

interno que se aplicaban por analogía a los conflictos de leyes, en lo referido a los efectos personales, las siguientes: consagración del domicilio separado de los cónyuges (Art. 33 del Código Civil), así como deberes y derechos de los cónyuges (Arts. 137 a 140A, ambos inclusive), cuya aplicación ha sido interpretada por la doctrina como de orden público internacional, en ausencia de norma legal expresa en materia de Derecho Internacional Privado. En cuanto a los efectos patrimoniales, tampoco existía una solución conflictual y se tenían presentes las soluciones contenidas en los artículos 141 a 183, ambos inclusive, del Código Civil, resultando especialmente importantes los artículos 143, 144 y 145, referidos a las formalidades requeridas para la constitución de las capitulaciones matrimoniales, oportunidad para su registro y limitación de su oponibilidad a terceros. Sin embargo, es conveniente destacar la dualidad de soluciones que, en cuanto a la ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio parecía existir cuando el caso se planteaba con relación a Estados que no son parte del Código Bustamante.

En efecto, al buscar la correspondiente solución aplicando el orden de prelación de las fuentes de Derecho Internacional Privado en Venezuela, resultaban inaplicables los tratados, porque el único instrumento de Derecho convencional vigente para Venezuela y que regula la materia, es el mencionado Código Bustamante; así mismo era inaplicable el Derecho interno, porque no había norma expresa que previese solución alguna de Derecho Internacional Privado, ni había norma análoga que pudiese ser tenida en cuenta. No quedaba, por tanto, otra opción que buscar dicha solución en los principios generales del Derecho Internacional Privado, dentro de los cuales podía aplicarse el contenido del artículo 187 del Código Bustamante o el del artículo 10 del Código Civil, referido este último a la aplicación de la ley del lugar de la situación para regir los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela. De estas dos soluciones algunos autores se pronunciaban a favor del artículo 187 del Código Bustamante porque éste le proporciona el tratamiento de universalidad a los bienes en cuestión, mientras que el artículo 10 del Código Civil los considera en forma individual (Sansó, 1978: 663-664; Ochoa, 2003: 65).

pag 555

584

DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

Haydée Barrios

23

ARTÍCULO 23

El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda.

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.

SUMARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. ASPECTOS DE DERECHO MATERIAL MÁS RELEVANTES. 1. CONCEPTO DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN DE CUERPOS. 2. IMPORTANCIA DE LA CONSAGRACIÓN DEL DIVORCIO EN EL DERECHO MATERIAL. 3. LAS CAUSALES DE DIVORCIO. III. ALCANCE DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO DE LEYES. 1. ANTECEDENTES. 2. DERECHO COMPARADO. 3. INTERPRETACIÓN DEL FACTOR DE CONEXIÓN. 4. DERECHO APLICABLE A LAS CAUSALES DE DIVORCIO Y DE SEPARACIÓN DE CUERPOS. 5. DERECHO APLICABLE A LAS MEDIDAS PREVENTIVAS. 6. DERECHO APLICABLE A LOS EFECTOS DEL DIVORCIO Y DE LA SEPARACIÓN DE CUERPOS. IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO. V. FUENTES SUPRANACIONALES. VI. FUENTES NACIONALES. JURISPRUDENCIA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 23 contiene una solución de Derecho Internacional Privado bastante singular, la cual no tiene antecedentes en el Derecho venezolano.

La disposición consta de una norma de conflicto y una norma material. La norma de conflicto tiene un supuesto de hecho complejo, ya que se refiere a dos conceptos jurídicos distintos como son: el divorcio y la separación de cuerpos. Sin embargo, la norma tiene un solo factor de conexión, que es el domicilio del cónyuge que intenta la demanda.

La norma material auxilia a la de conflicto en su aplicación, al establecer el transcurso de un año en el territorio de un Estado al que haya ingresado el cónyuge demandante con el objeto de establecer en él la residencia habitual, para que pueda aplicarse el Derecho de dicho Estado al divorcio o a la separación de cuerpos que se demandare.

Debido a las repercusiones que tiene el contenido de cada una de estas normas se les analizará por separado.

II. ASPECTOS DE DERECHO MATERIAL MÁS RELEVANTES

El divorcio y la separación de cuerpos son instituciones que forman parte del estatuto personal, si bien cada una de ellas no sólo puede referirse a un supuesto distinto, sino que su concepto e interpretación pueden no ser únicos para los distintos países, ocasionando, por tanto, regulaciones y efectos diferentes.

1. Concepto de divorcio y separación de cuerpos

En sentido estricto, el divorcio afecta el vínculo conyugal que existe entre personas que han contraído un matrimonio válido, y procede conforme a causales predeterminadas. Se le denomina también divorcio perfecto o vincular. Si bien la legislación de casi todas las épocas y países ha considerado el vínculo conyugal perpetuo, esa perpetuidad no se ha interpretado como sinónimo de indisolubilidad del vínculo, admitiéndose “que la intención original de los cónyuges puede modificarse durante la vida matrimonial, dando así lugar a la disolución del vínculo en vida de ambos esposos” (López Herrera, 1970: 543 y 544).

La separación de cuerpos, llamada también divorcio imperfecto o separación de lecho y mesa, no afecta el vínculo conyugal y ocasiona solamente la cesación de ciertos efectos personales del matrimonio, entre ellos, la convivencia.

2. Importancia de la consagración del divorcio en el derecho material

En la legislación material venezolana se evidencia la distinta acogida que han tenido estas dos instituciones. En efecto, la primera vez que apareció algo concerniente a la afectación del matrimonio, fue en el Código Civil de 1862, el cual previó la disolución del matrimonio en el Libro Primero, Título III, Lei III, artículo 1, el cual dispuso que: “El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges. Acerca de las demás causas de disolución del matrimonio, toca a la autoridad eclesiástica juzgar, y la disolución pronunciada por ella produce los mismos efectos que la disolución por causa de muerte” (Código Civil, 1998: 27). El contenido de esta disposición se repitió casi idéntico en el artículo 95 de Código de Civil de 1867; sin embargo, fue en este mismo Código que apareció, por primera vez, la referencia al divorcio. Es así que el Título III del Libro Primero, se denominaba “Del Divorcio”, y su artículo 81 disponía que: “El divorcio no disuelve el matrimonio, pero suspende la vida común de los casados” (Leyes y Decretos, 1943: T. III, 473). Lo que consagraba esta disposición era pues, la separación de cuerpos, pero bajo el nombre de divorcio, el cual correspondía, en todo caso, a un divorcio imperfecto. Esta regulación pasó al Decreto Ley sobre Esposales y Matrimonio Civil del 1º de Enero de 1873, cuya Sección X se refirió al divorcio, reproduciendo en su artículo 92 el texto del mencionado artículo 81 del Código Civil de 1867.

La norma volvió de nuevo al Código Civil en el mismo año 1873 y se mantuvo en los sucesivos Códigos Civiles hasta el de 1896. La situación cambió en el Código Civil de 1904, el cual consagró en una misma Sección tanto el divorcio vincular, como la separación de cuerpos. Las disposiciones que previeron dichas instituciones fueron los artículos 151 y 156, respectivamente, cuyos textos fueron los siguientes: “Artículo 151. El matrimonio válido, se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, o por el divorcio declarado en sentencia firme” (Código Civil, 1998: 27); “Artículo 156. La separación de cuerpos suspende la vida común de los casados” (Leyes y Reglamentos, 1943: T. II, 650).

A partir de ese momento, en el Derecho venezolano se han mantenido ambas instituciones, reguladas en los artículos 184 y 188 del Código Civil vigente, que se reformó en 1982, cuyos textos son los siguientes: “Artículo 184. Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio”; “Artículo 188. La separación de cuerpos suspende la vida común de los casados”.

La consagración del divorcio en el Derecho interno venezolano va a tener repercusiones en su Derecho Internacional Privado, y lo mismo ocurrió en otros países. De hecho, a los países se les ha agrupado en divorcistas y no divorcistas, según su derecho admitiera o no la disolución del vínculo conyugal. Entre los primeros han destacado los casos de Francia, Suecia y la Unión Soviética. El caso francés destaca por tener una larga tradición en la materia, la cual se remonta a la Revolución Francesa, por lo que su primera consagración legislativa se produjo en la Ley de 20 de septiembre de 1792, en la cual ya se reconocía el divorcio como causa de extinción del matrimonio (López Herrera, 1970: 552).

