1948-1), pp. 7-8 y 34-35

como el Derecho penal, o el laboral¹⁹⁰. El ejemplo más significativo de esta concepción ha sido en el Código Bustamante y cuenta en la actualidad con una manifestación importante en el Código DIPr panameño. Esta doble extensión ha desaparecido de las modernas legislaciones de DIPr y, consiguientemente del régimen de enseñanzas, aunque ciertas Leyes no pueden evitar ciertas incursiones la consideración de ciertas instituciones de carácter mercantil.

Al no ser una reglamentación limitada a resolver las cuestiones relativas a la ley aplicable en el espacio la Ley Modelo no aporta una reglamentación general del conjunto de las relaciones privadas internacionales centrándose, preferentemente en la solución de los conflictos de leyes y de jurisdicciones de carácter “civil” aunque dicha limitación registra notables excepciones como la de la admisión del Derecho público extranjero (**art. 65**), la regulación del contrato de trabajo (**art. 47**), o la consideración de ciertas instituciones de naturaleza esencialmente mercantil.

72. Precisamente en relación a esta última materia se imponen unas reflexiones que avalen su no consideración en la Ley Modelo. La superación del formalismo ha traído consigo una progresiva separación entre el DIPr y el Derecho de los negocios internacionales (que algunos autores denominan Derecho del comercio internacional o Derecho mercantil internacional), entendido como ordenamiento regulador del intercambio de bienes y servicios cuyo objeto es dar respuesta a las relaciones entre las partes de una operación internacional, mercantil o financiera, o de una prestación transfronteriza de servicios. Si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del ordenamiento regulador de las transacciones mercantiles internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios, introduciéndose en el Derecho de sociedades y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales y organización interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista o mercantilista y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho internacional económico; pero resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

Con independencia que el Derecho de los negocios internacionales pueda ser concebido desde una perspectiva normativista que pone el acento en el “conflicto de

¹⁹⁰ J.C. Fernández Rozas, “Sobre el contenido del Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 69–108.

leyes”¹⁹¹, la configuración del Derecho mercantil internacional como un Derecho especial reposa en gran parte, en razón de sus normas, en una perspectiva vinculada al proceso de codificación llevado a cabo en el seno de la CNUDMI. Ante la inexistencia, hoy por hoy, de un Derecho de los negocios internacionales común a todos los Estados, tendremos que combinar distintas fuentes de producción jurídica, de origen institucional, convencional e interno. A partir de aquí, puede definirse este ordenamiento como “el conjunto de normas jurídicas que rigen las operaciones comerciales realizadas por operadores jurídicos privados cuyos intereses se sitúan en Estados diferentes”. De esta definición pueden extraerse las siguientes notas inherentes al Derecho de los negocios internacionales: a) comprende un bloque normativo que regula la actividad comercial internacional y que provienen tanto de disposiciones nacionales, como de tratados internacionales, como de la reglamentación profesional internacional o de los usos internacionales; b) hace referencia al conjunto de operaciones que implican el ejercicio del comercio, tanto en lo que se refiere a la estructura de la actividad (estatuto de los directivos de las sociedades), como en lo relativo a los actos que expresan la actividad de empresa (venta, competencia...), c) se aplica a todas las relaciones comerciales y financieras que afectan a personas que tienen intereses, o vínculos, localizados en Estados diferentes.

En definitiva, si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del Derecho de los negocios internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios (Derecho de sociedades) y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales y organización interna del comercio exterior. Indudablemente, ello supone desbordar un marco de análisis puramente privatista, e incluso mercantilista, y obliga a introducir conceptos y desarrollos de Derecho administrativo internacional y Derecho internacional económico, pues resultaría absurdo analizar el régimen de intercambios

¹⁹¹ Desde una perspectiva normativista vigente en la doctrina hasta tiempos recientes quedaban dentro de este ordenamiento las materias típicamente mercantiles que suscitaban problemas de “conflictos de leyes”. Esta concepción, muy en boga a principios del siglo XX, partía de la distinción entre “actos civiles” y “actos de comercio” presente en los Códigos de comercio y tras la resolución de eventuales “conflictos de calificaciones” incluía los “problemas conflictuales” de este último grupo de actos dentro del denominado “Derecho mercantil internacional”. Esta posición estricta hacia, pues, alusión al conjunto de normas que tienen por objeto ciertos actos o ciertas personas y que constituyen una excepción a las normas de Derecho civil internacional. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el hilo conductor de este ordenamiento, según tal concepción, descansaba en dos elementos comunes: la materia regulada (acto de comercio) y la norma reguladora (norma de remisión o conflictual).

internacionales sin una visión de las coordenadas en que han de desarrollarse y producirse dichos intercambios.

B) Superación del modelo de norma de conflicto rígida y de resultado imprevisible

73. El angosto marco ofrecido a los preceptos dedicados al DIPr ha condicionado decisivamente la distribución de materias reguladas en los Códigos civiles por la conservación de la impronta estatutaria (Cuba, República Dominicana), aunque no exenta de detractores¹⁹². Por eso la Ley DIPr venezolana descartó expresamente este continuismo al rechazar en su Exposición de Motivos “que un sistema de rai-gambre estatutaria, con originales y plausibles características propias, ha sido adulterado por la práctica y ha venido a convertirse en un sistema de coloración territorialista o, aún peor, en un cúmulo de soluciones inciertas e inconexas.

