

Criterios de conexión para la determinación de la Ley aplicable en materia de familia y sucesiones en los sistemas de Derecho internacional privado venezolano y europeo

Guillermo Palao Moreno*

Sumario: I. Introducción. II. La penetración de la autonomía de la voluntad conflictual. III. La importancia del criterio del domicilio y de la residencia habitual. IV. El valor residual de la nacionalidad. V. El juego del “principio de proximidad”. VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. El pasado 6 de agosto la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana cumplió 20 años desde su publicación en la Gaceta Oficial¹. Un dilatado lapso temporal donde se han sucedido significativos cambios en Venezuela, que aconsejan una valoración retrospectiva de esta importante Ley, con la que conmemorar merecidamente esta efeméride. Este periodo ha coincidido, a su vez, con un vertiginoso desarrollo del Derecho internacional privado en la Unión Europea, tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam a finales de 1997, con una espectacular transcendencia para la regulación de las situaciones privadas transfronterizas en su seno.

Uno de los ámbitos que ha contado con un mayor desarrollo en el ámbito del Derecho internacional privado europeo ha sido el Derecho de familia y sucesiones, el cual ha irrumpido con una fuerza inusitada durante estas dos décadas. En este sentido, en la actualidad contamos con instrumentos europeos que, desde el Derecho internacional privado, ordenan materias como: la separación y el divorcio, la responsabilidad parental, las obligaciones de alimentos, las sucesiones, o los aspectos patrimoniales relacionados con los matrimonios y las uniones registradas². De ahí que, con

* Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València (España). E-mail: Guillermo.palao@uv.es.

¹ G.O. No. 36.511, de 6 de agosto de 1998.

² Esto es, los Reglamentos 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*Diario Oficial de la Unión Europea (DO)* L 338, de 23 de diciembre de 2003; corrección de errores *DO* L 82, de 22 de marzo 2013); 4/2009, relativo a la competencia, la ley

el objeto de rendir debido tributo a la Ley venezolana, se haya decidido centrar este trabajo en este ámbito –en particular y de forma exclusiva, en las materias en las que ha fijado su atención el legislador europeo-, siendo la dimensión conflictual desde la que compararemos los criterios de conexión que emplean los sistemas venezolano y europeo.

2. En concreto, el presente estudio se centrará en comprobar de forma comparativa, cuáles son los criterios de conexión que se emplean en tales ordenamientos y para las materias señaladas, en particular al respecto de los cuatro puntos más frecuentemente empleados: la autonomía de la voluntad conflictual, el domicilio y la residencia habitual, la nacionalidad o el juego del “principio de proximidad” –que conduce al juego del ordenamiento más estrechamente vinculado con la relación-³. Con ello, se podrá comprobar cuáles son los objetivos y principios que han orientado al legislador en cada caso, destacando las diferencias y similitudes presentes en los casos analizados.

aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos (*DO* L 7, de 10 de enero de 2009; corrección de errores *DO* L 131 de 18 de mayo de 2011); 1259/2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DO* L 343, de 29 de diciembre de 2010); 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO* L 201, de 27 de julio de 2012); 2016/1103 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, o 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (estos dos últimos publicados en el *DO* núm. L 183, de 8 de julio de 2016; corrección de errores *DO* núm. L 113, de 29 de abril de 2017).

³ En todo caso, los sistemas mencionados hacen uso de otros criterios de conexión distintos a los cuatro señalados (como podría ser el empleo como de la *lex fori* o incluso el de la ley de creación de la relación o de su registro). Sin embargo, el recurso a la ley del foro –al margen de su uso en expedientes como la excepción del orden público o el juego de las disposiciones imperativas- resulta más bien residual (como se comprueba con la ley del foro como conexión de cierre en materia de separación y divorcio, en el art. 5.1, d) Reglamento 1259/2010); mientras que el punto de la creación de la relación se ve limitado a supuestos singulares (como se plantea la normativa del país de creación, en relación con las uniones registradas en el art. 22.1, c) Reglamento 2016/1104).