En Suecia, de acuerdo a una ley dictada en 1973, se eliminaron, desde ese entonces, las causas de divorcio. Por ello, el matrimonio podía disolverse a petición de cualquiera de los cónyuges o de ambos, y el plazo para la conversión de la separación en divorcio se redujo a seis meses, produciéndose de manera automática, a menos que hubiese oposición de uno de los cónyuges o existieran hijos menores de 16 años (Sanquillo y Rey, 1981: 22). Finalmente, en la extinta Unión Soviética se promulgó en 1968 una ley que regulaba un procedimiento administrativo de divorcio muy rápido, para los matrimonios que no tuvieren hijos menores, bastando una solicitud en el Registro Civil, donde se inscribía el respectivo divorcio en el plazo de tres meses (Sanquillo y Rey, 1981: 23).

Estas posiciones contrastan con las de otros países, que sólo admitieron el divorcio bien entrado el siglo XX. Entre estos, cabe mencionar los casos de Portugal, Italia y España. En Portugal fue su Constitución de 2 de abril de 1976, la cual se estableció en su artículo 36.2 la disolución del matrimonio por muerte o por divorcio, cualquiera fuera la forma de su celebración (Sanquillo y Rey, 1981: 14).

En Italia, la Ley No. 898, de 1º de diciembre de 1970, fue la que introdujo el divorcio, tanto para el matrimonio civil como para el canónico (Clerici, 1996: 168). En cuanto al caso de España, la situación del divorcio ha sido fluctuante, ya que si bien el mismo lo introdujo la Constitución de la II República de 9 de diciembre de 1931, dictándose, como consecuencia, la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, en 1938 y 1939 se dictaron sendas leyes que derogaron la Ley de Divorcio y disposiciones complementarias, quedando de nuevo vigente el Código Civil el cual no admitía la disolución del vínculo, ni para el matrimonio canónico, ni para el civil. Fue casi cuatro décadas después, cuando la Constitución de 1978 previó que la ley regularía, entre otras cosas, las causas de separación y disolución y sus efectos (Sanquillo y Rey, 1981: 24-26).

3. Las causales de divorcio

Otro aspecto importante del Derecho material con repercusiones en el Derecho Internacional Privado es el relativo a las causales que pueden dar lugar al divorcio o a la separación de cuerpos. Sobre este particular se observan distintas posiciones en el Derecho Comparado. Además, el mismo conecta con los fundamentos de las mencionadas instituciones, los cuales, a su vez, tienen en cuenta la importancia o no del mantenimiento del vínculo conyugal. En tal sentido, si no es importante mantenerlo, la disolución del vínculo puede sobrevenir hasta por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

Por el contrario, cuando se busca preservar el vínculo matrimonial, el divorcio es una institución de carácter excepcional. Ahora bien, la distinta manera de interpretar tal excepcionalidad origina dos posturas: una según la cual se enfoca la disolución del vínculo matrimonial a través de la idea de castigo, y la otra que lo considera como un remedio, de allí que se haga referencia al divorcio sanción y al divorcio remedio (López Herrera, 1970: 555-556).

Ambas posturas se manifiestan a través de las causales de divorcio, de manera que si el mismo procede por adulterio, injuria o abandono, lo que se persigue es sancionar al cónyuge incurso en tales hechos. En cambio, si se admite el divorcio por interdicción, alcoholismo o ruptura de la vida en común, la finalidad perseguida es poner fin a una situación que resulta difícil de sobrevenir para uno o para ambos cónyuges.

En la solución que ha tenido esta materia a través de los años, se ha puesto en evidencia que gran parte de los ordenamientos jurídicos aceptan causales de uno y otro grupo, si bien puede encontrarse tendencias donde predomina uno de ellos. Esta es la situación del Derecho venezolano, cuyos Códigos Civiles del siglo XIX (desde el de 1867 al 1896) optaron por causales que permitían un divorcio sanción, equivalente, como antes se dijo, a un divorcio no vincular o impropio.

En apoyo a tal posición, en todos esos Códigos Civiles se previó, expresamente, que “la demencia, la enfermedad o cualquier otra calamidad semejante no autorizan el divorcio” (esto es, la separación de cuerpos).

A partir del Código Civil de 1904, se incorporó la causal de condenación a presidio, así como la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, luego de transcurrido un cierto número de años después de declarada la separación, el cual fue de 5 años en los Códigos Civiles de 1904,

1916 y 1922, luego de 2 años en el Código de 1942, disminuyéndose a un año en el Código reformado en 1982. Si bien en este último Código, que es el vigente, de las siete causales de divorcio, cuatro se relacionan con el divorcio sanción y tres con el divorcio remedio, puede afirmarse que la tendencia del legislador se inclinó más hacia el divorcio sanción, si tomamos en cuenta el encabezamiento del artículo 191 *eiusdem*, en el cual se dispone que:

La acción de divorcio y la de separación de cuerpos, corresponde exclusivamente a los cónyuges, siéndoles potestativo optar entre una u otra; pero no podrán intentarse sino por el cónyuge que no haya dado causa a ellas.

A dichas causales se añade la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, luego de un año de habérsela declarado, así como una modalidad prevista en el artículo 185-A, que se aproxima más al divorcio remedio, ya que permite el divorcio por el alegato de la ruptura prolongada de la vida en común durante un lapso mayor a los 5 años. En estos dos casos, el divorcio puede ser solicitado por cualquiera de los cónyuges, lo cual contrasta con lo previsto en el artículo 191 antes mencionado.

Con relación a las causales de divorcio previstas en el Código Civil venezolano, cabe tener presente una norma del Código de Procedimiento Civil de este país que ha tenido gran importancia en el Derecho Internacional Privado. Se trata del artículo 755 cuyo texto prevé que: "El Tribunal no admitirá ninguna demanda de divorcio o de separación de cuerpos que no esté fundada en alguna de las causales establecidas en el Código Civil". Esta disposición, junto con la del artículo 754 del mismo Código, el cual declara como juez competente para conocer de los juicios de divorcio y de separación de cuerpos, el que ejerza la jurisdicción ordinaria en primera instancia, en el lugar del domicilio conyugal, fueron utilizadas por los Tribunales venezolanos, con apoyo en la doctrina del mismo país, en todos los casos de divorcio o de separación de cuerpos con elementos de extranjería que se planteaban en el territorio de este Estado, debido a la ausencia de normas expresas de derecho interno que regularan la materia. Por la importancia de estas dos previsiones, haremos su comentario junto con el del alcance de la solución de conflicto, contenida en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Para contrastar la situación del Derecho venezolano con lo previsto en materia de causales de divorcio en la legislación de otros Estados, resulta

interesante señalar el caso de España, país que durante muchos años se consideró antidivisorista.

La ley de 7 de julio de 1981 introdujo el divorcio en la legislación española. Las causas de divorcio están contenidas en el artículo 86 de dicha ley, de ellas las cuatro primeras, se refieren al cese efectivo de la convivencia conyugal durante distintos plazos, mientras que la quinta se refiere a la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. Por lo tanto, se considera que dichas causas "se basan centralmente (exceptuada la 5^a del Art. 86) en la existencia del cese efectivo de la convivencia conyugal, independientemente, en principio, del motivo que lo haya provocado (así el no entendimiento entre esposos, el haber surgido entre ellos obstáculos que imposibiliten o hagan penosa la vida en común, la infidelidad conyugal de alguno, los malos tratos, o el simple hastío, indiferencia o cansancio de la vida matrimonial en general o de la vida con aquel cónyuge, etc.). Se trata de haber pretendido hacer lo que se ha dado en llamar un divorcio-remedio, para poner fin a un matrimonio que ya estaba roto, aunque subsistía, y, a la vez, un divorcio aséptico o inculpable, en el que no haya que entrar en el por qué del fracaso conyugal, ni en a quién es imputable, aunque lo sea ciertamente, cuando lo sea, a alguno de los esposos en particular, porque –se afirma– lo que importa es que existe la ruptura entre los casados". Todo eso, sin embargo, en alguna medida, son puras palabras que realmente, en casos, ocultan una facilitación real de la posibilidad de romper el vínculo conyugal, en vez de intentar preservarlo, contra las diferencias entre los esposos, que quizás se solventarían en bien de la familia, si no fuese tan sencillo conseguir la extinción del matrimonio (Albaladejo, 2002: 77 - 78).

Se evidencia así que, aun cuando las causales de divorcio cambien y se simplifiquen, las razones que motivan su inclusión varían de un país a otro, pudiendo ello constituirse en obstáculos al momento de aplicarse el respectivo Derecho, por mandato de una norma de conflicto.

