

EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL COMO UNA HERRAMIENTA DEL DERECHO COMPARADO¹

Victor Hugo Guerra Hernández²

[...] en los últimos tiempos, nuestras democracias no “mueren” de manera “abrupta” como solía ocurrir en el Siglo XX, digamos, a través de “golpes de estado” militares. Contemporáneamente...lo que se advierte es un fenómeno diferente, de “erosión lenta”, en donde los gobernantes de turno van desmantelando, poco a poco, y a través de pasos en apariencia legales, los sistemas de “frenos y controles” existentes, hasta vaciar a la democracia de contenido, y poder gobernar así, libres de ataduras y fiscalizaciones molestas [...] (GARGARELLA, 2022)

SUMARIO. I. Introducción y agradecimiento. II ¿Qué es el préstamo constitucional? III. Algunos ejemplos significativos del préstamo constitucional. III.1. Redacción de nuevos textos constitucionales. III.2. Interpretación de normas

¹ **Como citar este artículo científico.** GUERRA HERNÁNDEZ, Victor Hugo. El préstamo constitucional como una herramienta del derecho comparado. In: **Revista Amagis Jurídica**, Ed. Associação dos Magistrados Mineiros, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 377-407, maio-ago. 2024.

² Doctor en Derecho y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado. *Magister in Law* Universidad de Harvard. Prof. Asociado de Derecho Internacional Privado de las Universidades Católica Andres Bello y Central de Venezuela, Caracas, Venezuela. Prof. de Derecho Económico Internacional, Derecho Administrativo Global, Inversión Extranjera y Arbitraje Comercial en las Universidades del Rosario, Sergio Arboleda, Santiago de Cali, y del Magdalena, Colombia. *E-mail:* victor.guerra@pmi.com

constitucionales en la generación de políticas públicas. III.3. Redacción de sentencias judiciales. IV. Uso del préstamo constitucional y los límites al derecho internacional privado. IV.1 La constitución americana. IV.2. las constituciones de Canadá y Australia. V. Conclusiones. Bibliografía.

I INTRODUCCIÓN Y AGRADECIMIENTO

El contenido de este artículo nació de la iniciativa de homenajear y rendir homenaje académico a nuestro querido y recordado Profesor Dr. Raúl Arrieta.³ Conocí al Profesor Arrieta en la Universidad Central de Venezuela a mediados de los años 90, cuando comencé en mis lides de investigador y profesor en el Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en Caracas. Desde esa época el Profesor Arrieta ya era un profesional reconocido, que se hacía sentir y respetar en la Facultad, y siempre fue muy amable conmigo.

Con el tiempo y durante mi proceso de formación y aprendizaje, tuve la fortuna de tener al Dr. Arrieta como mi Profesor del Doctorado en Ciencias mención Derecho. Fue allí, precisamente, donde descubrí y aprendí por primera vez la noción del “préstamo constitucional”, en su Curso sobre Derecho Constitucional Comparado (2006). Este artículo, el cual dedico a su memoria, se basa justamente en el “préstamo constitucional” como una herramienta del Derecho Comparado. Herramienta que me permitió a su vez analizar los posibles límites constitucionales al Derecho Internacional Privado (“DIP”).

Finalizo esta introducción señalando que Raúl también me ayudó mucho con mi tesis doctoral, fue parte de mi Jurado evaluador. Tesis que defendí en el 2011, en medio de alborotos y protestas callejeras,⁴ que amenazaban la realización del acto de defensa y el

³ Este artículo también fue entregado a la Universidad Central de Venezuela, en Mayo de 2023, y se encuentra en proceso de publicación.

⁴ Al menos 5.338 protestas se registraron en Venezuela el 2011. Cifra, revelada por el Observatorio Venezolano de Conflictividad Social (OVCD), que mostró

acceso a las aulas de “*esta casa que vence la sombra*”, frase con la que inicia la segunda estrofa del himno de la Universidad Central de Venezuela. Colegas y amigos de ésta, su Casa de siempre, y de otras latitudes, rinden un muy merecido homenaje a su memoria, al que yo, humildemente, me he sumado.

II ¿QUÉ ES EL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL?

Al incursionar por primera vez en la idea del préstamo constitucional, analizamos los trabajos sobre este tema, publicados por el *International Journal of Constitutional Law*.⁵ Ellos fueron de gran utilidad para entender el alcance, ventajas y desventajas, del préstamo constitucional en diversos contextos culturales, jurídicos y realidades históricas.

En el pasado reciente se ha hablado de los llamados “trasplantes jurídicos”, como un mecanismo metafórico, utilizado originariamente en el Derecho Comparado para analizar la importación de normas extranjeras a los sistemas jurídicos propios.⁶ Hoy preferimos utilizar los términos “préstamo constitucional”, o el “*constitutional borrowing*” por su expresión en inglés pues, la idea de un préstamo o un “*borrowing*” nos resulta más amable, ya

un aumento del 70% respecto al 2010. El informe dio a conocer que 2.093 protestas fueron por reclamos laborales; 1.592 a los pedidos de vivienda; 1.300 a la seguridad ciudadana, justicia y cárceles, y 353 por temas educativos (VENEZUELA, 2012).

⁵ El *International Journal of Constitutional Law* es una revista de derecho trimestral que cubre derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional y otras ramas del derecho público. Fue establecida en 2003 por Norman Dorsen de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, y si bien originalmente solo estaba disponible en inglés, la revista ahora también publica números en español. Ver <<https://academic.oup.com/icon/pages/About>>.

⁶ Los trasplantes jurídicos son una poderosa metáfora, y tuvieron un papel relevante en la revitalización de las teorías difusionistas sobre la circulación normativa y el préstamo jurídico a partir de la década de los setenta con la obra de Alan Watson, quien acuñara por primera vez la expresión en 1974, definiéndolo como “el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro” (WATSON, 1993, p. 21, *apud*, BACKENKÖHLER CASAJÚS, 2019, p. 263).

que patrocina una interacción respetuosa entre los sistemas jurídicos y las realidades existentes en el Estado de origen y en el Estado receptor.

Ahora bien, no hemos encontrado un concepto único sobre el “préstamo constitucional” o “*constitutional borrowing*”, por lo cual, nos atrevemos a definirlo por nuestra propia cuenta como:

Aquella actividad de alcance normativo general, desplegada por un operador jurídico sea éste de naturaleza legislativa, es decir un congreso, parlamento o asamblea durante el proceso de formación de una ley; o, judicial, es decir algún representante del poder judicial, normalmente una sala o corte constitucional; o, por último, y excepcionalmente, un operador jurídico de naturaleza administrativa en creación de políticas públicas y/o regulación secundaria con alcance *erga omnes*. Esta actividad de préstamo podría tomar cualquier parte, grande o pequeña, del régimen constitucional del sistema jurídico del Estado de origen, por ejemplo, una sola oración en el texto constitucional; o un artículo o disposición completa de la constitución; o una doctrina judicial que interpreta alguna parte del texto constitucional; o un conjunto de interpretaciones formales o informales entre los legisladores del dispositivo constitucional, dado por alguno de los poderes del Estado de origen, o incluso, por su población en cuanto a lo que realmente exige la constitución; con el fin de mejorar y adaptar, respetuosamente, algún aspecto de alcance constitucional en el Estado o sistema jurídico receptor.