74. En esta misma dimensión de técnica legislativa se evidencia también que la moderna codificación se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer conexiones de carácter múltiple, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo¹⁹³.

Las normas de conexión única reflejaban el modelo elaborado a mediados del siglo XIX por el jurista alemán F.K. von Savigny en su estado más puro que respondía a una estructura normativa compuesta por tres elementos. Un supuesto de hecho, que hace referencia a la materia regulada y que puede ser una relación jurídica (“efectos del matrimonio”, “sucesión por causa de muerte”, “emisión de los títulos valores”, etc...), una institución (“tutela y las demás instituciones”, “adopción”, “posesión”, “propiedad”, etc...), o un derecho subjetivo (“derecho a la prestación de alimentos”, “derechos de propiedad intelectual o industrial”, etc...). Una consecuencia jurídica, que no se contiene en la propia norma, sino que es preciso determinarla indirectamente a través del mandato de aplicación establecido por el legislador respecto a un Derecho estatal en su conjunto. Por último, un punto de conexión, cuya misión es dotar de relevancia jurídica al elemento extranjero que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando en él la localización de la relación jurídica en orden a la consecuencia jurídica (“ley de la nacionalidad común del alimentista y del alimentante”, “ley nacional del causante”, “ley a la que las partes se hayan sometido expresamente”, “ley del país en que se otorguen”, etc...) ¹⁹⁴. Debe recordarse

¹⁹² L. Herrera Mendoza, “La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad”, *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, El Cojo, 1960, p. 124.

¹⁹³ F. Rigaux, “La méthode du conflit de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1985, pp. 1 ss; P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel (De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe)*, Ginebra, Georg, 1985; E. Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, LGDJ, 1987.

¹⁹⁴ F.K. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, Berlín, Veit und Comp., 1849.

que este autor partía de que la función de la norma de conflicto consistía en determinar un Derecho material entre los aplicables teóricamente a un supuesto determinado, una ley única con exclusión de todas las demás, con excepción de los correctivos impuestos por la propia norma conflictual¹⁹⁵.

El método diseñado implicaba un alto componente de automatismo y mecanicismo que ignoraba muchas veces consideraciones de justicia y que se centraba, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro. No en vano fue calificado con evidente acierto como una “máquina ciega”.

Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en las modernas legislaciones nacionales y en los Convenios internacionales posteriores a la Segunda gran guerra. Dichas normas, manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al juez o a la autoridad que las aplica. Se trata de la denominada “norma de conflicto multilateral funcionalizada”, que persigue aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, o la ley materialmente más apropiada al mismo, o la ley que una o varias de las partes implicadas consideren la que mejor refleja y puede tutelar sus intereses, siempre de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcionalista.

C) Dejación de las construcciones basadas en la ley de la nacionalidad

75. Con anterioridad se ha hecho referencia a la influencia europea del Código y a su orientación favorable a considerar la nacionalidad como el elemento determinante del sistema, frente a otras opciones existentes en América latina en favor del domicilio. Sin embargo, consciente de la fuerte aceptación de este último criterio el Código concedía a cada Estado parte la facultad de aplicar, además de las leyes de la nacionalidad y del domicilio “las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior” (art. 7). Con ello se permitía la presencia de normas basadas en principios territorialistas. Esta fue esta la opción de la mayor parte de los países caribeños¹⁹⁶, salvo el caso de Cuba y de la República Dominicana que, fieles a la

¹⁹⁵ J.-L. Elhoueiss, “L’élément d’extranéité préalable en droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 2003, pp. 39 ss.

¹⁹⁶ Aunque sin aceptación por parte de los Estados caribeños debe recordarse que la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho internacional Privado establece el domicilio general y especial de una persona física por medio de soluciones de naturaleza acumulativa que facilitan la elección del punto de conexión de dicha persona, pese a la diversidad que en este tema ofrecen las legislaciones internas. Bajo la Convención, el domicilio general será determinado por los siguientes factores: 1) el lugar de la residencia habitual o el lugar del centro principal de sus negocios; 2) en ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; y 3) en su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare el individuo. Con respecto a los domicilios especiales, la Convención establece que el domicilio de las personas incapaces será el de sus representantes legales; que el domicilio de los cónyuges será aquel en el cual éstos vivan de consuno; que el domicilio de los funcionarios diplomáticos

tradición jurídica española y francesa, respaldaron el principio de la nacionalidad. Ello era coherente con lo dispuesto en el art. 3.3º del Código civil. De acuerdo con este planteamiento, que también figuró en el art. 9 de la primera versión del Código civil español de 1889, quedaba regido por el principio de la nacionalidad no solamente el estado y la capacidad de la persona sino también las relaciones de familia y del Derecho sucesorio, lo cual suponía la posibilidad de una amplia extraterritorialidad de la ley francesa, la española o la dominicana, aplicable a los nacionales de estos países, en cualquier lugar.