III. ALCANCE DE LA SOLUCIÓN DE CONFLICTO DE LEYES

El artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado contiene una solución de conflicto de leyes muy particular, al disponer la aplicación del Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, a los sujetos del divorcio y de la separación de cuerpos.

1. Antecedentes

A los efectos de comprender mejor la particularidad y alcance de dicha solución, es conveniente señalar, en primer lugar, que en el Derecho venezolano no hubo, hasta la fecha en que fue aprobada la Ley de Derecho Internacional Privado, disposición especial en dicha materia que regulase lo relativo al divorcio y a la separación de cuerpos. Debido a este vacío, a dichas instituciones se les aplicaba las correspondientes normas de Derecho material, especialmente, los artículos 754 y 755 del Código de Procedimiento Civil.

La primera de estas normas se aplicaba para delimitar la competencia procesal nacional, en materia de divorcio y separación de cuerpos, atribuyéndosela al Tribunal con jurisdicción ordinaria en primera instancia, del lugar del domicilio conyugal. Para su mejor aplicación, la misma norma define lo que debe entenderse por tal domicilio, como: "... el lugar donde los cónyuges ejercen sus derechos y cumplen con los deberes de su estado".

La segunda de ellas, constituye una norma de orden público interno, dirigida a impedir que los cónyuges puedan divorciarse o separarse de cuerpos, por causales distintas a las que la propia ley establece.

Ahora bien, cuando a falta de norma expresa de Derecho Internacional Privado, los Tribunales venezolanos aplicaban los mencionados artículos a los casos con elementos de extranjería, parece que pocas veces se indicó la fuente de Derecho Internacional Privado utilizada, esto es, si se hacia por vía analógica o de los principios generales del derecho (Guerra, 2000: 146, 181, 189, 198). Ello hubiere resultado interesante para comprender cómo justificaban estos Tribunales, la aplicación de la ley del domicilio conyugal a estas instituciones contenidas dentro del estatuto personal, cuando el Derecho venezolano, vigente en esa época, acogía como ley personal la nacionalidad y no el domicilio. A tal punto se consideró contrapuesta la aplicación del domicilio conyugal como factor de conexión personal, para los casos de divorcio y separación de cuerpos en el Derecho Internacional Privado venezolano, frente a la nacionalidad, que se interpretó como una tendencia del sistema jurídico de este país hacia el territorialismo, erigiéndose como caso emblemático de lo que el Doctor Lorenzo Herrera Mendoza denominó "híbridismo antagónico". Al respecto, este autor afirmó que "como todos sabemos, la solución territorialista en la materia del divorcio, está ya fuertemente arraigada en la jurisprudencia del poder judicial venezolano" (Herrera Mendoza, 1943: 204).

Así pues, en la práctica, la aplicación de la ley del domicilio conyugal con base a lo dispuesto en el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil venezolano, constituyó antecedente a la solución contenida en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la cual armoniza con el cambio de factor de conexión personal propiciado por dicha ley, que sustituyó la nacionalidad por el domicilio. La novedad introducida en dicha Ley es que los supuestos de divorcio y separación de cuerpos pasan a estar regidos por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda y no por el del domicilio conyugal.

Esta norma tiene su origen, dentro del Derecho venezolano, en el artículo 21 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-65, en el cual tan solo se sustituyó la palabra "ley" por "Derecho".

En lo concerniente a la norma de Derecho material que acompaña la norma de conflicto del artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, su incorporación a este artículo si constituye un cambio importante con relación a lo previsto en el mencionado Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-65, en el cual, dicha norma material aparecía identificado como artículo 8, bajo el título "cambio de domicilio", el cual formaba parte del Capítulo II, denominado "Del Domicilio".

La Exposición de Motivos del mencionado Proyecto de Ley de Normas hacía una referencia general a su artículo 21, en los siguientes términos: "En materia de personas, familias y sucesiones, las modificaciones más importantes derivan de la aplicación del principio domiciliario" (Maekelt, 1995: 134). En cuanto al artículo 8, en la misma Exposición de Motivos se expresaba que: "Se ha creído, en tal sentido, impracticable llegar a una regulación que fije en forma indubitable el domicilio de cada persona y los momentos cuando ese domicilio se adquiere o se transfiere, pero se ha establecido, al menos, para evitar fraudes y discusiones improcedentes, que el cambio de domicilio sólo surte efectos después de un año de haber ingresado en el territorio del Estado respectivo" (Maekelt, 1995: 133).

A esta disposición del Proyecto de Ley de Normas se refirió el siguiente comentario: "A fin de evitar fraudes mediante traslado intencionado del domicilio, el Proyecto estatuye que el cambio de domicilio sólo produce efectos después de un año de haber ingresado en el país donde se adquiere el nuevo domicilio. He aquí uno de los supuestos en los que el Proyecto tiene en cuenta la conexión fraudulenta a la que, al contrario, no alude en su Parte General" (Goldschmidt, 1985: 85-86).

Asimismo, se observó que: "...para lograr un cambio eficaz del domicilio se exige no sólo la modificación de las condiciones de vida sino el ingreso con el propósito de fijar en el nuevo país la residencia, más el transcurso de un año (Art. 8)". Finalmente, el artículo 21 dispone que "El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio del cónyuge que intenta la demanda".

Según esta disposición basta que el cónyuge venezolano que pretende deshacer su matrimonio traslade su domicilio al país que corresponda más a sus deseos. Después de un año (Art. 8) podrá divorciarse basándose en esta disposición" (Neuhaus, 1970: 63).

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado señala que: "Debido a que el divorcio se rige por el Derecho del domicilio del cónyuge demandante (Art. 23), solución ésta que resulta más apropiada para nuestro país debido al gran número de matrimonios mixtos, se ha considerado necesario regular los efectos del cambio de domicilio con fines fraudulentos" (Ley de Derecho Internacional Privado, 2001: 69).

De la comparación de lo previsto en ambos instrumentos, esto es, en el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, 1963-65 y en la Ley de Derecho Internacional Privado, en la materia que se analiza, podemos concluir que la diferencia entre ambos está en que la exigencia de que se cumpla un lapso mínimo de un año, acompañado de un determinado propósito para evitar que se cambie el domicilio con objetivos fraudulentos, dejó de ser de aplicación general a cualquier supuesto de hecho regulado por el Derecho del domicilio, para circunscribirlo, exclusivamente, al caso del divorcio y de la separación de cuerpos.

2. Derecho comparado

Tal y como quedó estructurado el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, se observó lo siguiente: "El divorcio y la separación de cuerpos se someten al Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, solución que se adopta en virtud de su identificación con la realidad del país. Además, evita la contradicción que había existido en el sistema anterior, que dejaba de aplicar la ley nacional de los cónyuges, a pesar de haber sido el factor personal de carácter general, a favor del derecho del domicilio conyugal. A la solución actual se le critica "la invitación"

"para elegir el derecho aplicable en fraude a la ley, ya que basta con que el cónyuge demandante se domicilie en un Estado que prevé una regulación más favorable a sus fines, para que sea ésta la que se aplique. Sin embargo, la posibilidad de un cambio fraudulento queda disminuida al establecer que dicho cambio sólo produce efectos después de un año de haberse efectuado" (Maekelt, 2002: 97 - 98).

La interpretación que el Derecho interno hace del divorcio y la aceptación o no del mismo, tiene repercusiones en el Derecho Internacional Privado, ya que tales aspectos condicionan la solución de conflicto de leyes que se admite. De manera que pueden presentarse no sólo problemas de calificación de estos conceptos jurídicos, sino también de orden público internacional, ya sea, al impedir el divorcio a personas cuya ley personal se lo permitiría, o al negársele efectos a sentencias de divorcio emanadas de Tribunales con jurisdicción para conocer y resolver el caso en cuestión. En tal sentido, resulta oportuna la siguiente reflexión: "Los conflictos en la manera de observar y regular las relaciones sociales, son conflictos de civilizaciones que están detrás de los conflictos de leyes en materia de crisis matrimoniales y son difíciles de resolver con los métodos tradicionales del Derecho Internacional Privado, los cuales se basan en la selección de una ley aplicable a la institución de que se trate" (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2000: 91).

