

IV. DERECHO COMPARADO

Legislaciones que adoptan sobre la materia el punto de conexión de la ley nacional:

Código Civil francés de 1804 (Art. 3); Código Civil chileno de 1855 (Art. 15); Código Civil italiano de 1865 (Art. 6); Código Civil salvadoreño de 1859 (Art. 15); Código de Familia salvadoreño de 1993 (Art. 10); Código Civil colombiano de 1873 (Art. 19); Código Civil panameño de 1916 (Art. 5); Código Civil portugués de 1967 (Art. 31); Código Civil ecuatoriano de 1860 (Art. 14); Código Civil paraguayo de 1985 (Art. 12); Código Civil costarricense de 1986 (Art. 23); Código Civil cubano de 1987 (Art. 12); Código Civil yemenita de 1992 (Art. 25); Código Civil vietnamita de 1996 (Art. 827); Código Civil hondureño de 1906 (Art. 13); Código Civil español de 1889 (Art. 9, 1); Ley de D.I.P. checoslovaca de 1963 (Art. 3); Ley de D.I.P. polaca de 1965 (Art. 9); Ley de D.I.P. austríaca de 1978 (Art. 9); Ley de D.I.P. húngara de 1979 (Art. 11); Ley de D.I.P. alemana de 1986 (Art. 7); Ley de D.I.P. italiana de 1995 (Art. 20); Código Civil uzbeko de 1997 (Art. 1168).

Legislaciones que adoptan sobre el particular como punto de conexión la ley del domicilio:

Código Civil argentino de 1869 (Arts. 6 y 7); Código Civil brasileño de 1942 (Art. 7); Código Civil peruano de 1984 (Arts. 2068 y 2070); Código Civil de la provincia canadiense de Québec de 1991 (Art. 3083); Código Civil uruguayo de 1994 (Art. 2393); Código Civil nicaragüense de 1904 (Art. 6); Ley de D.I.P. yugoslava de 1979 (Art. 9); Ley de D.I.P. suiza de 1988 (Art. 33).

Legislaciones que toman como ley personal la del vínculo más estrecho:

Código Civil del estado norteamericano de Lousiana de 1991 (Art. 3519).

pag 441 -442
CAMBIO DE DOMICILIO 18

Rafael Bernad Mainar

ARTÍCULO 17

El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

SUMARIO

I. RESUMEN. II. COMENTARIO. III. DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA*.

I. RESUMEN

Establecido en el precepto anterior que la ley personal de las personas físicas es la constituida por el domicilio, que según el artículo 11 de la propia LDIP, se identifica con la residencia habitual, el artículo 17 nos plantea la respuesta a una pregunta que ha planeado siempre al abordar el problema del punto de conexión, cual es qué ocurre en caso de cambio o modificación del elemento fáctico que determina la ley personal aplicable.

Al respecto, en sintonía con la teoría del respeto a los derechos adquiridos, que ha asumido en muchos ordenamientos el carácter de principio general, la LDIP venezolana de 1998 adopta una solución congruente con este criterio y así establece, según el tenor del artículo que aquí se comenta, que la capacidad adquirida no se ve afectada por el mero cambio de domicilio que experimente su titular.

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

IV. DERECHO COMPARADO

Legislaciones que adoptan sobre la materia el punto de conexión de la ley nacional:

Código Civil francés de 1804 (Art. 3); Código Civil chileno de 1855 (Art. 15); Código Civil italiano de 1865 (Art. 6); Código Civil salvadoreño de 1859 (Art. 15); Código de Familia salvadoreño de 1993 (Art. 10); Código Civil colombiano de 1873 (Art. 19); Código Civil panameño de 1916 (Art. 5); Código Civil portugués de 1967 (Art. 31); Código Civil ecuatoriano de 1860 (Art. 14); Código Civil paraguayo de 1985 (Art. 12); Código Civil costarricense de 1986 (Art. 23); Código Civil cubano de 1987 (Art. 12); Código Civil yemenita de 1992 (Art. 25); Código Civil vietnamita de 1996 (Art. 827); Código Civil hondureño de 1906 (Art. 13); Código Civil español de 1889 (Art. 9, 1); Ley de D.I.P. checoslovaca de 1963 (Art. 3); Ley de D.I.P. polaca de 1965 (Art. 9); Ley de D.I.P. austríaca de 1978 (Art. 9); Ley de D.I.P. húngara de 1979 (Art. 11); Ley de D.I.P. alemana de 1986 (Art. 7); Ley de D.I.P. italiana de 1995 (Art. 20); Código Civil uzbeko de 1997 (Art. 1168).