Sin embargo, la solución basada en la ley nacional, que tenía justificación hace más de un siglo en países como Francia, Italia¹⁹⁷, España, Países Bajos, Portugal o Suiza, no logra implantarse en la generalidad de los sistemas jurídicos, experimentando desde hace varias décadas una fuerte impugnación¹⁹⁸ que ha sido el resultado de una importante polémica entre los defensores de la ley nacional y los defensores de la ley del domicilio que da como resultante la aceptación de la residencia habitual¹⁹⁹. Un ejemplo elocuente se halla en el Código DIPr belga²⁰⁰, en la Ley DIPr venezolana, en el Proyecto dominicano, o en el Proyecto argentino, donde se destaca el empleo de la residencia habitual con el mismo valor atributivo e indistinto que el domicilio de las personas físicas, que era el factor de atribución clásico. Esta solución contribuye poderosamente a alcanzar un objetivo regulador que cada vez resulta mayormente aceptado.

De ordinario, se suele proceder a una exposición y análisis de los argumentos que justifican una y otra solución, señalando las ventajas respectivas. Así, por ejemplo, en favor de la ley nacional se esgrime: a) la estabilidad superior a la ley del domicilio, pues éste último puede cambiarse con mayor facilidad; b) su grado de certidumbre, ya que es más fácil determinar la nacionalidad un individuo que localizar su domicilio, c) su mayor adaptación a la idiosincrasia del individuo (raza, religión, lengua...); d) su virtualidad en la consecución de soluciones unitarias en relación, por ejemplo, con los componentes de una familia. Frente a esto, los defensores de la ley del domicilio producen también argumentos de peso: a) corresponder

será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante; que el de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el del Estado que los designó; y finalmente, que cuando una persona tenga domicilio en dos Estados parte se le considerará domiciliada en aquel donde tenga la simple residencia y si la tuviere en ambos se preferirá el lugar donde se encontrase.

¹⁹⁷ E. Vitta, "Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1981, pp. 345-363

¹⁹⁸ R.D. Kollwijn, "Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno", *Dir. int.*, vol. XIII, 1959, pp. 508-525; Ph. Francescakis, "Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (1982-1984), pp. 291 ss.

¹⁹⁹ R. van Rooij, "The Concept of Domicile ("woonplaats") in Netherlands Private International Law", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 22, 1975, pp. 165-182.

²⁰⁰ M. Verwilghen, "La place de la nationalité dans le Code de droit international belge", *loc. cit.*, pp. 1687-1701

en mayor medida a los intereses de los emigrados en un país extranjero; b) el interés de los terceros que contratan con el extranjero; c) el reflejo de la mejor vinculación de la persona con el medio socioeconómico donde desarrolla su actividad; d) fruto de esta integración del extranjero en su medio, la consecución de una sociedad más cohesionada sin diferenciaciones jurídicas entre sus ciudadanos; e) la coincidencia entre el foro donde se desarrolla el litigio y el Derecho aplicado por el juez; f) la determinación del punto de conexión a partir de la ley del foro, sin consideración de lo que dispongan ordenamientos extranjeros sobre la nacionalidad; g) la mejor solución técnica a problemas específicos como es el caso de los apátridas o de las personas que tienen dos o más nacionalidades; y h) la idoneidad del domicilio para las personas jurídicas y las sociedades, que permite su movilidad y mejora su competitividad, con una conexión que puede ser representativa del mercado en el que operan²⁰¹.

Al margen de que la polémica haya llegado a un cierto nivel de abstracción, puede afirmarse que la nacionalidad proporciona una ley previsible, pero frecuentemente inapropiada en materia de estatuto personal, mientras que el domicilio proporcionaría una ley apropiada pero en ocasiones de difícil determinación; lo que no implica que sea propiamente imprevisible. Al revés, puede suceder, especialmente en relaciones de familia, que los particulares presuman la aplicación del Derecho con el que se encuentran más vinculados, el del territorio en el que se encuentran domiciliados, puede ser que desde hace décadas; y lo que les resulte sorprendente sea la aplicación de una ley nacional que ya no presenta vínculos reales con el individuo. En los países en los que el número de inmigrantes es elevado la extensión de la aplicación de la ley nacional no solamente es causa de las dificultades prácticas que se derivan de la aplicación procesal del Derecho extranjero, sino que en ocasiones implica una insatisfacción social derivada de la aplicación de regulaciones que carecen de una vinculación relevante con el supuesto, lo que lleva a soluciones que, si bien asumidas por los especialistas, con frecuencia no lo son las esperadas por los ciudadanos.

En cualquier caso, el domicilio es un componente conciliador en la controversia entre territorialismo absoluto y el personalismo, propio de la nacionalidad, utilizada como factor personal, por cuanto permite, en muchos casos, la aplicación de la ley del foro, sin abandonar la posibilidad de aplicar el Derecho extranjero²⁰². Al mismo tiempo, la calificación del domicilio como residencia habitual responde a la tendencia universal de flexibilizar este concepto, a los fines de su fácil com-

²⁰¹ J.V. Long, "Domicil v. Nationality", *RabelsZ*, 1953, pp. 247-262; L.I. De Winter, "Nationality or Domicile? The Present State of Affairs", *Recueil des Cours*, t. 128, 1969-III, pp. 347-504; Y. Loussouarn, "La dualité des principes de nationalité et domicile en droit international privé", *Annuaire IDI*, vol. 62-II, 1987, pp. 127-178.