En lo referido a los factores de conexión utilizados para regir los casos de divorcio y de separación de cuerpos, las soluciones son variadas en el Derecho comparado. Algunos países optan por aplicar un solo Derecho, éste puede ser el del domicilio conyugal, como en el caso del Código Civil argentino (Art. 164), Código Civil colombiano (Art. 163), Código Civil panameño (Art. 11), Código Civil peruano (Art. 2081), Código Civil uruguayo (Art. 2396), Código Civil paraguayo (Art. 166); la *lex fori*, como en el caso del Código Civil yemenita (Art. 26); y la solución del Código Civil de Louisiana (Arts. 3522 y 3519), que prevé la aplicación del derecho del Estado cuyas finalidades legislativas serían más seriamente afectadas si su derecho no fuera aplicado al caso particular (Maekelt y otros, 2000: T.I, 252 y 253).

Otros países prevén una conexión principal y otras subsidiarias, encontrándose casos en los cuales las conexiones utilizadas no son personales. Dentro de este grupo de conexiones múltiples pueden mencionarse las contenidas en los siguientes instrumentos: Código Civil de Portugal, artículos 55 y 52: nacionalidad común, en su defecto residencia habitual común

y, a falta de ésta, la ley del país donde la vida familiar se encuentre más estrechamente vinculada (Maekelt y otros, 2000: T. I., 196); Código Civil alemán, artículo 17: derecho aplicable a los efectos generales del matrimonio en el momento de la introducción de la demanda, si éste no permite pronunciar el divorcio, se aplica derecho alemán si, en ese momento, el demandante es alemán o si lo era al momento de la celebración del matrimonio (Maekelt y otros, 2000: T. I, 223); Código Civil de Québec, artículo 3090: domicilio de los cónyuges, en su defecto, lugar de residencia común, en su defecto, última residencia común y, en su defecto, *lex fori* (Maekelt y otros, 2000: T. I, 262); Código Civil español, artículo 107: nacionalidad común de los cónyuges al momento de presentar la demanda, a falta de ésta, residencia habitual del matrimonio, en su defecto, la ley española si los Tribunales españoles son competentes (Maekelt y otros, 2000: T. I, 311); Ley polaca de Derecho Internacional Privado, artículo 18: nacionalidad común al momento de la demanda de divorcio, en su defecto, domicilio común y si no lo tiene, la Ley polaca (Maekelt y otros, 2000: T. I, 331); Decreto húngaro sobre Derecho Internacional Privado, artículo 40: nacionalidad común para el momento de la demanda, en su defecto, última nacionalidad común, a falta de ésta, el derecho húngaro y, si no es el caso, último domicilio común y, en su defecto, *lex fori* (Maekelt y otros, 2000: T. I, 354 y 355); Ley yugoslava sobre la solución de conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de estado civil, de familia y de sucesiones, artículo 18: domicilio común de los cónyuges al momento de la demanda, en su defecto, último domicilio común y, si no han tenido domicilio común, nacionalidad común, en su defecto, lugar de celebración del matrimonio; artículo 19: si los cónyuges no han tenido domicilio común en la República Federal Socialista de Yugoslavia y si no son naturales de dicha República, y el matrimonio se celebró ante una autoridad extranjera, el divorcio y sus efectos se someterán al derecho de la República o de la provincia autónoma en la cual esté el domicilio de uno de los cónyuges, si ninguno de ellos tiene domicilio allí, se aplicará el derecho de la República o provincia autónoma del tribunal donde se encuentre la acción (Maekelt y otros, 2002: T. I, 366 y 367); Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 61: *lex fori*, a menos que los cónyuges tengan nacionalidad extranjera común y sólo uno de ellos esté domiciliado en Suiza, caso en el cual la nacionalidad común es la conexión aplicable; si este derecho nacional extranjero común no permite la disolución del matrimonio o la somete a condiciones extraordinariamente severas, se aplica el derecho suizo si uno de

los cónyuges es suizo o residente desde hace dos años en Suiza (Maekelt y otros, 2000: T. I, 385 y 386); Ley italiana de Derecho Internacional Privado, artículo 31: nacionalidad común al momento de la demanda de separación de cuerpos o de disolución, en su defecto, la ley del Estado donde la vida conyugal resulte localizada de manera preponderante; si la ley extranjera aplicable no prevé la separación de cuerpos y la disolución del matrimonio, estos se rigen por la ley italiana (Maekelt y otros, 2000: T. I, 427).

Un tercer grupo de países lo integran aquellos cuyo Derecho no prevé una solución de conflicto de leyes en materia de divorcio y de separación de cuerpos, sino que hacen referencia a la validez o no que pueden reconocerle a las disoluciones del matrimonio pronunciadas por autoridades extranjeras. Tal es el caso, entre otros, del Código Civil chileno (Arts. 120 y 121), Código Civil brasileño (Art. 7), Código Civil ecuatoriano (Arts. 92 y 93) y Código Civil cubano (Art. 64).

3. Interpretación del factor de conexión

La solución del Derecho venezolano se aparta de todas las soluciones de conflicto de leyes antes mencionadas, ya que la conexión utilizada es el domicilio del cónyuge demandante, y a la que más se asemeja es a la fórmula subsidiaria contenida en la segunda parte del artículo 20 de la Ley Federal austriaca, de 1978, la cual prevé que: "Si de acuerdo con este derecho (el aplicable a los efectos personales del matrimonio en el momento del divorcio), el divorcio no puede ser resuelto sobre la base de los hechos presentados, o si no existe ninguno de los puntos de conexión previstos en el artículo 18, el divorcio se rige por el estatuto personal del cónyuge demandante en el momento del divorcio (Maekelt y otros, 2000: T. I, 338).

Respecto a la solución contenida en el artículo que analizamos, se formula un comentario por demás interesante, ya que proviene de uno de los miembros de la comisión redactora del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, elaborado en 1963, según el cual: "Este precepto, incluido ya en el Proyecto de 1963, debe leerse en conexión con el primer párrafo del artículo 42 y con el segundo párrafo del artículo 52, para concluir que la demanda debe ser interpuesta ante el Tribunal venezolano competente *ratione materiae* del domicilio del cónyuge que la presenta. Una solución similar es adoptada en el artículo 2, parágrafo 1, letra a), ordinal 5 de la Convención de 28 de mayo de 1998, sobre Jurisdicción,

Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Matrimoniales, recomendada a los Estados Miembros de acuerdo con los respectivos trámites constitucionales, por el Consejo de la Unión Europea, con fundamento en el artículo K.3 del Tratado de Maastricht (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C 221, 16/07/1998: 2-3). Las razones que justifican la solución son las mismas en ambos casos: toma en cuenta la inmensa movilidad de las personas en los tiempos actuales y pretende resolver el problema que surge cuando uno de los cónyuges, como consecuencia de una crisis matrimonial estable y permanente, regresa al país donde se encontraba domiciliado antes de la celebración del matrimonio (A. Borrás, Informe explicativo relativo al convenio concluido sobre la base del artículo K.3 del TUE relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, C221, 16/07/1998, No. 32: 38) (Parra-Aranguren, 1999: 283).

Con relación a las afirmaciones transcritas, podemos observar tres cosas, la primera de ellas se refiere a los artículos citados por el autor, para ser leídos junto con el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado. En efecto, se menciona el primer párrafo del artículo 42 y el segundo párrafo del artículo 52 *eiusdem*. En lo que hace al primer párrafo del artículo 42 de la citada Ley, encontramos el paralelismo como criterio de jurisdicción, que permite a los Tribunales venezolanos conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares, cuando el Derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de la misma Ley para regir el fondo del litigio. En este caso es perfectamente comprensible la relación entre lo previsto en el mencionado párrafo y el artículo 23, por cuanto de resultar aplicable el Derecho venezolano para regir lo relativo al divorcio y a la separación de cuerpos, debido a que el cónyuge demandante tiene su domicilio en Venezuela, los Tribunales de este país tendrán jurisdicción para conocer del caso en cuestión. Por el contrario, no hay relación alguna entre la solución del conflicto de leyes y la del conflicto de jurisdicciones, cuando el cónyuge demandante no tiene su domicilio en Venezuela, caso en el cual podrán los Tribunales venezolanos tener jurisdicción, si es el cónyuge demandado el que está domiciliado en Venezuela (Art. 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado) o, si se configura la sumisión condicionada (parágrafo segundo del Art. 42 de la misma Ley).

En cuanto a la mención que se hace del segundo párrafo del artículo 52 de la citada Ley, es probable que el autor quiso referirse al primer párrafo del artículo 51, el cual prevé lo relativo a la fijación de la competen-

cia interna del Tribunal que debe conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre el estado civil de las personas o las relaciones familiares, cuando la jurisdicción procede conforme al criterio del paralelismo, y de allí su conexión con el artículo 23, mientras que la materia a la que alude el artículo 52 no tiene relación alguna con esta disposición de la Ley de Derecho Internacional Privado.