El préstamo constitucional es además una de las herramientas clave del Derecho Comparado, disciplina que aporta la información necesaria para alcanzar los mejores resultados en los procesos de codificación y creación normativa, tanto de carácter legislativo como judicial constitucional, sobre todo en contextos sociales, económicos y políticos complejos e inciertos, y a veces hasta irracionales (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022).

Pero hoy también se habla del abuso del préstamo constitucional, enmarcado en los trabajos del abuso del constitucionalismo (DIXON; LANDAU, 2021). En tal sentido,

nos parece muy interesante la afirmación que señala que no es claro que, en el derecho constitucional contemporáneo, exista alguna institución que no merezca ser reconstruida en términos de “préstamo constitucional”. En otras palabras, ¡que todo el derecho constitucional comparado es “derecho prestado”! (GARGARELLA, 2022, nota 2).⁷

Un adecuado uso del préstamo constitucional puede servirnos a los intelectuales y hacedores de normas, decisiones y políticas públicas, como una herramienta de freno al apetito voraz de gobernantes de turno inescrupulosos, que pretendan vaciar el contenido democrático y de Estado de Derecho a las normas constitucionales. Veamos a continuación algunos ejemplos del préstamo constitucional, y cómo éste ha sido útil para el desarrollo de los sistemas jurídicos, y para la actividad judicial que lo ha empleado.

⁷ Este autor además ilustra su afirmación indicando que “[...] En principio –puede decirse con razón– el liberalismo constitucional democrático que hoy rige en buena parte del mundo, encuentra sus raíces en las discusiones propias del “momento fundacional” de los Estados Unidos; las discusiones de la Asamblea Federal y los trabajos de El Federalista y de James Madison en particular –así, en la defensa de un sistema representativo, con sus elecciones periódicas, su sistema de *checks and balances*, etc. Pero lo cierto es que dicho sistema alumbrado entonces resulta, al mismo tiempo, y sin dudas, heredero de infinidad de “préstamos”: préstamos que derivan del legado de Montesquieu, de Machiavelo, de Locke, de Rousseau, del “gobierno mixto británico”, de la República Romana, de Polibio reconociendo, en Roma, la mejor expresión de la teoría que Aristóteles había presentado tiempo atrás; etc., etc. Quiero decir –e insisto con esto: todo el derecho constitucional es “comparado” y todo el derecho que hoy conocemos es el resultado de sucesivos “préstamos.” En tal sentido, y por tanto, no hay nada que pueda ser considerado como “auténtico” o “autóctono” (“nosotros primero”) y, por tanto, ajeno a la idea de “préstamos constitucionales.” Con lo cual, la noción de “préstamo constitucional” se convierte en una categoría “vacía”, en una “tautología”: “todo” es “préstamo constitucional”, y “nada” deja de serlo realmente.”

III ALGUNOS EJEMPLOS SIGNIFICATIVOS DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL

III.1 REDACCIÓN DE NUEVOS TEXTOS CONSTITUCIONALES

El primer ejemplo que analizaremos será el de la Constitución japonesa de 1947, como un caso de redacción de un nuevo texto constitucional, luego de un conflicto bélico: la Segunda Gran Guerra.⁸ Así, el trabajo del Profesor Hasebe nos permitió apreciar la influencia de textos constitucionales entre dos países, específicamente entre los Estados Unidos y Japón (HASEBE, 2003, p. 224 y ss.).

La Constitución japonesa es un texto corto, sólo cuenta con 5.000 palabras, en comparación con el promedio de otras constituciones que alcanzan las 21.000 palabras. Es el texto constitucional no enmendado más antiguo del mundo, pues su texto no ha tenido ninguna enmienda en más de setenta años. Es conocida como la “Constitución MacArthur”⁹ pues, si bien fue redactada con la colaboración de eruditos y doctrinarios japoneses, su texto estuvo siempre bajo la supervisión del general estadounidense Douglas MacArthur, comandante de las potencias aliadas, durante la ocupación aliada de Japón después de la Segunda Guerra Mundial. Por lo tanto, la redacción de esta Constitución estuvo bajo la influencia directa del texto constitucional norteamericano.

⁸ Muchos países adoptaron nuevas constituciones después de la Segunda Guerra Mundial presentando cinco características fundamentales: i. disposiciones que establecen las principales instituciones de gobierno, y los lineamientos para su renovación; ii. disposiciones que establecen la distribución de los poderes gubernamentales en el territorio del Estado; iii. disposiciones relativas a los derechos y libertades de los ciudadanos; iv. disposiciones relativas a la posibilidad de enmienda constitucional; y v. disposiciones que establecen un poder judicial relativamente independiente armado con la autoridad para revisar las prácticas ejecutivas, los decretos administrativos y las leyes promulgadas por las legislaturas, incluyendo la autoridad para declararlas inconstitucionales por estar en conflicto con los principios fundamentales protegidos por la constitución.

⁹ También es conocida como la “Constitución de Posguerra” o la “Constitución de la Paz”, ya que obliga a Japón a renunciar a su derecho a la guerra, y a no mantener fuerzas militares (Art. 9).

La Constitución de 1947 constituyó un avance significativo en relación con el texto constitucional precedente, la Constitución del Imperio Japonés de 1889, conocida como Constitución Meiji, pues modificó el sistema anterior del Japón, basado en una monarquía pseudo constitucional y de estratos, por una nueva monarquía parlamentaria. En la práctica, sin embargo, no se lograron los resultados esperados en materia de desarrollo democrático al estilo francés y tampoco, de protección de las libertades individuales al estilo norteamericano.

Así, el caso del préstamo constitucional en Japón pone de relieve el rol fundamental que juega el poder judicial para una adecuada implementación y desarrollo de la norma constitucional en el sistema legal de un país. La Corte Suprema del Japón, así como sus doctrinarios constitucionalistas, son culturalmente conservadores. Por lo tanto, el préstamo constitucional en este caso se tradujo, en general, en una transcripción de soluciones constitucionales norteamericanas, que no han tenido en Japón el impacto y desarrollo práctico que han tenido soluciones similares en los Estados Unidos, gracias a la labor de la Corte Suprema y tribunales de ese país.

Un ejemplo clásico, ha sido la interpretación dada en Japón al Art. 21 de su Constitución, relativo al derecho de libertad de expresión y prohibición de la censura. Imaginemos lo que esta libertad ha significado para los japoneses, en el marco de una sociedad en donde, culturalmente, se considera valioso el guardar silencio. En Japón, el “*Haragei*” que significa literalmente “*el arte del vientre*”,¹⁰ es la costumbre japonesa de dar paso al silencio, y comunicarse a través de las insinuaciones. Así, en Japón quedarse sin decir nada es una parte vital de su cultura y, contrario a lo que puede significar para otras culturas, el guardar silencio es una verdadera muestra de respeto.

Otro ejemplo más reciente es el de la Constitución de Irak, luego de la llamada “Segunda Guerra del Golfo”.¹¹ El 30 de enero

¹⁰ Véase <<https://en.wikipedia.org/wiki/Haragei>>.