²⁰² T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, Discurso y trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la Doctora Tatiana B. de Maekelt, discurso de contestación de la Académica Doctora Hildegard Rondón de Sansó, acto celebrado el 18 de junio de 2002, Caracas, Venezuela, p. 55..

probación y con ello facilitar la localización del de-recho aplicable. Este nuevo factor obliga a indagar sobre dos cuestiones concretas: la interpretación de la residencia habitual, con la cual se identifica, y el alcance de su aplicación por una parte, a las personas físicas y, por la otra, a su carácter de factor de conexión, es decir, cuando constituye un medio para determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales.

76. Evidentemente, no estamos ante un mero problema teórico pues la inserción en un determinado sistema de DIPr de la conexión nacionalidad o de la conexión domiciliaria no es un acto neutro, sino que refleja los intereses del Estado en un determinado momento histórico. Las primeras regulaciones del DIPr no fueron neutrales en acoger una u otra solución: la razón de que Francia, Italia, España o Alemania adoptaran ley nacional como rectora del estatuto personal obedecía, en unos casos a consideraciones políticas de afirmación de la identidad nacional y en otros al hecho de ser en aquellos momentos países de emigración. Tampoco es casual que la impugnación de esta opción y la defensa de la ley del domicilio se produjesen en aquellos países tradicionalmente receptores de extranjeros. Como se ha indicado, en el círculo de países de América latina la conexión nacional que el Código Bustamante había apuntalado no se acomodaba a las características de muchos de estos países que por aquellos años estaban recibiendo un número muy importante de emigrantes²⁰³.

Pero este es un debate histórico, perteneciente en cierto modo al pasado. En la actualidad la opción entre la nacionalidad y el domicilio obedece a otras razones y queda limitada a los países de tradición romano-germánica, pues en otros círculos jurídicos como los Estados Unidos de América la cuestión se reduce a determinar si se aplica o no la normativa estadounidense a un supuesto de tráfico externo y para ello el método tradicional de la norma de conflicto será sustituido por la determinación de si el supuesto tiene suficiente vinculación con este país para que sus tribunales se declaren competentes y apliquen su propio Derecho.

Además de este cambio de perspectiva, existen soluciones conciliadoras. La mayor parte de las convenciones de DIPr que en las últimas décadas pretenden unificar las soluciones a los problemas del tráfico jurídico externo utilizan como alternativa la “residencia habitual”. Esta conexión ofrece la ventaja de situar a la persona en un medio social real y, por su carácter de criterio de hecho, tiende a evitar las dificultades que engendran tanto la nacionalidad como el domicilio²⁰⁴. Concretamente, la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el DIPr de 1979 califica, en primer lugar, el domicilio como residencia habitual; en segundo, como centro principal de los negocios; a falta de estas circunstancias, como lugar de

²⁰³ A. Sánchez de Bustamante y Sirvén, “La nationalité et le domicile. Etude de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1927, pp. 375 ss

²⁰⁴ P. Rogerson, “Habitual Residence: The New Domicile?”, *Int’ Comp.L.Q.*, vol. 49, nº 1, 2000, pp. 86–107.

la simple residencia y, en su defecto, el lugar donde se encontrare la persona (art. 2). El artículo demuestra la tendencia fáctica de la residencia que se observa en las legislaciones comparadas.

D) Modernización del sistema

77. Es evidente que con la presente Ley Modelo la concepción del DIPr vigente en muchos países del Caribe debe cambiar necesariamente y, dentro de ella, la contemplación de una disciplina jurídica construida, en ocasiones, a partir de razonamientos basados en una única disposición legislativa derivada del art. 3º del Código de Napoleón, fuente nutricia de numerosas construcciones doctrinales muchas veces inaccesibles para los no iniciados.

i) Uno de los elementos más innovadores de la Ley Modelo ha sido la incorporación de muchas soluciones adoptadas por la codificación internacional del DIPr con la consiguiente coordinación de los Derechos en presencia, claramente diversificados. Con ello pretende mitigarse el retraso de la generalidad de los países de la OHADAC en la incorporación a normas de origen convencional la vez que se evitan los inevitables problemas derivados del “conflicto de convenciones”. La selección de dichas soluciones se ha efectuado después de ponderar escrupulosamente las ventajas y desventajas de las distintas alternativas y con la convicción de que, en materias jurídicas, la más aceptable es simplemente aquella que origina un menor número de inconvenientes en la práctica.

ii) La Ley Modelo también es sensible a la evolución de la sociedad incorporando normas adaptadas a los nuevos tiempos. En numerosos de sus disposiciones refleja la incidencia de los derechos humanos en materia de DIPr²⁰⁵ que se ejerce sobre variadas cuestiones y en circunstancias diversas para garantizar, por ejemplo, el acceso a la justicia, templada con la lógica limitación de las inmunidades estatales (**arts. 7 y 77**), los derechos de los trabajadores (**art. 47**) o los intereses superiores de los menores (**art. 38**); también es sensible a nuevos fenómenos como la aparición de una reglamentación internacional del consumo (**art. 48**). En este marco se presta atención a un fenómeno cada vez más común, cual es la relación familiar entre dos personas al margen de la institución matrimonial, pero con una relación de afectividad y de proyecto de vida similar o próximo al del matrimonio tradicional. El **art. 34** opta en tal sentido por una solución moderada, no interviniendo más allá de donde la práctica lo hace necesario pero siendo consciente de que cada vez existe una reglamentación más especializada en el Derecho comparado respecto de estas figuras.