La segunda observación que nos merece el citado párrafo, se relaciona con la similitud que se establece entre la solución contenida en el tantas veces mencionado artículo 23 y la del ordinal 5, letra a), párrafo 1, del artículo 2 de la Convención de 28 de mayo de 1998, sobre Jurisdicción, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos Matrimoniales, recomendada a los Estados Miembros de la Unión Europea. Si bien es cierto que el mencionado artículo 2 de dicho convenio, establece entre los principios de competencia judicial "la residencia habitual del demandante si ha residido al menos un año inmediatamente antes de la demanda", en este caso se trata de resolver un problema de jurisdicción, mientras que el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado utiliza la residencia habitual del demandante como fórmula de solución a un conflicto de leyes. Se trata pues de solucionar dos problemas muy distintos, aun cuando pueden estar relacionados entre sí y, además, en el caso del citado artículo 2, dicho principio es uno de los seis que utiliza la norma para determinar la jurisdicción de los Tribunales, mientras que en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es la única indicación acerca del Derecho aplicable que contiene esta norma.

Esta segunda observación se relaciona con la tercera que consideramos conveniente formular, y se refiere a la última parte del párrafo transcrita, en la cual parece recogerse algunas ideas contenidas en el Informe explicativo de la citada Convención de la Unión Europea. Se alude allí a que la inmensa movilidad de las personas en los tiempos actuales y el que se pretenda resolver el problema que surge, cuando uno de los cónyuges regresa al país en el cual se encontraba domiciliado antes de la celebración del matrimonio, debido a una crisis matrimonial estable y permanente, son razones que justifican la solución contenida en ambos instrumentos. Sin embargo, insistimos en que son diferentes las consecuencias que acarrea la utilización de la residencia habitual del demandante, como criterio de jurisdicción y como fórmula para solucionar un conflicto de leyes. En efecto, en el primer supuesto se trata de que uno de los principios o criterios de jurisdicción, asegure que existan Tribunales con competencia procesal internacional que puedan conocer de un divorcio o de una separación de

cuerpos, cuando la persona que desea demanda sale del territorio del Estado donde ha estado últimamente domiciliada y regresa al Estado de su anterior domicilio. En el segundo caso, se trata de decidir el ordenamiento jurídico nacional, sea el propio o uno extranjero, al cual se le atribuirá la regulación de un supuesto que contiene elementos de extranjería. Por lo tanto, si bien la solución de conflicto de leyes prevista en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado favorece que en aquellos casos de cónyuges que habían fijado su domicilio en otro Estado como consecuencia de un matrimonio y regresan a Venezuela, como consecuencia de una crisis matrimonial, estable y permanente, una vez transcurrido un año de su ingreso a este país con el propósito de fijar en él la residencia habitual, se le aplique el Derecho venezolano al divorcio o a la separación de cuerpos que demanden, y que la aplicación de este Derecho atribuya jurisdicción a los Tribunales venezolanos para conocer del caso. No obstante, cuando el cónyuge demandante no tiene domicilio en Venezuela e invoca otro criterio de jurisdicción, como por ejemplo, el domicilio del demandado, los Tribunales venezolanos deberán aplicar, de todas maneras, el Derecho del domicilio del cónyuge demandante para regular el divorcio o la separación de cuerpos que se demanda, lo cual puede ocasionar la aplicación del orden público internacional en numerosas ocasiones y, con suerte, terminar aplicando el Derecho venezolano por la vía del reenvío de primer grado.

En todo caso, soluciones como las contenidas en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, han ocasionado interesantes comentarios, entre ellos el siguiente: "Estas nuevas reglas no son compatibles con los principios del Derecho Internacional Privado clásico. Ellas favorecen al cónyuge que desea el divorcio. "El fin clásico del Derecho Internacional Privado era garantizar la paridad de las personas y de los sistemas jurídicos y de salvaguardar la armonía de las decisiones por la escogencia de un criterio de conexión común lo más próximo a la familia. En nuestros días, el efecto integrativo de la libre circulación de personas tiene más importancia que los valores de la estabilidad y de la continuidad de las familias. El estado de las personas es tratado, por las reglas comunitarias, como una mercancía. Ciento que no se puede volver a aquellos valores antiguos, pero la cuestión se plantea en saber cuál solución parece la más apropiada para salvaguardar la persona humana..." (Jayme, 2000: 24-25).

No obstante, debemos reconocer que estos comentarios no resultan del todo aplicables a la solución venezolana, la cual más bien pretende dar igual oportunidad a los cónyuges para que se aplique el Derecho del domi-

cilio de aquel de ellos que decida demandar el divorcio o la separación de cuerpos. En todo caso, apunta más a que se superen las dificultades que presenta la aplicación del Derecho del Estado donde se encuentre el domicilio conyugal, solución que, como ya se dijo, se aplicó en Venezuela durante los años previos a la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, tanto para determinar la jurisdicción de los Tribunales venezolanos, como el derecho aplicable. En efecto, cuando el domicilio conyugal era fijado por el esposo, bastaba que éste se mudara a otro Estado, para impedir que la esposa demandara el divorcio, situación que se tornaba dramática cuando ella ignoraba el paradero del esposo. Aun en el supuesto, que sobrevino posteriormente con la reforma del Código de Procedimiento Civil en el año 1986, en que el domicilio conyugal lo determina la presencia de ambos cónyuges haciendo vida común, el desplazamiento indefinido de uno de ellos a otro Estado, dificulta considerablemente la obtención del divorcio o de la separación de cuerpos por el otro cónyuge, a pesar de que el matrimonio se encuentre definitivamente fracturado. De modo que resulta mucho más equitativo y humano, que cualquiera de los cónyuges pueda reaccionar ante la evidencia de que la vida común no existe más, y proceda a demandar el divorcio o la separación de cuerpos, sin que el elemento de extranjería impida que su situación pueda resolverse justa y legalmente.

Desde otro punto de vista y refiriéndonos ahora a la interpretación del factor de conexión "domicilio del cónyuge que intente la demanda", es oportuno reconocer que la misma se facilita con la calificación autónoma que, del concepto domicilio, hace el artículo 11 de la propia Ley de Derecho Internacional Privado.

Dicho artículo localiza el domicilio en el Estado donde la respectiva persona física tiene su residencia habitual y, para aclarar la habitualidad que debe caracterizar tal residencia, el propio artículo 23 suministra un elemento temporal u objetivo, y otro intencional o subjetivo. Estos elementos son, respectivamente: haber permanecido más de un año en el territorio del Estado y haber ingresado al mismo con el propósito de fijar en él la residencia habitual. Se trata de requisitos acumulativos. Por lo tanto, no basta que la persona tenga más de un año en el territorio de un Estado, si no lo hizo con el fin o propósito antes mencionado. En este caso, no puede considerársele allí domiciliada, tal y como sucede, por ejemplo, con los funcionarios diplomáticos o consulares, acreditados en un determinado país, porque aun cuando su permanencia date de varios años, no se encuentran

allí porque es su deseo residenciarse en ese país, sino porque deben cumplir una decisión adoptada por el Estado al cual representan. Esta situación especial se encuentra expresamente consagrada en el artículo 14 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

De igual manera, si la persona ingresa al territorio del Estado con ese propósito, pero tiene menos de un año en él, no se le puede considerar domiciliada en el mismo.

Ambos requisitos requieren comprobación. La prueba de la permanencia resultará más fácil debido a que es un hecho objetivo, y a tal fin podrán utilizarse los documentos de identidad expedidos por las autoridades competentes. La norma nada dice acerca de si la permanencia es ininterrumpida, pero, lógicamente tratándose de un lapso tan corto, probablemente las autoridades competentes se sientan más inclinadas a no admitir interrupciones cuando se quiera hacer valer el tiempo mínimo, como sería un año y un día. Por el contrario, si la persona tiene ya varios años de residencia habitual en el país, las interrupciones podrán ser valoradas con más flexibilidad.

La prueba del elemento subjetivo, esto es, de la voluntariedad de la persona de fijar la residencia habitual en el país, puede resultar un poco más complicada que la permanencia. No obstante, tal comprobación puede lograrse examinando la motivación que ha animado a la persona a ingresar al respectivo país, por ejemplo, por haber tenido allí su residencia habitual antes de haber contraído matrimonio, por poseer la nacionalidad de ese país, por tener una oferta de trabajo, etc.