¹¹ A principios del Siglo XXI, la política de los Estados Unidos respecto a Irak era la de provocar un cambio de régimen, ya sea mediante un golpe militar o mediante una invasión estadounidense, justificada como “ataque anticipatorio”

de 2005, una Asamblea Nacional Constituyente aprobó una nueva Constitución Nacional, que fue ratificada por el pueblo de Irak el 15 de octubre de 2005, con el 82% de los votos a favor (véase IRAK, 2005). Esta nueva Constitución evidencia una influencia clara del sistema político norteamericano y del sistema liberal occidental en general, especialmente al considerar a Irak como una República Parlamentaria Federal, con un Primer Ministro al mando del gobierno, y una figura presidencial simbólica de unidad de la nación. En este préstamo también se aprecia la apertura hacia la cultura del Estado receptor, pues esta Constitución reconoce al islam como fuente prioritaria del Derecho en Irak, imponiendo su supremacía, incluso, a la propia Constitución.¹²

III.2 INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES EN LA GENERACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El segundo ejemplo tiene que ver con el uso del préstamo constitucional para la interpretación formal y positiva de las normas constitucionales en otros países en el proceso de desarrollo de políticas públicas. Es el caso de la era postcomunista en Europa Central, en donde se rechazó el federalismo norteamericano por oponerse a las condiciones socialistas de esos países europeos (SCHEPPELE, 2003, p. 296-324).

contra un Estado díscolo, que se dedica a desarrollar y desplegar armas de destrucción masiva. Véase Sweezy, Magdoff, Foster y McChesney.

¹² En un Seminario relativo al rol de la mujer en la redacción de la constitución de Irak, celebrado en Amman, Jordania (Mayo-2005) y auspiciado por el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM), se analizaron las constituciones de diferentes Estados, entre ellas la norteamericana. Entre otras conclusiones de este Seminario se indicó que la Constitución es un documento vivo, que se va desarrollando a través de la actividad de los diversos operadores jurídicos. En particular, fue preocupación del Seminario como reducir la discriminación hacia las mujeres, y garantizarles derechos iguales a través del texto constitucional. El debate también giró entorno a una regulación detallada en las normas constitucionales, o más bien una regulación genérica que fuese adquiriendo contenido a través de las decisiones de la autoridad, esta última fue la tesis que prevaleció. Véase en este sentido NACIONES UNIDAS (2005).

Este es un caso que evidencia la importancia que tiene el contexto jurídico y cultural vigente en los Estados o sistemas jurídicos de origen frente a los Estados o sistemas jurídicos de recepción, a los fines de facilitar la viabilidad de un préstamo constitucional (ROSENKRANTZ, 2003, p. 269-295).¹³

III.3 REDACCIÓN DE SENTENCIAS JUDICIALES

El tercer ejemplo tiene que ver con el alcance del préstamo constitucional en el análisis de casos particulares y la redacción de sentencias por parte de tribunales supremos o constitucionales que hacen uso de la doctrina constitucional extranjera, o de las normas constitucionales extranjeras para argumentar la solución de un caso concreto. Quizás sea éste el más importante rol del préstamo constitucional, al decir de algunos autores, pues permite dar respuesta de manera dinámica a las necesidades de una sociedad en un momento histórico determinado (EPSTEIN; KNIGHT, 2003, p. 196-223).¹⁴

Así, podemos citar el emblemático fallo que determinó la inconstitucionalidad de la pena de muerte en Sudáfrica. El Tribunal Constitucional de este país basó su decisión luego de examinar en detalle la jurisprudencia pertinente de Alemania, Botsuana, Canadá, Estados Unidos, Hong Kong, Hungría, India, Jamaica, Tanzania, Zimbabue, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, 1995).

¹³ En este artículo nos impactó la importancia que para la máxima autoridad judicial argentina tienen las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, prefiriéndose sus decisiones a la búsqueda de una solución local o propia.

¹⁴ En la discusión sobre este artículo durante el curso llegamos a la conclusión del falso supuesto en el que incurrieron ambos autores pues, pretendieron sustentar su tesis sobre la base de una uniformidad de cultura jurídica en los países que conformaron la ex Unión Soviética, lo cual no fue cierto, ejemplo de ello eran por ejemplo los contraste que existen entre Polonia y la propia Rusia.

La Corte Suprema de los Estados Unidos, quizá el último bastión del “*parroquialismo*” entre los principales tribunales constitucionales del mundo, también se ha sumado a la tendencia de la referencia y estudio comparado. Ejemplo de ello son los casos *Lawrence c. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), en donde se revisaron decisiones del tribunal europeo de los derechos humanos para reforzar el principio del debido proceso, a partir del cual la libertad individual de cada ser humano no puede ser vulnerada por la autoridad, incluso cuando las prácticas de tales individuos sea contrarias a algún concepto moral de una colectividad, y siempre y cuando tales prácticas (en este caso fueron prácticas de parejas de un mismo sexo), sean efectuadas en la privacidad que garantizan las leyes (UNITED STATES, 2003). Un segundo caso más reciente es el de *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) (UNITED STATES, 2005), en el cual la opinión mayoritaria de la Corte también citó sentencias extranjeras en apoyo de su decisión.

En Venezuela, decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, por ejemplo, han justificado el empleo de la doctrina extranjera en materia de interpretación constitucional. Interesante resaltar que, en el caso venezolano, se ha insistido en el uso de las teorías políticas que mejor justifique una interpretación axiológica de las normas constitucionales favorables al pensamiento político imperante.¹⁵

¹⁵ Ejemplo de ello es la Sentencia de la Sala Constitucional, Caso Baker Hughes S.R.L., del 25-1-2001, con ponencia del Magistrado Delgado Ocando, en la cual se señalo que: “[...] Esta especialización se concreta en el ejercicio de la tutela constitucional en su máxima intensidad. No precisamente al modo en que la ejercía la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, la cual estaba restringida en sus funciones de garantía constitucional como si de un legislador negativo se tratase, es decir, la Sala Plena actuaba como un complemento del Poder Legislativo (único ente propiamente sujeto a la Constitución) en tanto se encargaba de revocar los actos de rango y fuerza de ley que éste dictaba contraviniendo la Constitución. Siendo que ésta no era concebida como un cuerpo jurídico normativo directamente aplicable a los distintos operadores jurídicos, se entendía que las interpretaciones de la Constitución que hiciera la Sala Plena no tenían carácter vinculante, y su influencia estaba asociada al efecto abrogatorio de los fallos de nulidad de actos con rango o fuerza de ley. **Muy por el contrario, a esta Sala Constitucional le corresponde no sólo anular actos de esa naturaleza, sino que tiene asignada tanto la interpretación del texto constitucional, con el fin de salvar sus dificultades o contradicciones,**

Quisiera concluir señalando que, desde Alemania y España hasta Rusia y Turquía, los tribunales constitucionales de toda Europa se han convertido en importantes traductores de las normas y soluciones constitucionales, convirtiéndolas en verdaderas directrices prácticas para su uso en la vida pública cotidiana. Igual ha sucedido con países como Sudáfrica, en donde su Tribunal Constitucional se han convertido en un símbolo de la renovación post apartheid en ese país. Incluso países como Gran Bretaña, Canadá, Israel y Nueva Zelanda han emprendido rápidamente la tendencia global y cosmopolita hacia la constitucionalización de sus sistemas jurídicos.