Legislaciones que adoptan sobre el particular como punto de conexión la ley del domicilio:

Código Civil argentino de 1869 (Arts. 6 y 7); Código Civil brasileño de 1942 (Art. 7); Código Civil peruano de 1984 (Arts. 2068 y 2070); Código Civil de la provincia canadiense de Québec de 1991 (Art. 3083); Código Civil uruguayo de 1994 (Art. 2393); Código Civil nicaragüense de 1904 (Art. 6); Ley de D.I.P. yugoslava de 1979 (Art. 9); Ley de D.I.P. suiza de 1988 (Art. 33).

Legislaciones que toman como ley personal la del vínculo más estrecho:

Código Civil del estado norteamericano de Lousiana de 1991 (Art. 3519).

pag 441 -447
CAMBIO DE DOMICILIO 18

Rafael Bernad Mainar

ARTÍCULO 17

El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

SUMARIO

I. RESUMEN. II. COMENTARIO. III. DERECHO COMPARADO. JURISPRUDENCIA*.

I. RESUMEN

Establecido en el precepto anterior que la ley personal de las personas físicas es la constituida por el domicilio, que según el artículo 11 de la propia LDIP, se identifica con la residencia habitual, el artículo 17 nos plantea la respuesta a una pregunta que ha planeado siempre al abordar el problema del punto de conexión, cual es qué ocurre en caso de cambio o modificación del elemento fáctico que determina la ley personal aplicable.

Al respecto, en sintonía con la teoría del respeto a los derechos adquiridos, que ha asumido en muchos ordenamientos el carácter de principio general, la LDIP venezolana de 1998 adopta una solución congruente con este criterio y así establece, según el tenor del artículo que aquí se comenta, que la capacidad adquirida no se ve afectada por el mero cambio de domicilio que experimente su titular.

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

II. COMENTARIO

Este precepto corresponde al artículo 14 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, cuyo texto se mantiene totalmente, que se inspira en el artículo 2 del Tratado de Derecho Civil Internacional, aprobado en Montevideo, Uruguay, con fecha de 19 de marzo de 1940, tenor que se reproduce literalmente.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, firmado en el Congreso de Montevideo por varios países latinoamericanos establece que el cambio del domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación judicial (Art. 2), y en su edición corregida del año 1940 se adoptó una redacción más genérica, según la cual, el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida, expresión adoptada por nuestra Ley (Maekelt y otros, 2000: T. II, 51).

Esta disposición es completamente novedosa en la legislación patria, al no contar con antecedente alguno, no obstante la opinión en tal sentido de Herrera Mendoza (Herrera Mendoza, 1960: 261-281). En su virtud, se adopta una solución para el supuesto de conflictos móviles que resultan del hecho que una persona física cambie de domicilio y, de acuerdo con el Derecho aplicable de su nuevo domicilio, sea incapaz, a pesar de que la legislación aplicable anterior al cambio, le considerara plenamente capaz: a tal efecto, se considera capaz a esa persona por así reconocerlo la legislación de su anterior domicilio. El fundamento de esta solución radica en la teoría de los derechos adquiridos, así como en la presunción más que justificada de que nadie, al mudar su domicilio de un país a otro, quiere ver empeorada su condición jurídica, hasta el extremo de perder su capacidad. El cambio del domicilio de una persona física, si este criterio constituye la base sobre la que gira la ley personal, produce necesariamente el cambio del estatuto personal del individuo. Lo que más nos interesa es determinar cuáles van a ser las consecuencias de dicho cambio en el orden del estado y capacidad de las personas naturales, cuando las leyes que rijan a partir de ese cambio difieran de las que regían con anterioridad.

La problemática es más que evidente desde el instante que concurren legislaciones divergentes tanto en el tiempo como en el espacio, así como porque regulan la capacidad y el estado del individuo en los sucesivos momentos de su vida.

La lógica nos lleva a pensar que cuando el individuo queda sometido a su nueva ley personal, ésta no puede tener efecto retroactivo, de manera

que pudieran lesionarse derechos y situaciones jurídicas establecidos y consolidados al amparo de la ley anterior. Por tanto, los derechos adquiridos con arreglo al régimen anterior no pueden ser desconocidos, afectados o alterados por el que ahora rige el estado y capacidad de las personas físicas. Caso bien distinto es el relativo a las meras expectativas, todavía no convertidas en derechos subjetivos firmes.

Este es el criterio adoptado por el nuevo texto legislativo de 1998, con base en la teoría del respeto a los derechos adquiridos. En suma, rige aquí el principio general de la irretroactividad de los sucesivos ordenamientos jurídicos aplicables a una misma persona, que ya se remonta al Derecho Romano.

El problema se plantea cuando el hecho ocurrido despliega sus efectos de manera escalonada, sucesivamente en el tiempo, y no momentánea. Para los hechos que se producen en un tiempo preciso (contrato, por ejemplo), es fácil determinar si una ley es anterior o no a su producción y, en consecuencia, la capacidad se juzgará en atención a la fecha de celebración del acto; sin embargo, para los que se desarrollan en un período de tiempo sucesivo, y no momentáneo, tal como sucede en un testamento, se discute si el cambio de estatuto personal puede afectar al acto realizado. En el Derecho Romano se exigía la capacidad para testar por el causante tanto en la época de su otorgamiento como en la de su fallecimiento, entendiendo que se trataba de una institución unitaria, continuada en el tiempo; no obstante, en la actualidad, la mayoría de los Códigos toman en consideración sobre el enjuiciamiento de la capacidad del testador únicamente el momento en que se otorgó el testamento, aun cuando después, se viera afectado por una incapacidad mental²⁵⁹.

Si el primitivo estatuto personal declaraba la incapacidad del sujeto y el nuevo se pronuncia por la capacidad, se aplicará éste último para los actos que se produzcan a partir de ese momento, pues el nuevo sistema jurídico le atribuye el pleno ejercicio de unos derechos que antes tenía limitados, y le concede ahora una nueva situación más favorable.

Respecto de los actos anteriores al cambio del estatuto personal y para los cuales el individuo no contaba con la capacidad necesaria, conforme a la ley personal que regía entonces, se discute su validez o no: se podría afirmar su validez conforme a la teoría de la convalidación de los negocios

²⁵⁹ El artículo 838 del Código Civil venezolano establece que "para calificar la capacidad de testar se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento". La misma jurisprudencia sostiene que el cambio de domicilio del testador no revoca, anula ni modifica la interpretación del testamento.

jurídicos, por ser en nuestro ordenamiento jurídico la ausencia de capacidad un requisito de validez de los contratos, que no de existencia, que origina la nulidad relativa y no la absoluta (Art. 1142 del Código Civil venezolano), cumplidos los demás requisitos para que opere la convalidación (cesación del vicio y renuncia expresa o tácita el legitimado a invocar la acción de nulidad), tesis que parecería la más correcta con arreglo a la normativa del Código Civil vigente; o bien, negar la validez del acto, aunque la nueva situación permitiera su realización, por entender que no cabe la referida convalidación, por afectar a un elemento esencial del contrato del que se carecía en el momento de su realización, que de operar, no haría sino legitimar y reivindicar la figura de la incapacidad en la celebración de los actos jurídicos.