4. Derecho aplicable a las causales de divorcio y de separación de cuerpos

Por cuanto el artículo 23 se refiere sólo al divorcio y a la separación de cuerpos, es conveniente preguntarse si el Derecho que procede aplicar, esto es, el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, abarca todos los aspectos vinculados a dichas instituciones entre otros, las causales aplicables para el divorcio y para la separación de cuerpos, las medidas preventivas y los efectos propios de cada una de dichas instituciones.

Con relación a las causales de divorcio es necesario distinguir dos supuestos: a) cuando la demanda se introduce ante un tribunal venezolano; b) cuando la demanda se introduce ante un tribunal extranjero. En el supuesto a) es cuando se presenta el verdadero problema acerca del Derecho

aplicable, ya que el supuesto b) sólo interesaría si se solicita en nuestro país el exequáutur de la respectiva sentencia extranjera de divorcio o de separación de cuerpos, aspecto que corresponde estudiar en el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado.

Concretándonos al supuesto a), encontraremos también dos posibilidades:

a1 que el cónyuge demandante tenga su domicilio en Venezuela y, por tanto, el derecho material aplicable es el venezolano. Este es el caso más sencillo, ya que la demanda, sea de divorcio o de separación de cuerpos, sólo sería admisible si se refiere a una o más de las causales contempladas en el artículo 185 del Código Civil venezolano.

a2 Que el cónyuge demandante no esté domiciliado en Venezuela y, en consecuencia, procede preguntarnos si el Tribunal venezolano puede aplicar, en materia de divorcio o de separación de cuerpos, un Derecho extranjero. Si la respuesta es negativa, estaría implícitamente solucionada la interrogante acerca de la procedencia o no del divorcio o de la separación de cuerpos por causales distintas a las previstas en el Derecho venezolano, ya que éste será el único Derecho que el Tribunal venezolano puede aplicar. En caso contrario, se mantiene el interés por la interrogante formulada.

Este problema acerca de la posibilidad o no de que el Tribunal venezolano aplique un Derecho distinto al suyo, en aquellos casos que el cónyuge demandante no está domiciliado en Venezuela, surge con ocasión del comentario hecho por el doctor Gonzalo Parra-Aranguren, relativo a la similitud entre el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y el artículo 2, parágrafo 1, letra a), ordinal 5, de la Convención de 28/05/1998, sobre Jurisdicción, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias de Asuntos Matrimoniales, recomendada por el Consejo de la Unión Europea a los Estados Miembros de la misma, antes mencionado.

De acuerdo a lo aquí expresado, la solución contenida en el artículo 23 parece estar dirigida a permitir la aplicación del Derecho venezolano, a los divorcios intentados en este país por personas que reingresan a su territorio. Esa es una de las interpretaciones a que puede conducir el que se considere que dicho artículo debe leerse en conexión con el primer parágrafo del artículo 42, el cual atribuye jurisdicción a los Tribunales venezolanos en los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares, cuando el Derecho venezolano resulte aplicable para regir el fondo del litigio, de acuerdo a lo previsto en la misma Ley. Sin embargo, tal interpretación conduciría a afirmar que el artículo 23 está concebido para aplicar sólo el Derecho venezolano, lo cual la convierte en una norma unilateral, con apariencia de bilateral.

Si se responde afirmativamente la pregunta acerca de la posibilidad de que el Tribunal venezolano pueda conocer de una demanda de divorcio, aun cuando el cónyuge demandante no esté domiciliado en Venezuela, la jurisdicción podría afirmarse según lo previsto en el artículo 39 o en el parágrafo segundo del artículo 42 de la misma Ley de Derecho Internacional Privado, ambos recientemente mencionados. Tal respuesta es importante porque lo relativo a si las causales de divorcio o de separación de cuerpos se rigen también por el Derecho del Estado del domicilio del demandante, presenta interés sólo si se admite que el Tribunal venezolano puede conocer de demandas de divorcio o de separación de cuerpos introducidas por quienes no están domiciliados en Venezuela.

En este caso, debemos tener presente lo dispuesto por el artículo 755 del Código de Procedimiento Civil, ya mencionado. Conforme a este artículo, los Tribunales no admitirán ninguna demanda de divorcio o de separación de cuerpos que no esté fundada en alguna de las causales establecidas en el Código Civil. Ya sea que se interprete esta norma como de orden público internacional o de aplicación necesaria (Barrios, 1982: 100), instituciones estas consagradas en los artículos 8 y 10, respectivamente, de la Ley de Derecho Internacional Privado, la misma conduciría a admitir las causales de divorcio previstas en el Derecho extranjero, si éstas coinciden con las establecidas en el Código Civil venezolano, todo ello dentro del marco general de aplicación del Derecho extranjero y de la adaptación, a que aluden los artículos 2 y 7, también respectivamente, de la citada Ley.

El problema de las causales admitidas para el divorcio o la separación de cuerpos, pocas veces se aborda expresamente en las normas de Derecho Internacional Privado, que rigen la materia en los diversos países. Uno de estos casos es el del Código Civil de Perú, el cual prevé en su artículo 2082, la aplicación de la ley del domicilio conyugal a las causales de divorcio y separación de cuerpos, siendo esta misma ley la que rige lo concerniente a ambas instituciones (Maekelt y otros, 2000: T. I, 207). Frente a este silencio debe entenderse que, en los demás países, también se consideran dichas causales regidas por la misma ley que se aplica al divorcio o a la separación de cuerpos.

5. Derecho aplicable a las medidas preventivas

En cuanto a las medidas preventivas que pueden dictarse con ocasión de un divorcio o de una separación de cuerpos, éstas se rigen por el mismo

Derecho que se aplica a estas materias. No obstante, los problemas se pueden plantear para ejecutar estas medidas cuando las mismas recaen sobre bienes ubicados en el extranjero, porque podrían estar sujetas al cumplimiento de un procedimiento de exequátrur. En el artículo 43 de la Ley de Derecho Internacional Privado se hace referencia a una parte del problema, ya que le atribuye jurisdicción a los Tribunales venezolanos para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer el fondo del litigio. Se trata de una solución que se interesa más por el aspecto procesal, y que deja fuera todo lo concerniente a las medidas provisionales relativas a los bienes.

Uno de los instrumentos de Derecho interno que si regula este aspecto, tanto desde el punto de vista de la jurisdicción de los Tribunales, como del Derecho aplicable, es la Ley Federal Suiza, la cual, en su artículo 62, prevé lo siguiente: “1: El tribunal suizo en el cual es ejercida una acción de divorcio o de separación de cuerpos es competente para ordenar medidas preventivas, salvo si su incompetencia para decidir el fondo es manifiesta o ha sido constatada por una decisión que tenga fuerza de cosa juzgada. 2. Las medidas preventivas están regidas por el derecho suizo” (Maekelt y otros, 2000: T. I, 385).

6. Derecho aplicable a los efectos del divorcio y de la separación de cuerpos

En lo referente a los efectos del divorcio y de la separación de cuerpos, éstos pueden ser personales y patrimoniales. Es probable que se admita con más facilidad la existencia de estos efectos en el caso de la separación de cuerpos, ya que el vínculo subsiste entre los cónyuges. Sin embargo, la disolución del matrimonio no obsta a que entre los ex-cónyuges haya aún relaciones de tipo patrimonial, entre las cuales están, las referidas a alimentos y las separaciones pecuniarias, quedando fuera lo relativo a la liquidación de los bienes de los cónyuges y a su vocación hereditaria, aspectos que forman parte del régimen patrimonial matrimonial y del régimen sucesoral, respectivamente. También están las relaciones de tipo personal, como serían la utilización del apellido por parte de la cónyuge y la guarda de los hijos menores de edad.

El Derecho competente para regir estos efectos será el que se aplica al divorcio y a la separación de cuerpos. En todo caso, si el Tribunal que conoce de estas materias llegase a aplicar un derecho extranjero, y éste no salvaguardara suficientemente los intereses en juego, por ejemplo, en el caso de los hijos menores de edad, la institución del orden público internacional podría justificar la aplicación de un Derecho distinto, que podría ser la *lex fori*.

En el Derecho comparado puede encontrarse respuestas interesantes referidas a los efectos del matrimonio, entre las cuales cabe mencionar las del Código Civil peruano, las del Código Civil de Louisiana y las de la Ley Federal Suiza. En el caso de Perú, el mismo artículo 2082 del Código Civil, luego de señalar que la ley del domicilio conyugal es la ley aplicable a las causas del divorcio, establece que: "La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio" (Maekelt y otros, 2000: T. I, 207).