IV USO DEL PRÉSTAMO CONSTITUCIONAL Y LOS LÍMITES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como he dicho antes, examiné inicialmente las ideas del préstamo constitucional en el marco de la investigación y redacción de mi tesis doctoral. Éste fue un esfuerzo importante para identificar y examinar cuáles podían ser los límites constitucionales del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, a los fines de establecer una jurisdicción o un procedimiento especial para conocer y decidir los casos de DIP.

como hacer valer el principio jurídico-político según el cual los derechos fundamentales preceden y limitan axiológicamente las manifestaciones del poder. Para ello se le ha puesto al frente del aparato jurisdiccional respecto a su aplicación, al punto de vincular sus decisiones a las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia, no sólo en gracia a su potestad anulatoria, sino como derivación de la función antes apuntada.” (Resaltado nuestro). Otras sentencias en ese mismo sentido han sido: Acción de Amparo caso Faitha Marina Nahmens Larrazábal y Ben Ami Fihman Z. del 1-6-2001, Sala Constitucional, ponencia del Magistrado Delgado Ocando. De este mismo Magistrado fue crucial la sentencia en el caso de una Acción de Interpretación Constitucional interpuesta por el Dr. Herman Escarra, del 19-7-2001, en la que sostuvo: “[...] Con razón se ha dicho que el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de una política (la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución), y **que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de ésta, cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica** (*Interpretatio Favor Constitutione*).” (Resaltado nuestro).

Antes de seguir, quiero recordar que, en nuestra opinión, existen tres posibilidades para considerar un caso como un “caso de DIP”. En primer lugar, cuando a decir de la propia Ley de DIP “los supuestos de hecho” estén relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros (Ley de DIP, artículo 1). En segundo lugar, cuando expresamente sea definido el caso por la norma jurídica como un caso de DIP. Un ejemplo de ello en Venezuela es el supuesto de los contratos internacionales, los cuales según la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales se considera a un contrato como internacional si las partes del mismo tienen su establecimiento o domicilio en Estados Parte diferentes (Convención, artículo 1).¹⁶ En tercer lugar, cuando en el caso existan elementos de extranjería relevantes, en nuestra opinión dicha relevancia viene dada por el tipo de factor o elemento de conexión que utilice la norma de conflicto, por ejemplo, el domicilio de la persona física puede ser un elemento extranjero relevante para los casos de existencia, estado y capacidad de la persona física en tanto el artículo 16 de la Ley de DIP lo establece como el factor de conexión para determinar el Derecho aplicable a estos casos.

Retomando el punto de los límites constitucionales, partimos de la idea del principio del debido proceso, sobre cuya base debería replantearse en Venezuela el actual procedimiento ordinario, civil y mercantil aplicado por los tribunales venezolanos a los casos de DIP. Este replanteamiento podría implicar o bien un nuevo procedimiento especial para los casos de DIP, o una jurisdicción especial que los conozca y decida (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022).¹⁷

¿Hasta dónde a través de la herramienta comparada, brindada por el préstamo constitucional, el sistema venezolano podía conocer mejor y adecuar sus soluciones procedimentales en materia de DIP? Y, ¿Hasta dónde se podría establecer en Venezuela una jurisdicción,

¹⁶ México, 1994, Ley Aprobatoria publicada en la G.O. Ext. N. 4.974 del 22-9-1995.

¹⁷ Véase especialmente el Capítulo IV “Análisis Comparado, Préstamo Constitucional y Posibles Alternativas para el DIP: Una Jurisdicción o un Procedimiento Especial”, p. 257 a 307.

o al menos un procedimiento especial, en materia de DIP? Las respuestas a estas interrogantes aún siguen inconclusas. Sin embargo, desde nuestra perspectiva y modesta contribución académica hemos señalado que:

[...] en otras experiencias comparadas no existe tampoco una jurisdicción y procedimiento especial en materia de DIP. Por ello, si bien lo ideal en Venezuela es la creación de una jurisdicción venezolana de DIP, lo cierto es que su logro puede ser un salto enorme para la realidad venezolana [...]. La segunda alternativa que hemos planteado, en ausencia de una jurisdicción especial, es la creación de un procedimiento nuevo y especial para resolver los casos de DIP, especialmente para determinar si el caso es de DIP, y si lo fuera poder analizar adecuada y oportunamente, cuál es el Derecho aplicable y cuál es la jurisdicción competente. Este procedimiento especial debe cumplir con las condiciones de efectividad y agilidad consagradas constitucionalmente como características esenciales de una adecuada administración de justicia. Igualmente, debe asegurarse en este procedimiento el respeto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva prevista en la Constitución. Asimismo, hemos propuesto que la alzada de la decisión de instancia, generada en el marco de este procedimiento especial, y en resguardo del derecho a la doble instancia, sea la Sala Político-Administrativa, la cual en materia de jurisdicción deberá revisar tanto la negativa como la confirmatoria de la misma, en resguardo del sistema y de los intereses de las partes [...] (GUERRA HERNÁNDEZ, 2022, p. 321 y 322).

No olvidemos que el sistema venezolano también consagra el principio del debido proceso (Artículo 49 de la Constitución), el cual debe servir como límite necesario en cualquier proceso de mejora y revisión de las soluciones dadas a los casos de DIP, especialmente si procuramos establecer una jurisdicción o un procedimiento especial en esta materia. Más adelante, veremos como el principio del debido proceso o “*due process of law*” ha guiado la jurisprudencia constitucional en países como los Estados Unidos, Canadá y Australia.

Gracias a las clases impartidas por nuestros profesores del Doctorado, incluyendo sin duda las lecciones del Profesor

Arrieta, reforzamos, la importancia que tiene y el rol tan relevante que cumple el poder judicial, para el desarrollo y evolución de un sistema jurídico. Incluso, en los sistemas de raigambre civilista, y muy especialmente a través de las decisiones de sus cortes supremas y salas constitucionales.

Así recordemos que las atribuciones de la Sala Constitucional en materia de interpretación constitucional se fundamentan en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (“Constitución”),¹⁸ Título VIII De la Protección de esta Constitución, Capítulo I, De la garantía de la Constitución, en el cual se prevé que:

Artículo 335. “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación.

Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.” (Resaltado nuestro).

Advertimos que desde la década de los 90s del siglo pasado y principios de este siglo, se ha configurado un nuevo constitucionalismo en nuestra región. Hemos podido apreciar una vinculación a soluciones normativas prestadas desde otros ordenamientos jurídicos, pero, con la incorporación de nuevos derechos, instituciones públicas y organizaciones estatales más acordes a la realidad social latinoamericana (LLANO FRANCO, 2017, p. 188). Así, el ejemplo de la Corte Constitucional colombiana, creada por la Constitución de 1991 es interesante pues, su labor y decisiones han influido en el desarrollo particular del sistema jurídico colombiano, y han repercutido también en el resto de nuestro

¹⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G.O. N. 36.860 del 30-12-1999. El texto constitucional fue reimpresso por errores materiales en la G.O. Ext. N. 5.453 del 24-3-2000.

continente.¹⁹

En el caso del sistema anglosajón, examinaremos tres textos constitucionales, el norteamericano, el canadiense y el australiano, para mirar cómo soluciones de otras familias jurídicas, las del *common law*, podrían trasladarse a ordenamientos o familias jurídicas del *civil law*. Este ejercicio nos parece válido, sobre todo cuando se trata de resolver temas transversales a la ciencia jurídica, como lo es una adecuada administración de justicia y la protección y respeto a un debido proceso, específicamente en esta sección para los casos de DIP.