Por lo que se refiere al estado de la persona, deberá ser entendido como permanente si fue determinado con anterioridad al cambio del estatus personal y, por ende, no le afectaría la modificación descrita. Esta situación se planteaba en casos tan variados como la legitimación de hijos, el divorcio²⁶⁰, la adopción, o reconocimiento de hijos, entre otros, cuando la nueva legislación no aceptaba tales instituciones y la anterior, que sí las aceptaba, ya había desplegado sus efectos.

Hoy día, dado que la mayoría de las legislaciones guardan afinidad en cuanto a la permisividad de las situaciones antes referidas, es difícil, por no decir imposible, que se produzca algún género de fricción, por ser una materia la del estado de la persona física que, por afectar a los derechos humanos, cuenta con un núcleo mínimo esencial respetado de manera mayoritaria, insoslayable e incuestionado por los Estados, que lo reconocen y consagran en sus propios textos constitucionales.

Surge la duda del predominio de la capacidad jurídica anterior o la nueva incapacidad que resulta tras la modificación del domicilio. Al respecto, dos tesis se han opuesto tradicionalmente:

Por un lado, la que sostiene que se aplicará siempre el nuevo sistema legal, tanto cuando favorece como cuando limita la capacidad, pues no

²⁶⁰ "La ley territorial pura y simple para que el divorcio sea posible inmediatamente a cuantos llegan al país, se presta a abusos indudables y frecuentes, bastando un viaje con la sola intención de terminar un matrimonio, para convertirlo en disoluble. La celebridad que han adquirido como fábricas de divorcio determinadas localidades (Reno, por ejemplo) es suficiente para no aceptar este criterio" (Bustamante, 1932: T. II, 68-69). La misma restricción aparece en los artículos 1 y 2 de la Convención de La Haya de 1902, y artículos 17 del BGB alemán, 59, 7b del Código suizo de 1912, ley de introducción al Código Civil japonés de 1898 y la Ley Húngara del Matrimonio de 1894 en su artículo 115.

pueden ser entendidos como derechos adquiridos los ostentados al amparo de la ley anterior²⁶¹, y el nuevo régimen ha de operar inmediatamente, con independencia de que aumente o disminuya la capacidad del individuo, lo cual, en modo alguno, se entendería como retroactividad de la ley. Se critica esta posición porque pueden verse afectados y conculcados intereses creados, verdaderos anticipos de los derechos adquiridos.

Frente a ella, otra opinión considera que si se ha producido un cambio en la ley personal del sujeto, bastará que la capacidad se encuentre recogida en cualquiera de las dos legislaciones involucradas, la antigua o la nueva, y prevalecerá la que sea más favorable a la capacidad. Es una expresión del principio *favor negotii*, que trata de mantener la capacidad por todos los medios posibles en aras del mantenimiento del tráfico jurídico y la validez de los actos realizados por la persona en cuestión. Esta tesis ya era mantenida por las doctrinas estatutarias que acudieron a diversos criterios para evitar que el cambio del domicilio produjera una variación en la capacidad del individuo: bien se acudió a criterios tales como la aplicación del domicilio de origen (Bouhier), o bien a la irrevocabilidad de la capacidad adquirida (Froland). Savigny fue partidario del respeto a la capacidad originaria y, gracias a su influencia, los artículos 138 y 139 del Código Civil argentino²⁶² siguen tal postura, que trata de conceder estabilidad a la capacidad adquirida en virtud de las leyes del domicilio anterior.

En este sentido, Fiore, Sanojo, Dominici, Borjas, Sánchez Covisa. Este último autor considera que las nuevas leyes deben aplicarse de manera inmediata a todos los que se encuentren en la situación de hecho prevista

²⁶¹ Así, los artículos 16 y 17 del Tratado de Montevideo establecen que "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos respecto de los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los esposos cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio". El Código Bustamante, en su artículo 188, disposición que sí cuenta con la adhesión de Venezuela, dice "Es de orden público internacional el precepto que veda celebrar capitulaciones durante el matrimonio, o modificarlas, o que se altere el régimen de los bienes por cambios de nacionalidad o de domicilio posteriores al mismo". La idea que subyace en esta materia es que las normas de Derecho material sobre las cuestiones patrimoniales son supletorias o complementarias de la voluntad de las partes, por lo que sería de aplicación el principio *lex locus regit actum*, al tratarse de un acto anterior al matrimonio. Sólo cuando se trate de relaciones personales entre los cónyuges se aplicará el estatuto actual.