II. La penetración de la autonomía de la voluntad conflictual

3. El principio de la autonomía de la voluntad ha contado en los últimos años, desde su dimensión conflictual, con una destaca la paulatina irrupción y una creciente extensión en el Derecho internacional privado de familia y sucesiones⁴. La penetración de este principio en este ámbito no ha resultado empero pacífica, ni se ha manifestado en su total amplitud (manifestándose en este ámbito de forma limitada), debido a la sensibilidad de esta materia, la naturaleza habitualmente imperativa de esta normativa y su proximidad al orden público⁵. De hecho, la Ley venezolana de Derecho internacional privado no parece acoger esta posibilidad, desde una perspectiva de la determinación de la ley aplicable, si se observan los preceptos contenidos en los Capítulos IV y VII consagrados, respectivamente, a la familia y a las sucesiones.

4. Sin embargo, la incorporación del principio autonomista en el Derecho internacional privado europeo en este ámbito resulta ya una constante que ha venido para permanecer, con el objetivo de garantizar la certeza legal y la previsibilidad a las partes, al igual que favorecer la movilidad internacional de las personas. Una incorporación que, empero, ni se manifiesta como plena en caso alguno al plasmarse de modo limitado (con el fin de servir a los objetivos señalados y garantizar la conexión del ordenamiento rector de la relación con el supuesto regulado), ni es lineal para todas las materias (al ser dispar la amplitud que se otorga a la voluntad en el Derecho material subyacente *in casu*), así como se ve normalmente acompañada de ciertas

⁴ Basedow, Jürgen, *El Derecho de las sociedades abiertas*, Bogotá, Legis, 2017, pp. 216-257; Carruthers, Janeen, Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships. What Place for Party Choice in Private International Law?, en: *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, Vol. 61, No. 4, pp. 881-913; Jayme, Erik, Identité culturelle et integration: le Droit international privé postmoderne, en: *Recueil des Cours*, 1995, Vol. 251, pp. 9 ss., especialmente pp. 163-166; Palao Moreno, Guillermo, Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad, en: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2013*, pp. 451 ss., especialmente pp. 457-459. En: http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2013/2013_6.pdf

⁵ Al respecto del Derecho de familia: Pertegás, Marta, Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European Private International Law in Family matters, en: *International Family Law for the European Union*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2007, pp. 319 ss., especialmente pp. 330-331. Sobre el Derecho de sucesiones: Fontanellas Morell, Josep María: *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 137-173.

exigencias formales y relativas al consentimiento (para garantizar su validez y eficacia).

En este sentido, a modo de ejemplo, las partes podrían elegir de forma limitada y alternativa entre: en materia de separación y divorcio, la ley de la residencia habitual común de los cónyuges, de la residencia de uno de ellos si residiera allí, de su nacionalidad común o la del foro (art. 5.1 Reglamento 1259/2010)⁶; si se trata de una obligación de alimentos, la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de alguna de las partes, la que hubieran seleccionado para regular sus obligaciones patrimoniales o su separación o divorcio (art. 8.1 del Protocolo de La Haya, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 2007)⁷; en materia sucesoria el testador podrá optar, entre la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad (art. 22.1 Reglamento 650/2012)⁸; y si se trata de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, la elección sería entre la ley de residencia habitual común o de uno de ellos, o la de su nacionalidad (art. 22.1. Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104)⁹.

⁶ Palao Moreno, Guillermo, La ley aplicable al divorcio. El Reglamento (UE) No. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III), en: *Nuevas orientaciones del Derecho Civil en Europa*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 661 ss., especialmente pp. 664-668.

⁷ Un Convenio que resulta aplicable para la UE, a partir de la incorporación por referencia prevista en el art. 15 Reglamento 4/2009). Azcárraga Monzonís, Carmen, El nuevo Convenio de La Haya sobre el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, en: *Revista Española de Derecho Internacional*, 2008, Vol. LX, No. 2, pp. 491-522; Bonomi, Andrea, The Hague Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, en: *Yearbook of Private International Law*, 2008, Vol. X, pp. 333 ss.; Esplugues Mota, Carlos / José Luis Iglesias Buhigues / Palao Moreno, Guillermo, *Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, 11^a ed., p. 528.

⁸ Palao Moreno, Guillermo, Artículo 22. Elección de la ley aplicable, en: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 151 ss.