IV.1 LA CONSTITUCIÓN AMERICANA

Históricamente en el mundo anglosajón, el origen escrito del principio del debido proceso se ubica en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra (1215), según el cual se protegía el debido proceso de los barones normandos que buscaban frenar la arbitrariedad y el abuso de poder del Rey Juan Sin Tierra (ESPARZA LEIBAR, 1995). Por su parte, en los Estados Unidos el principio del debido proceso o “*due process of law*” fue recogido en la Declaración de Derechos “Bill of Rights” (1791) y luego en la Enmienda V,²⁰ y

¹⁹ En este sentido, es importante recordar que esta Corte ha sostenido que el *decisum* de sus sentencias no es el precedente judicial, pero sí la *ratio decidendi* de las mismas. Dicho precedente se configura con una sola sentencia de constitucionalidad, y esto ha sido así desde la sentencia de esta corporación Número C-104 de 1993. Véanse también: i. Sentencia Número SU354/17 (COLOMBIA, 2017, ii). Sentencia Número T- 260 de 1995, según la cual es precedente la *ratio decidendi* en las sentencias de tutela (COLOMBIA, 1995); y quizás la más aventurada, la Sentencia Número C- 836 de 2001, según la cual para el derecho colombiano el precedente judicial no se restringe a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (COLOMBIA, 2001).

²⁰ Enmienda V: “Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; **ni se le privará de la vida,**

posteriormente, se reiterado en la Enmienda XIV.²¹

En un sentido general, la doctrina norteamericana se ha planteado sí el problema de los límites constitucionales al DIP deberían analizarse desde una perspectiva de DIP, o si, por el contrario, éste es un tema cuya discusión pertenece al Derecho Constitucional. Al respecto, una respuesta aparentemente natural apunta hacia el Derecho Constitucional ya que se trata de las relaciones entre los Estados que forman parte de la Unión Norteamericana, incluyéndose las relaciones de sus distintos Derechos.

Así, el problema del Derecho aplicable o “*choice-of-law*”, deberían venir de la propia Constitución que crea y agrupa a tales Estados y, en consecuencia, sería un problema de Derecho Constitucional y no de DIP (LAYCOCK, 1992, p. 249). En otras palabras, se trata de aspectos relacionados con la distribución de competencias normativas y judiciales entre los Estados que forman parte de la Federación, y es la Constitución la que debe dar respuesta a la distribución de tales poderes y autoridades entre los Estados, a través de principios generales que limiten dicha distribución de poderes (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 440).

De tal manera que, según la doctrina norteamericana un Estado no está en absoluta libertad de aplicar cualquier Derecho que él desee para solventar un caso particular pues, su elección del Derecho

la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización” (resaltado nuestro). El texto en español de esta enmienda fue consultado en: <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

²¹ Enmienda XIV: “1.- Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; **tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal;** ni negar a cualquiera persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos” (resaltado nuestro). <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

aplicable deberá estar sometida a ciertos límites constitucionales. Estos límites constitucionales son: (i) el “*due process of law clause*” (Enmiendas V y XIV) y (ii) el “*full faith and credit*” (Artículo Cuarto) (RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 269).²²

Igualmente, el desarrollo y soluciones dadas al conflicto interterritorial se ha trasladado al tema del *choice-of-law problem* en la doctrina norteamericana de DIP y, por lo tanto, se ha partido de problemas interestatales para generar soluciones que luego se reflejan y aplican a los problemas internacionales, estos últimos los verdaderos problemas de DIP (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 439 y ss.).

El análisis jurisprudencial del concepto del debido proceso en los casos de derecho interestatal o interterritorial se resume en una trilogía de decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos de los años ochenta: (i) *Allstate Ins. Co. v. Hague* (1981); (ii) *Phillips Petroleum Co. v. Shutts* (1985); y (iii) *Sun Oil Co. v. Wortman* (1988). Estas decisiones responden, además, a la necesidad de una intervención y respuesta de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre los aspectos de *choice-of-law* que se estaban generando a partir de la aplicación, por cortes estatales de inferior jerarquía, de las modernas teorías de elección del derecho aplicable como la del “*interest analysis*”, lo cual estaba conduciendo a una exagerada libertad de elección de derecho por dichas cortes y produciendo resultados injustos e irracionales.²³

²² Los orígenes de la protección constitucional a los problemas de *choice-of-law* interestatales encontraron respuesta en las cláusulas de *due process* y *full faith and credit*, en especial para proteger el derecho a la propiedad y el comercio interestatal. También los orígenes de estos problemas durante el siglo XX encuentran respuesta en la doctrina de los “Derechos Adquiridos” (Vested Rights) atribuida a Joseph Beale y plasmada en el Primer Restatement of Conflict of Law.

²³ En este sentido se cita la decisión *Rosenthal v. Warren* (475 F.2d 438 (2d Cir. 1973) como ejemplo de esas decisiones [en ella se favoreció la aplicación del derecho de New York en lugar de la aplicación de una ley del Estado de Massachussets, lugar en la que se practicó una cirugía, que limitaba la responsabilidad de los cirujanos en caso de muerte de pacientes, siendo que el único contacto con Nueva York era el lugar en donde vivía la víctima].

En la sentencia *Allstate Ins. Co. v. Hague*, la Corte Suprema de Minnesota, basada en la doctrina de Robert Leflar,²⁴ aplicó el derecho de Minnesota. Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar si los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la Corte Suprema de Minnesota en su elección del derecho de dicho Estado para regir el caso en cuestión.

La opinión mayoritaria, escrita por el Juez Brennan, acompañado de los Jueces White, Marshall y Blackmun, se basó en la discusión de ¿qué debía ser más importante: (i) la acumulación de contactos con un determinado Estado, o por el contrario (ii) los contactos más significativos? El Juez Brennan siguió la primera opción y confirmó la aplicación del derecho del Estado de Minnesota por tener un cúmulo de contactos suficientes con el caso.

Adicionalmente, el Juez Stevens que concurrió con la opinión del Juez Brennan, pero basado en otros argumentos: (i) el respeto al debido proceso impone la no aplicación injusta y/o arbitraria del derecho de un Estado sobre el derecho de otro Estado. En este caso, no hay una violación del debido proceso pues, (a) no es arbitrario que el foro aplique su propio derecho; y (b) la regla de combinación/acumulación de coberturas es aplicada en la mayoría de los Estados y no contiene problemas “serios” de injusticia, además la aplicación de dicha regla no frustra las expectativas de las partes, en particular las expectativas de la empresa aseguradora, *Allstate*. (ii) la cláusula del *full faith and credit* implica que todos los Estados deben respetar los intereses legítimos de los demás Estados, pero el interés de un Estado, individualmente considerado, también es legítimo, en consecuencia, no hay violación del *full faith and credit* a menos que la elección de un derecho sobre el derecho del otro Estado afecte y/o amenace a la unidad de la federación.²⁵

²⁴ Entre los artículos que pueden consultarse de este Autor citamos: Leflar (1972, p. 457).

²⁵ Esta decisión tuvo votos disidentes por parte los Jueces Powell, acompañado de los Jueces Burger y Rehnquist.

En la sentencia *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, se marcó un hito jurisprudencial pues, fue una decisión que invalidó por primera vez la elección de derecho hecha por un Estado. La Corte de Kansas aplicó el derecho contractual del Estado de Kansas lo cual confirmó la Corte Suprema de Kansas. Tal decisión fue impugnada por *Phillips Petroleum Co.* ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar si los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban la decisión de la Corte de Kansas de aplicar su propio derecho a transacciones ocurridas fuera de su jurisdicción y que además afectaban intereses de personas que mayoritariamente también residían fuera del Estado de Kansas. La opinión de la Corte, de mano del Juez Rehnquist, sostuvo que el control constitucional sólo opera si existe un verdadero conflicto entre los potenciales derechos aplicables, y que el test aplicable para la determinación de un determinado derecho debe estar vinculado al contacto significativo o agregación de contactos de un caso con un Estado determinado, creando interés en ese Estado para la aplicación de su derecho, siempre y cuando dicha elección de derecho no sea arbitraria e injusta, excediendo lo límites constitucionales.

Según el Juez Rehnquist, en este caso no existía un contacto significativo con Kansas capaz de aplicar su propio derecho a un problema de extensión nacional, por lo tanto, revocó la decisión de la Corte Suprema de Kansas y ordenó se dictara una nueva sentencia (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 470-477; RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 277-279).

Por último, la sentencia *Sun Oil Co. v. Wortman*, se presenta nuevamente como un caso relacionado con el pago de royalties por la explotación de gas ante la corte estatal de Kansas. En este caso, la corte de Kansas aplicó su propio derecho sosteniendo que la prescripción de acciones es un problema de naturaleza procesal. La Corte Suprema de los Estados Unidos conoció del caso a fin de determinar

- a) sí los principios del *due process* y del *full faith and credit* (Enmienda XIV y Artículo IV, respectivamente) limitaban a la corte estatal de Kansas de aplicar su propio derecho en materia de prescripción de acciones visto que era su derecho sustantivo el que se aplicaba al fondo de la demanda; y
- b) sobre la base de esos mismos principios, determinar si un Estado podía interpretar el derecho sustantivo de otro Estado.

La Corte Suprema confirmó la decisión de la Corte Suprema de Kansas en relación con la afirmación de la naturaleza procesal de las normas sobre prescripción de acciones. El Juez Scalia, basó su opinión en el análisis de las cláusulas del *due process* y el *full faith and credit*, especialmente esta última, señalando de manera concluyente y sobre un razonamiento histórico (la tradición vigente cuando las normas constitucionales fueron adoptadas), que la sociedad que aprobó la Constitución no consideró a la normativa sobre prescripción de acciones (*statute of limitations*) como un problema sustantivo, todo lo contrario, se trataba de la forma como cada Estado iba a desarrollar los procesos que debían seguir sus cortes.

El Juez Scalia descartó también la posibilidad de actualizar qué nociones son sustantivas y cuáles son procesales, pues en su opinión esto escapa de las facultades dadas a esa Corte. Señaló igualmente que en materia de prescripciones aplicadas por cada Estado se sigue la tradición y práctica subsiguiente al respecto, lo cual ha permanecido así desde los orígenes de la Enmienda XIV, por lo tanto, no puede reputarse como una práctica arbitraria o injusta que cause sorpresa a cualquiera de las partes. Finalmente, los Jueces Brennan, Marshall y Blackmun consideraron en su opinión concurrente que la *lex fori* debe regir al proceso, y el hecho que un Estado sea el que va a conocer y decir un caso crea suficiente interés procesal en aplicar sus propias normas (SYMEONIDES; PERDUE;

Von MEHREN, 1998, p. 480-490; RICHMAN; REYNOLDS, 2000, p. 280-281).

En perspectiva las tres decisiones anteriores nos dejan las siguientes enseñanzas:

- a) *Allstate y Phillips* hacen énfasis en dos tipos de análisis para considerar que la elección de derecho hecha por las cortes de un determinado Estado es correcta (a) cuando hay agregación o cúmulo de contactos con dicho Estado; o (b) cuando los contactos con dicho Estado son significativos;
- b) *sun* agrega a lo anterior, de la mano del Juez Scalia, que el análisis histórico es fundamental para entender la aplicación de una determinada regla de derecho. En tal sentido, creemos que las soluciones modernas de *choice-of-law* como las de Leflar –aplicación del mejor derecho– o Currie –*interest analysis*– enfrentan un escrutinio mayor por parte de la Corte Suprema, que las reglas clásicas previstas en el Primer *Restatement of Conflict of Laws*, por ejemplo la aplicación de la solución *lex loci delicti*; las cuales a diferencia de las primeras gozarán de la ventaja histórica que las precede; y
- c) los principios del *due process* y del *full faith and credit* constituyen un límite a la jurisdicción legislativa de los Estados en tanto la elección de derecho que éstos hagan no puede conducir a resultados irracionales, injustos o que frustren las expectativas de las partes, es decir, la protección del *due process* o debido proceso, o que atenten contra la integridad de la federación y unidad de la nación, es decir la cláusula del *full faith and credit*.

De lo anterior podemos concluir que no hay una regulación constitucional expresa sobre los límites que la Constitución puede imponer a las soluciones de DIP, especialmente en el Derecho norteamericano. Por el contrario, lo que ha habido es un desarrollo

doctrinal, debates entre los constitucionalistas y los *ius privatistas*, y el desarrollo de la propia jurisprudencia.

Así, los principios generales del *due process of law* y el *full faith and credit* son desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos como un límite a la elección del Derecho que hacen los Estados en un caso determinado, elección que se denomina en ese sistema el ejercicio de la jurisdicción legislativa, cuando dicha elección se ha basado en modernas teorías de elección del Derecho, tales como el *interest analysis* y, en tal sentido, la tendencia general en las decisiones de la Corte ha apuntado hacia criterios de racionalidad y justicia en la elección del Derecho aplicable, a fin de no violar el *due process of law*, y a mantener la unidad de la federación para no atentar en contra la cláusula del *full faith and credit*.

Un mayor escrutinio a las teorías modernas sobre elección de Derecho nos puede llevar a considerar también otros principios constitucionales orientados, por ejemplo, hacia la no discriminación en materia comercial y protección de los ciudadanos, es decir, la aplicación de las “*Commerce Clause*”; la “*Equal Protection Clauses*” y la “*Privileges and Immunities Clause*”.

Finalmente, la Corte Suprema también ha sostenido que un tribunal norteamericano no puede negarse a conocer y decidir un caso con elementos de extranjería pues, ello conllevaría no sólo a una violación de la cláusula del *full faith and credit* ya comentada, sino también de la cláusulas del *Equal Protection Clauses* y del *Privileges and Immunities Clause* y del *Commerce Clause* por un tratamiento discriminatorio a una persona extrajera y residente en otro Estado, así como la negación del acceso a los órganos de justicia norteamericanos (SYMEONIDES; PERDUE; Von MEHREN, 1998, p. 292-293).

IV.2 LAS CONSTITUCIONES DE CANADÁ Y AUSTRALIA

A pesar de ser Canadá y Australia sistemas federales y anglosajones, debemos reconocer de antemano que existen diferencias entre ellos y con relación al ordenamiento norteamericano.

Principalmente, observamos que en Canadá y Australia la Corte Suprema de estos Estados juega un rol más centralizador y controlador de las decisiones del poder judicial estatal, unificando los criterios jurídicos en dichos países. La autoridad federal canadiense y australiana tiene una mayor ingerencia en la esfera de las relaciones privadas, reservada en el caso norteamericano al Derecho estatal. Adicionalmente, bajo la influencia inglesa, los Estados en Australia y las Provincias en Canadá no pueden actuar extraterritorialmente, a diferencia de los Estados Unidos (CASTEL, 1969).

A diferencia de la Constitución Americana de 1787, la Constitución de Canadá de 1867,²⁶ no contiene una cláusula de *full faith and credit* y, por lo tanto, no se aprecia una limitación de las Provincias en ese sentido a los fines de la elección del Derecho aplicable. Tampoco, consagra la Constitución de Canadá un catálogo de los derechos del hombre y ciudadano al estilo del “Bill of Rights”, los cuales apenas fueron adoptados en 1960 por una normativa de rango legal. Ello significa, según los autores, que en el sistema constitucional canadiense y, salvo por lo que respecta al debido proceso, no se impongan límites constitucionales a la elección de Derecho aplicable, en base al derecho a la vida, libertad y seguridad a las personas, como si se hace en el sistema americano (HERZOG, 1992, p. 295).

Es notorio apreciar que cuando los jueces de las Provincias canadienses han tenido que decidir sobre casos con elementos de extraterritorialidad, en particular relaciones entre las Provincias en temas, por ejemplo, contractuales y ambientales, hayan considerado que estos casos tienen una índole federal y que, por lo tanto, deben ser decididos por la autoridad central o federal.

²⁶ Ver la *Constitution Act* de 1982 (Sección 92, subsecciones 8, 12 y 13).

Por otra parte, y al igual que en el caso norteamericano, se ha considerado que el Derecho de una Provincia deberá aplicarse al caso concreto cuando éste presente contactos suficientes con dicha Provincia, o si se encuentra de alguna manera localizado en dicha Provincia. Esta posición, ha llevado a la pregunta ¿qué son contactos suficientes? Generándose entonces el mismo cuestionamiento que en los Estados Unidos acerca del tratamiento igualitario entre residentes y no-residentes, y a diferencia del caso norteamericano, a una menor tensión sobre la eventual violación del libre reconocimiento de las decisiones y actos entre los Estados que conforman la federación, pues como hemos indicado en Canadá no existe una cláusula del *full faith and credit*.

Sin embargo, los autores han sostenido que en Canadá, a pesar de la no existencia expresa en la Constitución de la cláusula del *full faith and credit*, en la práctica hay la tendencia a reconocer que las decisiones y la normativa entre las Provincias deben recibir un reconocimiento directo e inmediato, en especial porque:

- i. se trata de una misma administración de justicia, la cual a todo evento contará con el control de la Corte Suprema de Canadá; y
- ii. porque la propia Constitución de 1867 creó un mercado común entre las Provincias (HERZOG, 1992, p. 304).²⁷

En el caso australiano se ha señalado que sus normas constitucionales en materia de límites a los casos de *choice-of-law* interterritoriales, potencialmente trasladables al DIP, están poco desarrolladas. La Constitución australiana de 1900 incorporó deliberadamente, y a diferencia de la canadiense, en sus Secciones 117 y 118 cláusulas sustancialmente similares a las cláusulas norteamericanas relativas a: (i) “*privileges and immunities*”, y (ii) “*full-faith and credit*”. Adicionalmente, Australia aprobó en 1901 la

²⁷ En tal sentido, ha sido relevante la decisión de *De Savoye v. Morgard* (76 DLR (4th) 256 (1990), de la Corte Suprema de Canadá.

Ley sobre reconocimiento de Estados y Territorios. Por ende, era plausible pensar que al igual que en los Estados Unidos se desarrollaría una gama importante de *case-law*, lo cual no ha ocurrido.

A diferencia de los Estados Unidos y Canadá, en Australia, de acuerdo con la *Australia Act* de 1986, Sección 2,²⁸ se previeron ciertas facultades extraterritoriales de los Estados australianos. La jurisprudencia de la Corte Suprema australiana en estos temas no es exhaustiva, y por el contrario, ha resultado ambigua sobre las facultades de los Estados en los casos extraterritoriales y de DIP, lo cual se ha dejado el desarrollo de la normativa federal (HERZOG, 1992, p. 307 y ss.).

V CONCLUSIONES

A continuación, nuestras conclusiones:

- i. el préstamo constitucional es una de las herramientas del Derecho Comparado. En nuestro criterio esta herramienta permite el desarrollo y evolución de la estructura del Estado, a través de la revisión y mejora de su ordenamiento jurídico, y de las instituciones que lo integran;
- ii. por lo general, el uso del préstamo constitucional está relacionado con: (a) situaciones de cambios políticos trascendentales, tales como los conflictos bélicos de gran magnitud, que imponen la revisión y adopción de un nuevo ordenamiento jurídico; (b) cambios económicos, sociales y culturales, que también demandan la adaptación del sistema jurídico, por ejemplo, el auge y caída de la llamada Unión Soviética, y los procesos de integración regional, como el de la Unión Europea, Comunidad Andina de Naciones, o el MERCOSUR; (c) situaciones novedosas como los avances

²⁸ *Australia Act* es el título abreviado de dos leyes separadas pero relacionadas entre sí, la Ley del Parlamento de la Commonwealth de Australia o “*Act of the Commonwealth Parliament of Australia*”, y la otra la Ley del Parlamento del Reino Unido o “*Act of the Parliament of the United Kingdom*”.

tecnológicos planteados por la Cuarta Revolución, es decir el auge de la inteligencia artificial, el uso de cripto activos, el Internet de la cosas, y la llamada “Big Data”, que demandan una aproximación jurídica global de estos temas; y finalmente, (d) temas controversiales a los que se enfrenta una sociedad, por ejemplo, casos de discriminación racial, religiosa o de género; o inesperados como los efectos contundentes de la pandemia del COVID-19 (año 2020 y siguientes);

- iii. el préstamo constitucional se puede dar en varios niveles del ordenamiento jurídico. En este artículo hemos mencionado tres: (a) el legislativo, cuando por ejemplo se está redactando un nuevo texto constitucional, por ejemplo, el caso de la Constitución Japonesa de 1947, o más recientemente, el de la Constitución de Irak de 2005; (b) el administrativo usado para la interpretación de normas constitucionales en la generación de políticas públicas; y (c) el judicial, cuando los tribunales constitucionales hacen uso del préstamo para el análisis del caso concreto y redacción de sus sentencias, por ejemplo, el caso emblemático de la Corte Constitucional Sudáfrica del año 1995, sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de la pena de muerte en ese país;
- iv. analizamos también y para los casos de DIP, tres ejemplos de Constituciones anglosajonas, la norteamericana, la canadiense y la australiana, como un posible intento de préstamo constitucional para la mejora del sistema venezolano de DIP. Así, apreciamos que, a pesar de pertenecer a la misma familia jurídica dentro del Derecho Comparado, estas Constituciones tienen sus semejanzas y diferencias, en relación con los posibles límites a la selección y aplicación de un determinado Derecho. Como factor común entre ellas observamos el respeto al *due process of law* o debido proceso, como uno de los límites que se han establecido para la adecuada elección del Derecho aplicable. Ahora bien, como lo señaláramos en la Sec. IV de este artículo, en estos tres sistemas jurídicos

se han abordado tales límites a la aplicación del Derecho como problemas interterritoriales y de las relaciones entre el Derecho Estatal o Provincial y el Derecho Federal. Sin embargo, estas soluciones pueden llegar a trasladarse, con las precisiones de extranjería del caso, a los problemas de Derecho aplicable en el DIP;

- v. el llamado préstamo constitucional, como toda actividad humana, ha evolucionado. Así, situaciones pasadas en las que se haya podido apreciar una imposición o trasplante de normas jurídicas de un sistema a otro, se convierten hoy bajo la idea del “préstamo” en una actividad negociada, en donde se respetan las características, condiciones y realidades propias del Estado receptor. Con algo de razón algunos autores han señalado que la expresión “préstamo constitucional” es tautológica, pues, todo fenómeno de creación constitucional obedece necesariamente a un ejercicio comparado previo. La globalización, quizás, también ha acelerado los procesos de unificación y armonización normativa. A pesar de las críticas que se le puedan hacer, concluyo señalando que aprecio la importancia que tiene el Derecho Comparado para el desarrollo y mejor aplicación de las disciplinas jurídicas, a través de sus distintas metodologías y herramientas, como lo es el préstamo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

BACKENKÖHLER CASAJÚS, Christian J. Transplante jurídico. In: **Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad**, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, v. 17, p. 262-275, 2019.