²⁰⁵ Y. Lequette, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Libertés et droits fondamentaux* (R. Cabrillac, M.A. Frison-Roche y T. Revet, dirs.), 10ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 97 ss.

iii) La nueva lectura de los derechos humanos y el papel nuclear de la persona y de su autonomía no podía pasar desapercibida en una regulación moderna de DIPr²⁰⁶. La idea de que las partes son los mejores jueces de sus intereses resulta un argumento esencial de la construcción jurídica para dar respuesta a múltiples cuestiones de las transacciones privadas internacionales²⁰⁷. Sin entrar en la polémica de lo que hace algunos años A.E. von Overbeck calificaba de “irresistible extensión de la autonomía de la voluntad al Derecho internacional privado”²⁰⁸, la Ley Modelo innova, de manera significativa, la tradicional consideración de la autonomía de la voluntad cuyo ámbito había sido considerablemente restringido en el ámbito del DIPr. En la Ley dicha autonomía no queda restringida al ámbito de la contratación internacional, lo que supone ya de por sí un considerable avance respecto de modelo bustamantino, sino que se extiende a otros sectores más allá de las áreas tradicionales descentralizadas²⁰⁹: relaciones patrimoniales en el matrimonio (**art. 31**), divorcio y separación judicial (**art. 33**), sucesión por causa de muerte (**art. 41**), donaciones (**art. 44**), contratos en general (**art. 45**), contrato de trabajo (**art. 47**), contratos celebrados por consumidores (**art. 48**) y obligaciones extrcontractuales (**art. 52**). Esta tendencia refuerza la tendencia a eliminar los problemas conflictuales a que dá lugar el punto de conexión “nacionalidad” de manera complementaria a la acción de la residencia habitual en este sector.

iv) Desde la óptica del proceso internacional la Ley Modelo incorpora un objetivo superador de las tradicionales nociones de soberanía, territorialismo y poder jurisdiccional. Para ello aclara la diferencia entre la competencia procesal internacional en el orden civil y la competencia procesal interna, facilita la determinación de la jurisdicción del foro, el exequátur de los actos emanados de las autoridades extranjeras, refuerza la cooperación judicial internacional y ajusta las normas procedimentales. Y, por su parte, las normas sobre eficacia internacional de la sentencia implican también una modernización y racionalización de las disposiciones vigentes, que se ajustan mejor a los criterios de técnica y de justicia, requeridos por uno de los problemas de mayor resonancia en la vida jurídica privada internacional.

²⁰⁶ S. Sánchez Lorenzo, “Posmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994, pp. 557–585; *id.*, “Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz (1996)*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 149–173.

²⁰⁷ J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992; S. Álvarez González, “Breves notas sobre la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado”, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Carrillo Salcedo*, vol. I, Sevilla, 2005, pp. 137 ss.

²⁰⁸ A.E. von Overbeck, “L’irrésistible extension de l’autonomie en droit international privé”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619 ss.

²⁰⁹ P. Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 425–454; J. Basedow y B. Diehl–leistner, “Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland”, *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht* (E. Jayme y H.–P. Mansel, eds.), C.F. Müller, 1990, pp. 13–43; C. Kohler, “L’autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel. Entre libéralisme et étatismes”, *Recueil des Cours*, t. 359, 2013, pp. 285–478.

Se ha considerado, a este respecto que, por razones prácticas y de buena técnica legislativa otras cuestiones deben seguir constituyendo materia específica de la legislación procesal de cada Estado en particular.

4. Opciones en orden a su aceptación

78. El DIPr constituye un instrumento esencial en la ordenación de las relaciones entre las sociedades por facilitar el movimiento de personas y el intercambio de bienes y servicios y fomentar la integración. Desde las primeras etapas labor codificadora han existido dos alternativas esenciales. La primera, a través de un enfoque global que contempla un cuerpo de normas para abarcar toda la normativa reguladora de las relaciones del tráfico externo, en tanto que la segunda opta por un proceso más gradual y progresivo, que supone la incorporación de instrumentos internacionales sobre cuestiones particulares. Sin renunciar a esta última, esto es, sin desconocer la obra de la codificación internacional por medio de Convenciones internacionales, la opción seguida en la Ley Modelo OHADAC de DIPr es la de suministrar respuesta a las transacciones privadas internacionales en del mundo globalizado, especialmente dentro de los procesos de integración interamericana, Pero es una misión que debe ser mesurada, prudente y acoplada a la práctica consolidada en los países caribeños y de su interno más inmediato. Además la Ley no excluye la aplicación de las disposiciones especiales relacionadas con el DIPr e incluidas en otras leyes, por cuanto sus regulaciones tienen carácter general. El propio art. 2 excluye expresamente determinadas materias que por su especificidad aconsejan su inserción en una Ley especial, señaladamente el arbitraje²¹⁰ o la quiebra.