²⁶² Arts. 138 y 139: "El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República y fuese mayor o menor emancipado según las leyes de este Código, será considerado como tal aun cuando sea menor o no emancipado según las leyes del domicilio anterior". "Pero, si fuese ya mayor o menor emancipado, según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuese por las leyes de este Código, prevalecerán, en este caso, aquellas sobre éstas, reputándose la mayor edad o la emancipación como un hecho irrevocable".

por la ley; tales leyes no pueden afectar la capacidad de las personas en el pasado, pero no contarán con limitación alguna en la regulación de esa capacidad en el futuro. No se podría hablar de un derecho adquirido a disfrutar en el futuro una determinada capacidad, frente a un precepto contrario de la nueva ley. Si bien este autor considera preferible el sistema contrario, si se entiende el problema desde el punto de vista práctico o realista: el legislador debe mantener como mayores de edad los que lo fueran con la ley anterior pues, de lo contrario, se estaría abocado a reabrir tutelas tras la nueva ley respecto de personas que ya hubieran sido capaces, y, a pesar de haber contado con la aptitud de llegar a ser mayores a esa edad, paradójicamente, su minoridad se prolongaría. No sucede así cuando la ley antigua reconocía la mayoría, y la nueva ley seguía considerándolos menores. En este caso, la mayoría e independencia que la ley antigua les confería supone un derecho adquirido y declararlos menores constituiría un efecto retroactivo contrario a los principios (Savigny, 1849: T. VIII, 407, 381).

En suma, en este precepto comentado se trata de proteger la capacidad adquirida con arreglo a la ley anterior, por lo que la nueva ley ha de respetar dicho derecho adquirido, partiendo de la presunción de que quien modifica su domicilio no quiere voluntariamente perjudicar su propia capacidad y, por ende, el beneficio de su capacidad seguirá conservándolo, puesto que es más lógico y conveniente no empeorar su condición jurídica ya asumida.

III. DERECHO COMPARADO

Además de los mencionados artículos 138 y 139 del Código Civil argentino, tanto el artículo 7, 2 del BGB alemán y de su Ley de D.I.P.²⁶³, como el artículo 5 del Código Civil suizo²⁶⁴ se pronuncian en parecidos términos sobre la cuestión. El mismo espíritu del respeto a los derechos

²⁶³ Art. 7, 2 del B.G.B.: "Si un extranjero que es mayor o posee la situación jurídica de mayor, llega a ser súbdito del Imperio, conserva la situación jurídica de mayor, aun cuando no lo fuese según la legislación alemana". Art. 7, 2 de la Ley de D.I.P. de 1986: "La capacidad de goce o la capacidad de ejercicio, una vez adquirida no será afectada por la adquisición o la pérdida del estatuto alemán".

²⁶⁴ Art. 5 del Z.G.B.: "El ejercicio de los derechos civiles está regido, en todos los casos, por las disposiciones de la presente ley. Sin embargo, las personas que al tenor de la ley antigua eran capaces de ejercer sus derechos civiles cuando la entrada en vigor de la ley nueva, pero que no lo serían ya al tenor de ésta, no sufren ninguna disminución en su capacidad".

adquiridos se atisba en el artículo 2.070 del Código Civil peruano de 1984, en el artículo 6, 2 del Código Civil nicaragüense de 1997, así como en el artículo 9, 1 in fine del Código Civil español de 1889, el artículo 35 de la Ley suiza de D.I.P. de 1987 y el artículo 23 del Código Civil yemenita de 1992.