CASTEL, J. G. Constitutional aspects of private international law in Australia and in Canada. In: **Recueil des Cours**, London, Ed. Springer, v. 126, p. 1-109, 1969. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia C-836/01. Doctrina Probable-Ambito de aplicación/ Doctrina Probable-Alcance. Bogotá D.C., agosto nueve (9) de dos mil uno (2001). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia N.º T-260/95. Corte Constitucional-Revisión de tutela/ Desistimiento de Tutela-Improcedencia. Santa Fe de Bogotá, D.C., a los veinte (20) días del mes de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/t-260-95.htm>>.

COLOMBIA. Corte Constitucional – Republica de Colombia. Sentencia SU354/17. Accion de Tutela Contra Providencias Judiciales-Procedencia excepcional. Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo de dos mil diecisiete (2017). Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>>.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. **Abusive constitutional borrowing**: legal globalization and the subversion of liberal democracy. Oxford: Oxford University Press, 2021.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki. **El principio del proceso debido**. Barcelona: Bosh, 1995.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. Constitutional borrowing and noborrowing. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 196-223, Apr. 2003.

ESTADOS UNIDOS. La Declaración de Independencia y la Constitución de los Estados Unidos de América. Disponible en: <<https://www.elcato.org/bibliotecadelalibertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>>.

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO. Elementos del Derecho Constitucional Comparado. Plataforma de Derecho y Ciencias Sociales. Leiderecho.org. Disponible en:

[“https://leyderecho.org/elementos-del-derecho-constitucional-comparado/”](https://leyderecho.org/elementos-del-derecho-constitucional-comparado/).

GARGARELLA, Roberto. Sobre “abusive constitutional borrowing”: algunos problemas conceptuales: parte I. In: IberICONnect, 20 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2022/01/sobre-abusive-constitutional-borrowing-algunos-problemas-conceptuales-parte-i/>.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. **Límites constitucionales del derecho internacional privado**: ¿hacia una jurisdicción especial? Cali/Medellín: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2013.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. **Límites constitucionales del derecho internacional privado**: ¿hacia una jurisdicción especial? 2. ed. Cali/Medellín: Universidad Santiago de Cali y Biblioteca Jurídica Diké, 2022.

GUERRA HERNÁNDEZ, Víctor Hugo. Rol del derecho comparado en los procesos de codificación nacional: aportes del Prof. Alfredo Morles Hernández. En: **Revista de la Facultad de Derecho**, Caracas, Ed. Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, n. 75, p. 474-494, 2022.

HASEBE, Yasuo. Constitutional borrowing and political theory. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 224-243, Apr. 2003.

HERZOG, Peter. Constitutional limits on choice of law. In: **Recueil des Cours**, London, Ed. Springer, v. 234, p. 295, 1992. (Collected Courses of the Hague Academy of International Law).

IRAQ: aprueban nueva Constitución. In: BBN Mundo.com. 25 de octubre de 2005. Disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4374000/4374920.stm.

LAYCOCK, Douglas. Equal citizens of equal and territorial states: the constitutional foundations of choice of law. In: **Columbia Law**

Review, New York, Ed. Columbia Law School, v. 92, p. 249-337, 1992.

LEFLAR, Robert. The “new” choice of law. In: **American University Law Review**, Washington (D.C.), Ed. American University Washington College of Law, v. 21, p. 457, 1972.

LLANO FRANCO, Jairo Vladimir. Constitucionalismo en América Latina, reto para la justicia constitucional. En: ESTUPIÑÁN ACHURY, Liliana; ARTURO HERNÁNDEZ, Carlos; JIMÉNEZ, William Guillermo. (Coord). **Tribunales y Justicia Constitucional: Homenaje a la Corte Constitucional Colombiana**. Tomo I. Bogotá: Ed. de la Universidad Libre / Universidad de Bolonia, 2017.

NACIONES UNIDAS. UNIFEM pide apoyo para mujeres iraquíes contra imposición de Sharia en la Constitución. 11 Agosto 2005. Disponible en: <<https://news.un.org/es/story/2005/08/1062011>>.

NEW YORK UNIVERSITY LAW SCHOOL. International Journal of Constitutional Law. Disponible en: <<https://academic.oup.com/icon/pages/About>>.

PEGORARO, Lucio. **Derecho constitucional comparado: la ciencia y el método**. México: Universidad Nacional Autónoma de México / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Astrea, 2016.

PEGORARO, Lucio. **Diritto costituzionale comparato: la scienza e il método**: Bolonia: Bolonia University Press, 2014.

REPÚBLICA DE SUDÁFRICA. Corte Constitucional de la República de Sudáfrica. The State v. T. Makwanyane and M. Mchunu, del 6-6-1995, Caso N. CCT/3/94, Juez A. Chaskalson. Disponible en: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1995/3.html>>.

RICHMAN, William; REYNOLDS, William. **Understanding conflict of law**. 2nd ed. New York: Matthew Bender, 1993. Reimpresión 2000.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Against borrowings and other

nonauthoritative uses of foreign law. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 269-295, Apr. 2003.

SCHEPPELE, Kim Lane. Aspirational and aversive constitutionalism: the case for studying cross-constitutional influence through negative models. In: **International Journal of Constitutional Law**, New York, Ed. Oxford University Press and New York School of Law, v. 1, p. 296-324, Apr. 2003.

SWEEZY, Paul; MAGDOFF, Harry; FOSTER, John Bellamy; McCHESNEY, Robert. Irak, en el mundo unipolar de Washington. Disponible en: <<https://www.monthlyreview.org.es/1-guerra-de-irak>>.

SYMEONIDES, Symeon C.; PERDUE, Wendy Collins; Von MEHREN, Arthur T. **Conflicts of laws: american, comparative, international**. 2nd ed. West, 1998.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). June 26, 2003. Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>>.

UNITED STATES. U. S. Supreme Court. Roper v. Simmons, 543 U.S. 551 (2005). Disponible en: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>>.

VENEZUELA tuvo un 70% más de protestas durante en 2011. Noticias La Tercera Caracas, 14 Ene. 2012. Disponible en: <<https://www.latercera.com/pulso/venezuela-tuvo-un-70-mas-de-protestas-durante-en-2011/>>.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press, 1993.

Recebido em: 7-3-2024

Aprovado em: 21-6-2024