La vocación de generalidad de la Ley Modelo debe, sin embargo, ser objeto de algunas matizaciones desde la perspectiva de su aceptación por un Estado del área de la OHADAC:

i) No tiene por qué ser una opción de todo o nada. Existen en la actualidad mecanismos que, promocionando la entrada a la autonomía de la voluntad, permiten conciliar los posibles intereses encontrados. La necesaria especialización de las soluciones en función de los concretos problemas sobre los que se proyecten también posibilita que la opción sea especializada: no hay por qué depositar toda la reglamentación en la ley nacional, o toda en la ley del domicilio, o toda en la ley de la residencia habitual. Una selección *ad hoc* no solo es posible, sino que puede llegar a ser conveniente. Desde esta perspectiva la presente Ley Modelo debe ser vista, pues, como un mecanismo equilibrado de reglas autónomas que podrán ser

²¹⁰ Es la solución seguida en América latina por Venezuela y en Europa en Italia. El Proyecto dominicano se inclina también por tal separación. En Panamá la entrada en vigor en 2013 de una Ley de arbitraje y en 2014 de un Código de DIPr que incorpora una regulación pormenorizada del arbitraje comercial internacional sin duda suscitará problemas de coordinación legislativa. Vid. J.C. Araúz, "La porfiada reforma del arbitraje en Panamá", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, nº 1, 2014, pp. 127-143.

incorporadas al Derecho interno como una texto único o como parte de un sector concreto de la regulación de las relaciones del tráfico externo.

ii) La opción no es neutra desde el punto de vista estrictamente práctico: saber cuáles son las consecuencias de la opción desde el punto de vista de la aplicación del Derecho extranjero es vital. Resulta indiscutible que la aplicación de la ley propia del juez plantea muchos menos problemas que la aplicación de una ley extranjera. Además, la justicia impartida en aplicación de una ley propia que se conoce a la perfección es de mejor calidad. Tradicionalmente, la opción por la ley del domicilio suele determinar un mayor porcentaje de aplicación de la ley propia, dada la conexión que existe entre domicilio y competencia judicial. Ello depende tanto de la configuración demográfica de cada Estado, cuanto del tipo concreto de litigio que llega a los tribunales y, cómo no, de los criterios de competencia judicial internacional que atribuyen la legitimidad de actuación a sus tribunales. Esta evolución se corresponde con la transformación social de las últimas décadas y la pérdida de relevancia de la nacionalidad como elemento indicativo de especial conexión, en un contexto de amplios movimientos migratorios que con frecuencia dan lugar a situaciones de doble nacionalidad.

iii) El empleo con carácter preferente de la residencia habitual como criterio de conexión facilita la coordinación con las soluciones establecidas en los instrumentos más modernos de cooperación internacional, incluidos aquellos en los que ya participan varios países del área OHADAC, como es el caso de la Convención de La Haya de 19 octubre 1996 relativa a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Con estas premisas la pretensión de la Ley Modelo no es otra que servir de guía y de orientación para el desarrollo de la codificación del DIPr en los países de la zona OHADAC y de referente para otras iniciativas de este tipo que se produzcan en el hemisferio americano.

79. En un sector tan discutido como el DIPr la labor codificadora es verdaderamente compleja. Si se realiza un texto articulado demasiado técnico y detallado de un sistema de normas de DIPr se corre el peligro de imponer construcciones abstractas, muchas veces fruto de estériles debates académicos, distanciadas de los intereses concretos de la sociedad caribeña. Con independencia de su inadecuación a las necesidades contemporáneas, una muestra de este modelo ha sido el Código Bustamante, que ha carecido de verdadera significación real. Pero si se opta por la solución contraria, elaborando un sistema excesivamente simple y generalista existe el riesgo de que las respuestas del legislador pierdan su significado y queden diluidas al ser aplicadas por los jueces dando lugar a una quiebra de la necesaria seguridad jurídica que las normas de DIPr requieren.

Corregir, en lo posible, esa situación, alcanzar en la esfera de las relaciones privadas internacionales los dos supremos objetivos de justicia y seguridad jurídica, razón de ser de toda norma de Derecho, y acoplar las disposiciones a las características y necesidades de la realidad social, económica y humana de los países del área OHADAC, son los propósitos de la presente Ley Modelo. Más concretamente, los objetivos perseguidos con ella pretenden: a) resolver los problemas los sistemas de DIPr, caracterizado por sus contradicciones entre los códigos y las leyes especiales; b) ajustar la legislación de DIPr a la realidad social de los Estados implicados; c) adecuar las soluciones internas a los realizaciones practicadas en la codificación internacional, especialmente a partir de las experiencias obtenidas en la Conferencia de La Haya de DIPr a escala mundial y en la Conferencia Especializada Interamericana de DIPr a escala de América latina; ello sin perder de vista las soluciones alcanzadas por la unificación del DIPr de la Unión Europea en función del origen genuinamente europeo de algunos sistemas de OHADAC; y, d) adaptar las soluciones existentes en los países implicados al desarrollo universal de la materia y a las legislaciones más recientes, que se han convertido en instrumentos válidos para el armónico desarrollo de las relaciones jurídicas de carácter transfronterizo.