El artículo 3522 del Código Civil de Louisiana se refiere a los efectos e incidencias del matrimonio y del divorcio, y señala como competente "el derecho aplicable al caso según lo dispuesto en el artículo 3519" y, es justamente en este artículo donde se establecen los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar el Derecho del Estado cuyas finalidades legislativas serían más seriamente afectadas si este Derecho no fuera aplicado al caso particular, siendo el tercero de dichos criterios: "las finalidades legislativas que afirmen la validez de las obligaciones voluntariamente asumidas, que protejan a los niños, menores y otros necesitados de protección y preserven los valores y estabilidad de la familia" (Maekelt y otros, 2000: T. I, 253).

Finalmente, el artículo 63 de la Ley Federal Suiza, dispone en cuanto a lo que denomina efectos accesorios, lo siguiente: "1. Los Tribunales suizos competentes para conocer de una acción de divorcio o de separación de cuerpos lo son igualmente para pronunciarse sobre los efectos accesorios. 2. El derecho aplicable al divorcio o a la separación de cuerpos rige los efectos accesorios del divorcio o de la separación de cuerpos. Están reservadas las disposiciones de la presente ley relativas al nombre (Arts. 37 a 40), a la obligación alimentaria entre cónyuges (Art. 49), al régimen patrimonial (Arts. 52 a 57), a los efectos de la filiación (Arts. 82 y 83) y a la protección de menores (Art. 85)" (Maekelt y otros, 2000: T. I, 207).

IV. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO

La nulidad del matrimonio, junto con el divorcio y la separación de cuerpos, forma parte de lo que se ha denominado "crisis matrimoniales" (Jiménez Sánchez, 2001: 241). En el Derecho Civil la nulidad se considera como "una sanción primitiva de carácter excepcional, cuyo efecto es –en principio– hacer desaparecer el matrimonio de la vida del Derecho, tal como si jamás se lo hubiera celebrado" (López Herrera, 1970: 311). En el Derecho Internacional Privado, la nulidad aparece cuando se han violado ciertos requisitos de fondo o de forma, para la celebración del matrimonio, previstos en el Derecho que los rige. Se trata pues de una figura distinta al divorcio y a la separación de cuerpos, pero cuyas consecuencias pueden afectar al matrimonio, no disolviéndolo o suspendiendo algunos de sus efectos, sino declarando su inexistencia o invalidez. Tratándose de una institución que se interesa por el cabal cumplimiento de los requisitos para la celebración del matrimonio, la misma se vincula necesariamente al Derecho que rige estos requisitos. Esto contacta no sólo con el Derecho personal de los cónyuges, sino también con el del lugar de celebración del matrimonio.

A estos Derechos debe añadirse el del Tribunal que conoce de la demanda de nulidad, esto es, la *lex fori*, en aquellos casos en que dicha demanda se introduce en un tercer Estado.

El alcance de estas dificultades queda claramente expresado en los siguientes términos: "El supuesto puede presentarse, en la práctica, de distintas maneras: A veces, la ley personal del contrayente establece, para la validez, un requisito o dicta una prohibición que no figuran, en lo absoluto, en la *lex loci actus* o en la *lex fori*. Otras veces, el requisito o la prohibición figura en ambas legislaciones: no hay conflicto entre ellas en lo relativo a que se impida la celebración del matrimonio; pero si éste llega a realizarse, mediante la infracción de ambas legislaciones a la vez, puede siempre surgir el problema, por discrepancia entre éstas acerca de la sanción aplicable, porque la ley personal considere diríamente el impedimento infringido y establezca, por ello, la anulabilidad del vínculo; al paso que en la ley del Estado de la celebración, o donde se promueva el juicio por nulidad, sólo tenga la prohibición el simple carácter de impediente, manteniendo así la validez del matrimonio, cuya celebración positiva no se logró impedirla. También puede surgir el problema a la inversa, si la anulabilidad sólo la hay en la *lex fori*, por tener el impedimento en la ley personal, el carácter de prohibitivo o impediente" (Herrera Mendoza, 1943: 290-291).

Por lo tanto, surge aquí la clásica pregunta de Derecho Internacional Privado acerca de ¿Cuál de todos estos Derechos, será el aplicable para decidir lo que corresponda a la nulidad del matrimonio?

Antes de responder esta interrogante, es oportuno recordar la ingeneria que el orden público internacional ha tenido en materia de matrimonio, por lo que la misma se extiende a las crisis que pueden sobrevenirle, tal y como se puede apreciar en algunas soluciones de Derecho comparado y en sentencias de los Tribunales.

Para responder a la pregunta antes formulada, son varias las soluciones acogidas. Una de éstas consiste en regular la nulidad de matrimonio por la ley a que esté sometida la condición intrínseca o extrínseca que la motiva, tal es la solución contenida en el artículo 47 del Código Bustamante, en la primera parte del artículo 2079 del Código Civil peruano y en el artículo 21 de la Ley yugoslava de Derecho Internacional Privado. Una postura semejante adopta el artículo 3520 del Código Civil del Estado de Louisiana, cuyo supuesto parece tener presente una situación de orden público internacional, al prever la posibilidad de considerar inválido un matrimonio, porque, en caso contrario, se violaría "una fuerte finalidad legislativa del Estado cuyo derecho es aplicable a esa cuestión particular según lo dispuesto en el artículo 3519" (Maekelt y otros, 2000: T. I, 252).

Tanto el Código Bustamante, como el Código Civil peruano en sus artículos 48 y segunda parte del 2079, respectivamente, complementan la anterior solución, aplicando la ley del lugar de celebración para regir los vicios del consentimiento como causales de nulidad.

Otra solución es regir las condiciones de la anulación por el estatuto personal de cada uno de los futuros cónyuges, artículo 17 de la Ley austriaca de Derecho Internacional Privado (Maekelt y otros, 2000: T. I, 337), conexión que acoge el artículo 49 del Código Civil portugués, para definir el régimen de las faltas y de los vicios de voluntad de los contrayentes (Maekelt y otros, 2000: T. I, 195). Cercana a esta solución es la del párrafo tercero del artículo 7 del Código Civil brasileño, el cual dispone regir los casos de invalidez del matrimonio por la ley del domicilio conyugal y, si los contrayentes tienen domicilios diversos, la del primer domicilio conyugal (Maekelt y otros, 2000: T. I, 181).

La más próxima a una solución *lex fori* es la prevista en el artículo 53 del Código Civil de Vietnam, el cual regula una serie de aspectos relacionados con el matrimonio y la familia, entre los cuales se encuentra la anulación del matrimonio, que se dé entre un nacional de Vietnam y un ex-

tranjero, por Decretos emanados del Consejo de Estado (Maekelt y otros, 2000: T. I, 287).

Relacionados con el problema de la ley aplicable a la nulidad del matrimonio, los artículos 2080 del Código Civil peruano y 166 del Código Civil paraguayo, disponen la aplicación de la ley del domicilio conyugal a los efectos de la nulidad, exceptuándose, en el caso peruano, los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial matrimonial (Maekelt y otros, 2000: T. I, 207).

En lo que se refiere al caso venezolano, la Ley de Derecho Internacional Privado nada prevé sobre el particular. Sin embargo, de presentarse un caso de nulidad de matrimonio ante los Tribunales de este país y disponiéndose ahora de normas especiales para resolver los casos con elementos de extranjería, que nos indican el Derecho aplicable a los requisitos de fondo y de forma del matrimonio (Arts. 21 y 37, respectivamente), debería tomarse en cuenta las mismas para regir, según la naturaleza del requisito que se haya incumplido, lo relativo a la nulidad del matrimonio.

En todo caso, resulta difícil anticipar si el Tribunal venezolano dejará de aplicar el orden público internacional, en caso que la alegada causa de nulidad no tenga el mismo efecto en la legislación venezolana, por ejemplo, por no afectar, en absoluto, la validez del vínculo. Esta situación fue considerada, mucho antes de elaborarse siquiera el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado en 1963, por el doctor Lorenzo Herrera Mendoza, quien expresó al respecto lo siguiente:

En Venezuela, es de orden público absoluto, según el evidente espíritu general de la legislación, que ningún matrimonio, sea cual fuere el lugar de su celebración, e independientemente de la nacionalidad de las partes, pueda ser anulado, ni disuelto por nuestros magistrados, en razón de causas que no tengan tal poder según nuestro propio Código Civil..." Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, no hay razones que justifiquen una diferenciación entre la acción de nulidad y la acción de divorcio: ¿Por qué la ley personal ha de tener más amplia y favorable extraterritorialidad cuando se trata de anular un matrimonio, que cuando se trata de disolverlo por el divorcio? "En otros términos, se halla fuera de discusión (en el mundo), que, respecto del divorcio, todo cuanto contenga de negativo la ley del país del proceso se caracteriza como de orden público absoluto y veda, por tanto, el paso a toda ley extranjera. Y no se ve cuál razón pueda haber para fundar una respuesta distinta cuando se trata de una acción por nulidad. Desde el punto de vista meramente civil, esas dos acciones se diferencian entre

si; empero, frente al orden público absoluto, para impedir la aplicación de leyes extranjeras, ambas acciones son más que análogas, son idénticas (Herrera Mendoza, 1943: 292-293).