⁹ Quinzá Redondo, Pablo y Gray, Jacqueline, Las (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones, en: *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, No. XIII, pp. 513 ss., especialmente pp. 535-540; Wautelet, Philippe: What's wrong with article 22? The unsolved mysteries of choice of law for matrimonial property, en: *Yearbook of Private International Law*, 2017/2018, No. 19, pp. 213 ss., especialmente pp. 216-218.

III. La importancia del criterio del domicilio y de la residencia habitual

5. Los puntos de conexión basados en el domicilio y en la residencia habitual de la persona ocupan un lugar central en los sistemas de Derecho internacional privado de Venezuela y de la Unión Europea. A pesar de sus diferencias –al poseer una naturaleza jurídica el primero y fáctica el segundo–, ambos criterios relativos a la persona se encuentran estrechamente relacionados; algo que aconseja su tratamiento conjunto. Así, a modo de ejemplo, en el artículo 11 de la Ley de Derecho internacional privado se aprecia esta vinculación, al establecer que el domicilio de una persona física se sitúa en el país donde se encuentra su residencia habitual¹⁰. A su vez, tales criterios coinciden en atender al objetivo de tratar de modo uniforme las relaciones suscitadas en un determinado país y vincular la relación en cuestión con el ordenamiento estatal donde se encuentra el “medio social” del sujeto, favoreciendo así la integración legal de los extranjeros en relación con los procesos migratorios¹¹.

6. De hecho, este criterio –en su versión domiciliar– constituye el verdadero principio rector en el sistema venezolano de Derecho internacional privado –en relación con las materias que cubre el estatuto personal– que inaugura la Ley de 1998¹², desterrando así el principio nacional presente en su normativa hasta esa fecha al respecto de este ámbito. Así, la Ley de Derecho internacional privado se refiere al mismo a la hora de determinar la ley aplicable –normalmente como criterio único– a, entre otros: los efectos –tanto personales, como patrimoniales–, del matrimonio conectándolos con la

¹⁰ Barrios, Haydée, Del Domicilio, en: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje No. 1, Vol. II, pp. 235 ss., especialmente pp. 235-237.

¹¹ Bucher, Andreas, La famille en droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 2000, Vol. 283, pp. 9 ss., especialmente pp. 90-91; Jayme, Identité culturelle..., ob. cit., pp. 204-207.

¹² B. de Maelkelt, Tatiana, Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales, en: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje No. 1, Vol. II, pp. 91 ss., especialmente pp. 101-103; Hernández-Bretón, Eugenio, Nueva Ley venezolana del Derecho Internacional Privado, en: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje No. 1, Vol. II, pp. 53 ss., especialmente pp. 56-57; id., El domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional privado actual, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maelkelt*, Caracas, FCJPUCV, 2001, T. I, pp. 131-141.

ley de su domicilio común o el último común si fueran distintos (art. 22); la separación y el divorcio, optando por la ley del cónyuge demandante -con eficacia de hasta 1 año desde que lo cambia con el objeto de residir en otro Estado- (art. 23); o la sucesión, quedando ordenada por la ley del domicilio del causante (art. 34). Regulando, aunque no lo indique expresamente su art. 24, materias como la obtención de alimentos¹³.

7. La normativa europea también contempla un papel destacado a la residencia habitual para los ámbitos del Derecho internacional privado de familia y sucesiones que ha ordenado hasta la fecha -más abierto que el anterior, dado su carácter fáctico¹⁴-, reservando normalmente el criterio domiciliar para las normas jurisdiccionales. Así, de un análisis de los instrumentos europeos mencionados, se observa que se privilegia este elemento -como criterio de partica en normas de conflicto múltiple o desplazable por medio del juego de la autonomía de la voluntad- en materia de: alimentos, estableciendo la residencia habitual del acreedor -o de su nueva residencia, en supuesto de cambio- en su norma general sobre la ley aplicable (art. 3 Protocolo de la Haya de 2007)¹⁵; separación o divorcio, priorizando la residencia habitual común -en el momento de interposición de la demanda-, frente a la última residencia común antes de transcurrir un año y uno de ellos permanezca allí (art. 8.1, a) y b) Reglamento 1259/2010)¹⁶; sucesiones como solución general, a favor de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 21.1 Reglamento 650/2012)¹⁷; régimen económico matrimonial como primera conexión, apostando por la primera residencia habitual común tras la celebración del matrimonio (art. 22.1, a) Reglamento 2016/1103)¹⁸; o como excepción y a

¹³ Esis V., Ivette S., La obligación alimentaria en el Derecho internacional privado: nuevos desafíos y realidades, en: *Estudios de Derecho Internacional privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, UCAB, 2012, pp. 75 ss., especialmente p. 89.

¹⁴ González Campos, Julio Diego, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général, en: *Recueil des Cours*, 2000, Vol. 287, pp. 9 ss., especialmente pp. 220-223.

¹⁵ Esplugues Mota / Iglesias Buhigues / Palao Moreno, *Derecho internacional privado...*, ob. cit., p. 528

¹⁶ Palao Moreno, *La ley aplicable al divorcio...*, ob. cit., pp. 668-670.

¹⁷ Palao Moreno, Guillermo, Artículo 21. Regla general, en: *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia. Tirant lo Blanch, 2015, pp. 140 ss., especialmente pp. 142-147.

¹⁸ Diago Diago, Pilar, Art. 22. Elección de la ley aplicable, en: *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea*.

partir de la solicitud de una de las partes a la autoridad judicial, en materia de efectos patrimoniales del matrimonio o de las uniones registradas, al respecto de la última residencia habitual común (26.3 Reglamento 2016/1103 y 26.2 Reglamento 2016/1104)¹⁹.

IV. El papel residual de la nacionalidad

8. La nacionalidad, criterio de conexión tradicional desde el s. XIX, en relación con las materias vinculadas con el estatuto personal en un significativo número de sistemas de Derecho internacional privado de inspiración continental europeo –como en el caso español o Venezuela tras los cambios que introdujo su Ley de Derecho internacional privado–, ha ido perdiendo terreno de forma paulatina durante las últimas décadas, en favor del domicilio y la residencia habitual²⁰. Los ejemplos de Venezuela y la Unión Europea son buenas muestras de ello. Unos ordenamientos donde, o bien se excluye directamente su juego del sistema –como sucede con la Ley de Derecho internacional privado–, o bien se realiza una aproximación más matizada y flexible –como sucede en la UE, tratando de respetar las tradiciones de sus Estados miembros– contemplando su juego de forma subsidiaria o con el objeto de favorecer el respeto de la identidad personal del sujeto en cuestión²¹.

9. En esta línea y por lo que respecta al sistema europeo, el criterio de la nacionalidad se ha incorporado al respecto de materias como: la separación y el divorcio, en defecto de los criterios anteriores –basados en la residencia habitual– y cuando sea común en el momento de interposición de la demanda (art. 8, c) Reglamento 1259/2010); las sucesiones, donde se contempla su elección por el causante en detrimento de su residencia

Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104, Valencia. Tirant lo Blanch, 2019, pp. 209 ss., especialmente pp. 211-214.

¹⁹ Diago Diago, Pilar, Art. 26. Ley aplicable en defecto de elección por las partes, en: *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n° 2016/1103 y 2016/1104*, Valencia. Tirant lo Blanch, 2019, **pp. 247 ss.**

²⁰ Basedow, *El Derecho de las sociedades abiertas...*, ob. cit., p. 295.

²¹ Al respecto, Madrid Martínez, Claudia, *La norma de Derecho Internacional Privado*, Caracas, FCJPUCV, 2004, p. 225.

habitual (art. 22.1 Reglamento 650/2012)²²; el régimen económico matrimonial o los efectos patrimoniales de las uniones de hecho, ya sea la de cualquiera de los cónyuges (o miembros de la unión registrada), cuando se celebrara un acuerdo, en supuestos de elección de ley (art. 22.1, b) Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104)²³, o cuando fuera común en el momento de la celebración del matrimonio, de forma subsidiaria a la residencia habitual, en defecto de elección por los cónyuges (26.1, b) Reglamento 2016/1103)²⁴.

V. El juego del “principio de proximidad”

10. Los legisladores venezolano y europeo han procurado elaborar respuestas conflictuales que garanticen la vinculación entre el supuesto a regular y la ley rectora de esta situación internacional. Sin embargo, en su dimensión de cumplir con este objetivo por medio del empleo de puntos de conexión abiertos que ofrezcan flexibilidad, lo cierto es que el “principio de proximidad” ha contado tradicionalmente con una escasa o nula aplicación al respecto de la determinación de la ley aplicable en supuestos de familia y sucesiones, poseyendo un mayor predicamento en materia de Derecho de obligaciones²⁵. La imprevisibilidad que es susceptible de generar se encontraría tras esta omisión, a pesar que permitiría atender a las circunstancias del supuesto en cuestión a la hora de determinar la ley rectora al mismo.

11. A pesar de lo expuesto, se puede advertir como el mismo se ha ido incorporando paulatinamente de forma reciente -implicando un acercamiento entre los sistemas del *common law* y del *civil law*²⁶-, con el objeto de corregir los automatismos a los que podría conducir el juego lineal de los otros puntos de conexión analizados. A este respecto, si bien su

²² Palao Moreno, Artículo 22. Elección de la ley aplicable, ob. cit., pp. 154-157.

²³ Diago Diago, Art. 22. Elección de la ley aplicable..., ob. cit., p. 211.

²⁴ Diago Diago, Art. 26. Ley aplicable en defecto de elección por las partes..., ob. cit., pp. 250-251.

²⁵ Con carácter general, Lagarde, Paul, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé, en: *Recueil des Cours*, 1986, Vol. 196, pp. 9 ss.

²⁶ B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría General del Derecho Internacional Privado*, Caracas, ACPS, 2005, p. 380.

presencia no se ha manifestado todavía en el sistema venezolano al respecto del ámbito temático analizado²⁷, sí que se observa su incorporación en los más recientes instrumentos europeos de Derecho internacional privado que se refieren a este singular sector, permitiendo flexibilizar la respuesta conflictual. De este modo, se puede comprobar el empleo de puntos de conexión basado en la conexión con el ordenamiento más estrechamente vinculado, en relación con materias como: las sucesiones, para excepcionar el juego de la regla general basada en la residencia habitual del causante (art. 21.2 Reglamento 650/2012)²⁸; al igual que el régimen económico matrimonial, como solución de cierre a falta de elección, en ausencia de residencia habitual o nacionalidad común (art. 26.1, c) Reglamento 2016/1103)²⁹.

VI. A modo de conclusión

12. Un análisis de las soluciones previstas en los sistemas de Derecho internacional privado de Venezuela y la UE, en el ámbito de la determinación de la ley aplicable en materia de familia y sucesiones, pone de manifiesto la evolución que ambos han sufrido, así como su adaptación a los retos regionales y globales que han experimentado en los últimos 20 años. En este sentido, de un lado, se aprecia la atención que ambos han ofrecido al fenómeno migratorio y la conexión de la persona con su medio social, al trasladar el centro de gravedad a criterios personales como el domicilio o la residencia habitual. Y ello, en detrimento del papel residual que se le otorga al criterio de la nacionalidad en Europa, excluido totalmente en el sistema de Venezuela. De otro lado, se percibe la importancia que se otorga a la persona y su voluntad, de forma creciente en la UE, aunque todavía con un

²⁷ Aunque sí, para las obligaciones convencionales, en el art. 30 LDIP. Giral Pimentel, José Alfredo, La teoría de las vinculaciones. El régimen de ley aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad, en: *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Caracas, TSJ, Colección Libros Homenaje No. 1, Vol. II, pp. 286 ss.

²⁸ Palao Moreno, Artículo 21. Regla general..., op. cit., pp. 148-150.

²⁹ Diago Diago, Art. 26. Ley aplicable en defecto de elección por las partes..., ob. cit., pp. 251-252; Quinzá Redondo, Pablo, La unificación -fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103, en: *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, No. 41, pp. 180 ss., especialmente p. 210.

valor muy reducido en el sistema venezolano. Por último, destaca la reciente -aunque puntual- incorporación del “principio de proximidad” en este ámbito en los nuevos instrumentos europeos, con el objetivo de determinar la ley estatal más conectada con la relación, frente a la exclusión de éste para las materias analizadas en el modelo venezolano -a pesar de su temprana consagración para ámbitos como el Derecho de obligaciones.