Los principales objetivos perseguidos con la presente Ley Modelo pueden, pues, sintetizarse en tres: la transparencia, la modernidad y la apertura internacional. Por ello se agrupan en un único texto todas las disposiciones de DIPr necesarias para un Estado del Caribe mediante formulaciones sencillas y precisas.

5. Estructura del texto propuesto

80. Las consideraciones hasta aquí efectuadas permiten establecer las líneas generales del presente proyecto, justificar la elección de una Ley especial como técnica legislativa adecuada y el diseño tripartito de la materia regulada. También permite vislumbrar las influencias en las soluciones adoptadas. Aceptado el diseño tripartito: competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones, se planteó una alternativa fundamental: contemplar particularizada cada institución de Derecho privado y proyectar sobre ella las soluciones de cada una de estas rúbricas (como parcialmente se recoge en la Ley DIPr suiza, en el Código DIPr belga o en el Código DIPr panameño) o introducir dentro de cada una de tales rúbricas las instituciones consideradas. Se consideró que esta última opción era más aconsejable por permitir al operador jurídico individualizar la concreta cuestión de DIPr a la hora de su específica solución. Esta última técnica, a la que se adhirió la Ley DIPr italiana, también ha sido seguida por el Proyecto uruguayo y por el Proyecto dominicano. Además, la elección de una Ley especial no sólo responde al

carácter autónomo del DIPr, sino a lo conveniente, por razones prácticas, facilitando una posible actualización²¹¹.

81. El Título I (“Disposiciones comunes”) va precedido de la determinación del objeto de la Ley que no es otro que la regulación de las relaciones privadas internacionales de carácter civil y comercial en lo que concierne a la extensión y a los límites de la jurisdicción caribeña, a la determinación del Derecho aplicable y a las condiciones del reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras, con tres exclusiones expresas: la materia administrativa; el arbitraje comercial y la quiebra y otros procedimientos análogos. A continuación se establecen dos reservas generales a la aplicación de la Ley: en primer lugar, la preferencia de los tratados internacionales de los que el Estado que incorpore la Ley Modelo sea parte que prevalecerán sobre las disposiciones de la Ley y, en segundo lugar, lo dispuesto en Leyes especiales reguladoras de relaciones privadas internacionales. El título se cierra con un apartado dedicado a la definición de los criterios determinantes de la ley del domicilio y la residencia habitual, tanto de las personas físicas, como de las personas jurídicas.

82. En el Título II (“Extensión y límites de la jurisdicción caribeña en materia civil y comercial”) se regula el ámbito de actuación los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo y de sus límites a través del juego de una serie de criterios que vinculan a las relaciones privadas internacionales con dichos tribunales. Dichos criterios, calificados como foros de competencia, son la expresión de los intereses u objetivos de política legislativa del referido Estado.

Se contemplan los foros de carácter exclusivo que atribuyen competencia exclusiva, única e inderogable a los Tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo sin que ninguna otra jurisdicción pueda conocer de las cuestiones que involucran: inmuebles que se encuentren su territorio; sociedades, inscripciones practicadas en un registro de ese Estado, propiedad intelectual, reconocimiento y ejecución en el territorio de ese Estado de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, medidas conservatorias que sean ejecutables en dicho territorio y las cuestiones relativas a la nacionalidad. En segundo lugar, se insertan dos foros generales que atribuyen competencia a los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo, cualquiera que sea la materia afectada en el supuesto de tráfico externo: cuando exista sumisión a dichos tribunales o el domicilio del demandado esté situado en su territorio. En tercer lugar, se recogen los foros especiales por razón de la materia; esto es, si los tribunales del Estado que se incorpore a la Ley Modelo carecen de competencia en virtud de los foros generales o si no se trata de una materia sujeta a la competencia exclusiva la competencia de dichos tribunales puede venir afirmada, por razón de la materia concreta, en virtud de los foros

²¹¹ T. B. de Maekelt, *Ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, op. cit., p. 48.

especiales. Cada uno de estos foros regula una materia particular o una institución o relación jurídica concreta dentro de una misma materia, por lo cual resulta imposible que dos foros sean llamados a determinar la competencia judicial internacional en una misma materia.

A ellos se une el denominado “foro de necesidad”, cuando de las circunstancias se deduzca que el supuesto presenta cierta vinculación al Estado que se incorpore a la Ley Modelo y no pueda incluirse dentro de la competencia judicial internacional de ninguno de los tribunales de los distintos Estados conectados con el mismo, o el reconocimiento de la sentencia extranjera dictada en el caso resulte denegada en el territorio del Estado que se incorpore a la Ley Modelo. Se admite la posibilidad de que los tribunales caribeños puedan abstenerse, a instancia de parte, de conocer o de continuar conociendo de un proceso por causas que surjan fuera del territorio de dicho Estado en una serie de supuestos que en la terminología anglosajona se determinan como *forum non conveniens*.

83. Únicamente si se han despejado las cuestiones propias de competencia judicial internacional, y sólo entonces, procederá suscitar el segundo interrogante del DIPr: la determinación del Derecho aplicable. A ello se dedica el Título III que está organizado en dos rúbricas.

La primera incluye las denominadas “normas reguladoras”, cuya función es dar una respuesta a la ley rectora del concreto supuesto del tráfico privado externo que viene ordenado de la siguiente manera: Derecho de la persona, Derecho de familia, protección de incapaces y obligaciones alimentarias, sucesiones y donaciones, obligaciones contractuales, obligaciones no contractuales y bienes.

En orden a las especiales opciones que el Proyecto suministra debe tenerse en cuenta que:

i) Las respuestas a las cuestiones sobre Derecho aplicable previstas en la ley no estén en contradicción con los compromisos convencionales que obligan al Estado que se incorpore a la Ley Modelo, utilizando cuando esta circunstancia se produzca, la técnica de incorporación por referencia del contenido material de la Convención al ordenamiento con efectos *erga omnes*.

ii) El modelo normativo elegido ha sido el de la norma de conflicto multilateral en una dimensión funcional, superador del diseñado hace casi dos siglos y que tuvo vigencia durante una buena parte del siglo XX. Dicho modelo está caracterizado por criterios de materialización, en lo que concierne al supuesto de hecho, flexibilización, con el establecimiento de puntos de conexión sucesivos o alternativos, y materialización, a través de la búsqueda de la solución más justa.

iii) En materia de obligaciones contractuales se ha optado por las repuestas que ofrece uno de los textos jurídicos interamericanos de mayor precisión técnica, cual es la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos interna-

cionales, suscrita en México el 17 marzo 1994 que, entre otras cosas, se inclina hacia la conveniencia de trasladar al juez la tarea de localizar, a falta de elección de las partes, el ordenamiento jurídico estrechamente vinculado con el contrato, permitiéndole resolver, caso a caso, la cuestión de la ley aplicable.

iv) Si bien el ámbito material del Título presta especial atención a la materia civil y mercantil, se ha considerado oportuno dar una respuesta a la ley aplicable al contrato de trabajo, el cual, en cuanto típico contrato celebrado con una parte débil, ha experimentado una evolución específica encaminada a la protección de la persona del trabajador en función del carácter tuitivo inherente a la legislación laboral.

84. La segunda rúbrica comprende un bloque normativo relativo a las llamadas “normas de aplicación” cuyo destinatario es el juez o la autoridad encargada de llevar a cabo el mandato de las “normas reguladoras”. Es un bloque que da respuestas a los denominados problemas generales de aplicación de las normas de conflicto y que en el pasado propició importantes desarrollos jurisprudenciales y doctrinales por la propia insuficiencia de la norma de conflicto en su formulación originaria. Con el nuevo modelo de norma de conflicto que se incluye en el Proyecto muchos de estos problemas desaparecen, por lo que no parece oportuno realizar una ordenación pormenorizada de los mismos siguiendo, por ejemplo, el modelo incorporado en la Convención de la CIDIP sobre normas generales de DIPr de 1979²¹² (que no tiene especial predicamento entre los Estados caribeños). Ello justifica que este apartado esté redactado en el Proyecto en términos muy escuetos y con un objetivo simplificador²¹³, como se desprende, por ejemplo, de la exclusión del reenvío. Aun así, resulta obligado prestar atención a los regímenes de determinación y de interpretación de la ley extranjera, incluyendo las normas de Derecho público, y al juego del orden público como correctivo funcional. Y, sin caer en una concesión a la tradición de escasos vuelos, se ha considerado oportuno incluir en el proyecto tres instituciones que, pese a su formulación en épocas pretéritas, siguen jugando en la

²¹² El ámbito de aplicación de esta convención establece de forma expresa la primacía del derecho internacional sobre las normas de derecho internacional privado que resulten de fuente interna. La Convención se basa sobre el principio de aplicación de oficio del Derecho extranjero, excepcionados los casos en que la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte. Esta Convención reconoce también, que la interpretación deberá ceñirse al ordenamiento jurídico del cual es parte la ley aplicable y no a las normas de interpretación propias del juez que conoce la causa. Otra excepción del ámbito de aplicación es la norma que decide que en caso de fraude a la ley, los Estados parte tienen derecho de negarse a aplicar el Derecho de otro Estado Parte. La Convención establece que recursos procesales serán determinados conforme a la ley del foro (*lex fori*) y da reconocimiento recíproco a situaciones jurídicas bajo la convención. Finalmente, la Convención requiere la búsqueda de la solución más justa para el caso de que una misma relación jurídica este sometida a la regulación de diferentes leyes.

²¹³ K. Siehr, “General Problems of Private International Law in Modern Codification: *De lege lata* and *de lege ferenda*”, *Yearb. Priv. Int'l L.*, vol. 7, 2005, pp. 17–61.

actualidad papel relevante: la adaptación, la remisión a un ordenamiento plurilegislativo y los derechos adquiridos.

85. El tercero de los interrogantes del DIPr, el relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros, es objeto del Título IV en lo que se refiere a sentencias extranjeras y se completa con unas disposiciones específicas en torno al reconocimiento de actos jurídicos constituidos en el extranjero con especial hincapié en los actos de jurisdicción voluntaria y en una materia especialmente sensible para la sociedad caribeña cual es la del reconocimiento de las adopciones y de las resoluciones sobre relaciones paterno-filiales pronunciadas en el extranjero. Por último, el título presta atención a una rúbrica necesitada de una respuesta en nuestro sistema jurídico cual es la relativa a la eficacia de los documentos públicos extranjeros.