Por cuanto para la fecha en que se sostiene esta posición ya estaba vigente para Venezuela el Código Bustamante, el cual como ya se dijo, en sus artículos 47 y 48 sostiene una solución totalmente distinta, el mismo autor hace la excepción frente a los Estados Parte de dicho Código, pero para todos los demás casos considera aplicables acumulativamente la ley cuyos requisitos matrimoniales fueron incumplidos y la *lex fori*, que en este caso sería la venezolana.

Este criterio coincidió con el que se sostuvo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1969, en la cual se afirmó lo siguiente: "La Ley venezolana es la aplicable para resolver la controversia planteada en un juicio de nulidad de matrimonio, pues las causales de invalidación de éste descansan en razones de orden público absoluto que nunca podrían ceder ante el estatuto personal del extranjero" (Arts. 117 y ss Código Civil). Sentencia 21/10/1969 GF 66 2E p. 290" (Bustamante Miranda, 1978: 450).

V. FUENTES SUPRANACIONALES

El instrumento de Derecho convencional vigente para Venezuela que contiene disposiciones en materia de divorcio y separación de cuerpos, y de nulidad del matrimonio, es el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante, 1928. Los artículos 52 al 56 de dicho Código regulan la separación de cuerpos y el divorcio; mientras que los artículos 47, 48 y 51 regulan la nulidad del matrimonio y sus efectos.

Del primer grupo, los artículos 52, 53 y 55 contienen normas de conflicto, y los restantes contienen normas materiales.

En el artículo 52 se prevé una solución que resulta excepcional, si tenemos en cuenta que el artículo 7 del mismo Código Bustamante autoriza a los Estados Parte a decidir libremente cuál va a ser la ley personal aplicable a las instituciones que forman parte del estatuto personal. En lugar de aludir a la ley personal como lo hacen todas las demás disposiciones que regulan dichas instituciones, el artículo 52 prevé la aplicación de la ley del domicilio conyugal, para regular el derecho a la separación y al

divorcio. Esta solución concordaba con la ley que aplicaban los Tribunales venezolanos antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado, la cual, como antes se dijo, era la del domicilio conyugal, consecuencia de la aplicación del artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, que dispone la competencia del juez que ejerce la plena jurisdicción ordinaria en materia en primera instancia del domicilio conyugal, para conocer de los juicios de divorcio y separación de cuerpos. No sucede lo mismo con la solución contenida en el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, ya que ella es producto de las injusticias e inconvenientes que trajo aparejada la aplicación del domicilio conyugal como conexión personal en materia de divorcio y separación de cuerpos, en una época en que el domicilio conyugal lo determinaba el cónyuge. En todo caso, el resultado práctico de los diferentes factores de conexión utilizados por el artículo 52 del Código Bustamante y el artículo 23 de la mencionada Ley, será la distinta manera de resolver los casos de divorcio o separación de cuerpos según se trate o no de un Estado Parte de dicho Código.

La parte restante del artículo 52 del citado Código, resulta bastante confusa pues condiciona la utilización de causales de divorcio o de separación de cuerpos, basadas en causas anteriores a la adquisición del domicilio conyugal, si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges.

El artículo 54, referido también a las causales de divorcio y de separación de cuerpos, dispone la aplicación de la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges. La interpretación conjunta de este artículo y el 52 evidencia una solución territorialista, ya que si el lugar donde se solicite el divorcio o la separación de cuerpos debe coincidir con el del domicilio conyugal, no puede entonces aplicarse una ley distinta a la del propio Estado donde la respectiva acción sea intentada. El artículo 55 constituye un complemento a las anteriores disposiciones, al prever la aplicación de la *lex fori* a las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia con relación a los cónyuges y a los hijos.

El artículo 53 prevé el derecho de los Estados contratantes de reconocer o no el divorcio, que puedan conceder otros Estados contratantes o, el matrimonio que, en éstos pueden contraer personas divorciadas en el extranjero, en casos de divorcio y matrimonios claudicantes, ya que van a tener efecto en un Estado y en otro no. Habida cuenta del uso excesivo que hace

el Código Bustamante del orden público internacional, será esta institución la que terminará aplicándose en estos casos para impedir el reconocimiento de estas actuaciones. El artículo 56 es la segunda norma material llamada a complementar las normas de conflicto antes señaladas. En este artículo se reconocen los efectos civiles que surten la separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos 52, 54 y 55 del propio Código Bustamante, dejando a salvo los dispuesto en el artículo 53 *eiusdem*.

En cuanto a los artículos de dicho Código, referidos a la nulidad del matrimonio y sus efectos, de ellos sólo están vigentes, para Venezuela, los artículos 47, 48 y 51. Los dos primeros contienen normas de conflicto ya comentadas, y el artículo 51 considera de orden público internacional los efectos judiciales de la demanda de nulidad.

VI. FUENTES NACIONALES

En la legislación interna no hay norma alguna de conflicto que resulte aplicable a los casos de separación de cuerpos o de divorcio. Cabe tan solo mencionar el artículo 185-A del Código Civil, que se refiere a la ruptura prolongada de la vida en común por más de cinco años, como causal de divorcio.

Esta norma contiene un elemento de extranjería en su tercera parte, al requerir, en caso que la respectiva solicitud de divorcio sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, que éste acredite constancia de residencia de diez años en el país. Se ha considerado que esta disposición tiene por objeto evitar la incursión en el fraude a la ley (Bonnemaison, 2003: 324). Ello se debe a que, de no existir el elemento de extranjería, no hay necesidad de acreditar el mencionado lapso de residencia en el país, sino tan solo la ruptura prolongada de la vida en común por más de cinco años. Como resulta obvio, esta disposición no aborda el problema de la ley aplicable a los mencionados supuestos. Así mismo, salvo los casos de los artículos 754 y 755 del Código de Procedimiento Civil, nos encontramos en la imposibilidad de aplicar otra disposición análoga en la materia, pues no existen instituciones parecidas o semejantes a la separación de cuerpos o al divorcio, cuya regulación pueda ser utilizada por vía analógica, especialmente si tenemos presente la importancia que para ambas instituciones tiene el orden público.

JURISPRUDENCIA

A. Derecho aplicable al divorcio

Conforme al artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, la ley aplicable para resolver el fondo de la controversia es la venezolana, toda vez que para el momento de la introducción de la demanda, el actor estaba domiciliado en Venezuela.

Steven Mishkin Pesin Vs. María Teresa Osorio Rodríguez. Sentencia No. 01543, 18/07/2001. Exp. No. 0719. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

En el mismo sentido:

Boris Galo Grunblatt Guerra vs Blanca Nieves Elisa Clotilde Perina Benito. Sentencia No. 1200, de fecha 25/05/2000. Exp. No. 0391. Magistrado Ponente: Carlos Escarrá Malavé.

Carlos Alberto Abad Ruiz vs Carmen Elisa Troconis Mendoza. Sentencia No. 00242, 23/03/2004. Exp. No. 2004-0145. Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Giancarlo Salvatore Rosignoli vs María Krelya Martínez Alfonso. Sentencia No. 02822, 14/12/2004. Exp. No. 2004-0896. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.

B. Distinción entre Derecho aplicable y jurisdicción

La inteligencia del artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado es clara al establecer como Derecho aplicable, el Derecho del Estado en el cual el cónyuge demandante hubiere establecido su domicilio, cuando existan elementos de extranjería que produzcan una gama de legislaciones potencialmente aplicables al caso en concreto. No obstante, el aspecto relativo a la jurisdicción que ha de conocer y decidir el caso, se encuentra regulado en otras normas de la Ley antes mencionada, quedando claro entonces que existen diferencias entre Derecho aplicable y Jurisdicción que asigna la Ley a los tribunales, en el caso de autos, a los tribunales venezolanos.

Yanet Margarita Freites Frontado vs Jorge Pedro Sánchez Rocha. Sentencia No. 00680, 23/06/2004. Exp. No. 2004-0399. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa.