

Jurisdicción y Derecho Aplicable al Divorcio por Desafecto (Comentarios a la Sentencia No. 533 del 28/10/21, SC-TSJ)

José Antonio Briceño Labori^{*}

Claudia Pereira Méndez^{**}

Resumen

Este estudio tiene por objeto establecer una serie de apreciaciones e interrogantes respecto a la sentencia No.533 del 28 de octubre de 2021 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a saber: ¿fue realmente una revisión constitucional?; ¿el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado es el adecuado para determinar la jurisdicción en los divorcios no contenciosos?; ¿fue correcta la aproximación al asunto del derecho aplicable, incluyendo lo relativo al reenvío?; y, finalmente, ya considerados los aspectos más destacados, unas breves acotaciones relativas a la competencia interna y a la viabilidad y excepciones del criterio del paralelismo.

Abstract

This article focuses on a series of assessments and questions about the judgment No. 533 of October 28, 2021, of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice, about: was it really a constitutional review? Is article 39 of the Private International Law Act adequate to justify the jurisdiction in non-contentious divorces? Was the approach to the subject of the applicable law correct, including that related to the renvoi doctrine? and, finally, having considered the most outstanding aspects, we make some brief remarks about internal procedural competence and the viability and exceptions of the Asser criteria of jurisdiction.

Palabras clave

Desafecto. Revisión constitucional. Jurisdicción. Derecho aplicable. Reenvío. Paralelismo.

Keywords

Disaffection. Constitutional review. Jurisdiction. Law Applicable. Renvoi. Parallelism.

Sumario

Introducción: El Surgimiento del Desafecto como Nueva Causal de Divorcio. I. Hechos del Caso. II. Análisis de la Decisión de la Sala Constitucional. A. Tratamiento y Manejo de la Revisión Constitucional. B. El Asunto de la Jurisdicción. C. El tema del derecho aplicable. D. Consideraciones Adicionales de la Sala Constitucional. Conclusión.

* Abogado, UCV. Tesista de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV. Profesor de Derecho Internacional Privado, UCV y Derecho Procesal Civil Internacional, UCAB.

** Abogada, UCV. Egresada del Diplomado en Derecho Aeronáutico, UMA y del Diplomado de Estudios Avanzados en Contratos Internacionales y Arbitraje, UNIMET.

Introducción: El Surgimiento del Desafecto como Nueva Causal de Divorcio

Es ya conocido que el sistema venezolano del divorcio ha sufrido una reforma por vía judicial. El otrora taxativo catálogo de causales previsto en los artículos 185 y 185-A del Código Civil¹ se ha ampliado para incluir ahora dos nuevos motivos de procedencia: (i) el desafecto o la incompatibilidad de caracteres; y (ii) el mutuo consentimiento de los cónyuges². Específicamente con respecto a la causal de desafecto o incompatibilidad de caracteres, vemos que han sido fundamentales tres decisiones.

En primer lugar, tenemos el caso *Francisco Anthony Correa Rampersad*³. A través de esta decisión la Sala Constitucional abrió la brecha, previendo con carácter vinculante que las causales de divorcio previstas en el Código Civil no son taxativas, razón por la cual podrá demandarse el divorcio bien por las causales previstas en el mencionado instrumento normativo o por cualquier otra situación que las partes estimen como un impedimento para la continuación de la vida en común, incluyendo el mutuo consentimiento de las partes. Esta sentencia tuvo entre sus fuentes de inspiración aquella del caso *Víctor José de Jesús Vargas Irausquín*⁴, mediante la cual se modificó el régimen de la causal prevista en el artículo 185-A del Código Civil.

En segundo lugar, encontramos al caso *Hugo Armando Carvajal Barríos*⁵. Este desarrolla al desafecto o incompatibilidad de caracteres como nueva causal de divorcio, indicando que “resulta fracturado y acabado, de hecho, el vínculo matrimonial, por cuanto ya no existe el sentimiento afectuoso que originó dicha unión”. A esto agrega la Sala Constitucional lo siguiente:

Por lo tanto y en razón de encontrarse, de hecho, roto tal vínculo que originó el contrato de matrimonio, este no debe de seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico, motivo por el cual no se puede someter a un procedimiento controversial al cónyuge que alegue o haga evidenciar el desafecto o la incompatibilidad de caracteres en su demanda de divorcio, pues esta Sala estando en

¹ Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982.

² Varela Cáceres, Edison Lucio, El nuevo divorcio en Venezuela, en: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, No. 15, p. 208. Disponible en: <https://bit.ly/399YJUh>

³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 693, 2 de junio de 2015 (*Francisco Anthony Correa Rampersad*), en: <https://bit.ly/3OEOJuH>

⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 446, 15 de mayo de 2014 (*Víctor José de Jesús Vargas Irausquín*), en: <https://bit.ly/3y8rN9p>

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1070, 9 de diciembre de 2016 (*Hugo Armando Carvajal Barríos*), en: <https://bit.ly/3xT3e8m>

franca sintonía con el respeto a los derechos constitucionales relativos a la libertad y el libre desenvolvimiento de la personalidad, desarrollados en la sentencia 693/2015, estableció la posibilidad de que la ruptura jurídica del vínculo matrimonial se pueda generar por causas no previstas en la legislación patria, es decir, que el desafecto y la incompatibilidad de caracteres, creadores de disfunciones en el matrimonio y la familia, siendo esta la base fundamental para el desarrollo de la sociedad, pueden ser alegados con el fin de obtener una sentencia que disuelva el vínculo jurídico que une a los cónyuges, para así lograr el desenvolvimiento efectivo de los principios, valores y derechos constitucionales que rigen la materia, así como la protección familia y de los hijos —si es el caso— habidos durante esa unión matrimonial en la cual se produjo el desafecto o la incompatibilidad señalada.

Esto nos lleva finalmente a la tercera decisión. A través del caso *Enrique Luis Rondón Fuentes vs. María Adelina Covuccia Falco*⁶, la Sala de Casación Civil aclaró el tipo de procedimiento que se seguiría en los casos de divorcio por desafecto o incompatibilidad de caracteres, indicándose lo siguiente:

Entonces, cuando la causal de divorcio verse sobre el desamor, el desafecto o la incompatibilidad de caracteres, el procedimiento a seguir será el de la jurisdicción voluntaria, establecido en los artículos del 895 al 902 del Código de Procedimiento Civil, ordenando la citación del otro cónyuge (quien deberá comparecer representado o debidamente asistido de abogado) y del Fiscal del Ministerio Público, pues una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial “...debe tener como efecto la disolución del vínculo...”. Así lo refleja la sentencia 1070/2016 *supra* transcrita de la Sala Constitucional, procedimiento en el cual fue suprimida la articulación probatoria, ya que tal manifestación no puede depender de la valoración subjetiva que haga el Juez de la entidad de la razón del solicitante.

Del recuento anterior, podemos apreciar que, a pesar de no estar prevista entre las causales de divorcio establecidas en los artículos 185 y 185-A del Código Civil, actualmente el desafecto o incompatibilidad de caracteres es un motivo procedente para la disolución del vínculo conyugal, que se sigue a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria y que se desarrolla sin un contradictorio propiamente dicho en cuanto al motivo de divorcio. Ahora bien, las anteriores decisiones han estudiado el asunto desde el punto de vista doméstico lo que nos lleva a la siguiente duda: ¿qué ocurre cuando una solicitud de divorcio por desafecto involucra elementos de extranjería relevantes? Tal duda nos la plantea

⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. RC.000136, 30 de marzo de 2017 (*Enrique Rondón Fuentes vs. María Covuccia Falco*), en: <https://bit.ly/36JKHYC>

la decisión que comentaremos a través del presente trabajo y esperamos dar algunas luces a través de su análisis.

I. Hechos del Caso y Fundamento de la Solicitud de Revisión Constitucional

La decisión objeto de nuestro análisis se emitió en el contexto de una solicitud de divorcio por desafecto interpuesta en agosto de 2018, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Losada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. En este supuesto se trataba de un matrimonio entre dos personas de nacionalidad venezolana contraído en el año 2014 y celebrado en el estado Zulia. Según lo indicado por la sentencia, el cónyuge solicitante estableció su domicilio en Suiza en 2016, reuniéndose su consorte con él en octubre de 2019, habiendo sido ya interpuesta la solicitud de divorcio.

Al no haber podido citar personalmente a su cónyuge, el cónyuge que solicitó el divorcio impulsó la citación por carteles y posteriormente el nombramiento de un defensor *ad litem*. No obstante, pocos días después, ella se hizo presente en el asunto oponiéndose a la solicitud de divorcio y alegó la falta de jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocerla. Dicho alegato fue basado principalmente en el hecho de que el cónyuge solicitante estaba domiciliado en Suiza y de que, al contrario de lo alegado por él en la solicitud interpuesta ante el tribunal de municipio, el domicilio conyugal también se había establecido en dicho país al haberse reunido estos en la mencionada nación.

Dicha excepción no fue tomada en cuenta por el Tribunal de Municipio. Al contrario, al día siguiente de haber sido alegada la falta de jurisdicción, el tribunal declaró improcedente la oposición presentada, expresando que la solicitud de divorcio había sido interpuesta de conformidad con el criterio del caso *Francisco Anthony Correa Rampersad*⁷, en donde se previó que la solicitud de divorcio por desafecto no precisa de un contradictorio “ya que en este caso el cónyuge alega y demuestra el profundo deseo de no seguir unido en matrimonio, como manifestación de un sentimiento intrínseco de la persona, lo cual difiere de

⁷ *Vid.*, nota 3.

las demandas de divorcio de carácter contenciosas”⁸. En la misma decisión, el Tribunal de Municipio declaró con lugar la solicitud de divorcio por desafecto, acordó oficiar a la autoridad civil correspondiente para que se estampe la respectiva nota marginal al acta de matrimonio y eximió de costas dada la naturaleza del fallo.

Ante ello, la cónyuge que se opuso a la solicitud de divorcio apeló de la decisión del tribunal de municipio, correspondiendo el conocimiento de dicho recurso al Juzgado Superior Segundo en lo civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia⁹. Este Tribunal Superior declaró la improcedencia de la apelación el 15 de julio de 2019, revocó el auto que oyó la apelación y declaró definitivamente firme la sentencia apelada.

En vista de dicha situación, la cónyuge que se opuso a la solicitud de divorcio interpuso solicitud de revisión constitucional en la cual argumentó que: (i) se había incurrido en la infracción de las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado¹⁰, violándose el deber de aplicar la misma; (ii) la sentencia del Tribunal de Municipio presentaba errores grotescos de interpretación de normas legales que afectan el orden constitucional, el orden público constitucional, los principios jurídicos fundamentales y que desconocían todos los criterios interpretativos de normas constitucionales hechas por la Sala Constitucional en relación del divorcio y la tutela judicial efectiva; (iii) no se aplicó el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil; (iv) se determinó erróneamente como último domicilio conyugal el de la ciudad de Maracaibo y no Suiza; (v) fueron indebidamente aplicados los artículos 140, 140-A, 185 y 185-A del Código Civil, en virtud de que los artículos 15 y 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado indican que el derecho que aplica al divorcio es el del domicilio del cónyuge demandante; (vi) se infringió de manera grotesca el contenido del artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado; (vii) se incurrió en violaciones del debido proceso; (viii) la sentencia impugnada no se pronunció sobre la falta de jurisdicción alegada; y (ix) el defensor *ad litem* planteó una defectuosa e inadecuada defensa técnica, incurriendo en las dolencias en el ejercicio de dicho cargo que han sido señaladas por la Sala de Casación Civil.

⁸ La cita proviene de la decisión de la Sala Constitucional, debido a que la decisión del Tribunal de Municipio no se encuentra publicada en el sitio web <http://zulia.tsj.gob.ve>

⁹ La decisión del Tribunal Superior tampoco pudo ser ubicada en <http://zulia.tsj.gob.ve>

¹⁰ Gaceta Oficial No. 36.511, 6 de agosto de 1998.

A pesar de que todos estos aspectos tienen, en sí mismo, su nivel de importancia e interés, en nuestros breves comentarios nos concentraremos especialmente en las consideraciones sobre la jurisdicción y el derecho aplicable que abordó la Sala Constitucional. En nuestro análisis partiremos de una panorámica general de lo considerado por la Sala, diseccionando los distintos aspectos para su revisión individual.

II. Análisis de la Decisión de la Sala Constitucional

A. Tratamiento y Manejo de la Revisión Constitucional

La sentencia objeto de nuestro análisis declaró “no ha lugar” la solicitud de revisión interpuesta por la ciudadana Daniela María Viloría Gómez de la sentencia del 8 de febrero de 2019 del Tribunal Segundo de Municipio Ordinario y Ejecutor de Medidas de los Municipios Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Es de interés que en su análisis la Sala reiteró que “la facultad revisora que le ha sido otorgada a este órgano jurisdiccional por la Carta Magna, tiene carácter extraordinario y... en ningún momento debe ser considerada como una nueva instancia”, agregando que su facultad recae “sobre las sentencias definitivamente firmes que... de manera evidente, hayan incurrido en error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución, o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional y que el fin fundamental es la unificación de criterios y principios constitucionales”.

Lo anterior se refiere a que nuestro ordenamiento jurídico limita la facultad de revisión de la Sala Constitucional a: (i) aquellas decisiones que desconocen absolutamente algún precedente dictado por la Sala; (ii) aquellas que incurren en la falta de aplicación de una norma constitucional; (iii) aquellas que incurren en la indebida aplicación de una norma constitucional; o (iv) aquellas que incurren en un error grotesco al interpretar una norma constitucional¹¹. En ese sentido, debe tomarse en consideración que el hecho determinante de la revisión extraordinaria no es el perjuicio *per se*, sino que se presente alguno de los motivos antes indicados.

¹¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 2.957, 14 de diciembre de 2004 (*Margarita de Jesús Ramírez*), en: <https://bit.ly/3EJWenk>

Asimismo, ha sido clara la jurisprudencia al excluir la posibilidad de la Sala de entrar a conocer el fondo de los asuntos debatidos en el juicio de origen dado que ello es propio del juez natural y comprende su soberanía e independencia para decidir¹². Esto implica que en esta sede extraordinaria no es viable examinar la suficiencia o insuficiencia de la motivación plasmada en el fallo cuya revisión solicita. De igual forma, la Sala no puede descender a revisar las valoraciones consideradas por el *a quo* en su dispositivo, o el alcance de las normas empleadas en el referido fallo, salvo que se evidencie que los supuestos del caso se subsuman en los criterios vinculantes instaurados por esta Sala —ya mencionados— en materia de revisión constitucional.

Ahora bien, se puede observar del presente fallo que, pese a la declaratoria de no haber lugar del recurso extraordinario, se rectificó la motivación de la sentencia recurrida, sustituyéndola por la plasmada en el fallo de la Sala, manteniendo la parte dispositiva de la sentencia recurrida y los efectos de los oficios dirigidos a ejecutar la sentencia de divorcio.

En consecuencia, vemos en primer lugar que en el asunto que comentamos la Sala omitió la observancia de sus propios criterios reiterados y pacíficos en cuanto al tratamiento de la solicitud de revisión de constitucional, especialmente, los planteados en los casos *Corpoturismo*¹³ y *Margarita de Jesús Ramírez*¹⁴. En segundo lugar, es cuestionable el manejo y el enfoque de la Sala al momento de manifestarse sobre el caso concreto, puesto que, al no evidenciarse la subsunción del fallo en los supuestos de procedencia de la revisión constitucional, no ha debido pronunciarse sobre el fondo, sustituir la motivación, y, posteriormente, emitir una declaratoria no ha lugar sobre la referida solicitud, puesto que ello podría generar malinterpretaciones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, puede indicarse que la actuación de la Sala incurrió en una disrupción de la naturaleza del recurso extraordinario de revisión constitucional, dado que en reiterados fallos ha afirmado que su potestad es excepcional y no una tercera instancia o instrumento ordinario que proporcione un medio de defensa. Por tanto, tampoco puede la Sala

¹² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 381, 6 de abril de 2015 (*Miriam Bali de Alemán, Nelly Bali de Sayegh e Inversiones Emibal, C.A.*), en: <https://bit.ly/3LfuaLh>

¹³ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 93, 6 de febrero de 2001 (*Corpoturismo*), en: <https://bit.ly/3vgi6DX>

¹⁴ *Vid.* nota 11.

Constitucional pretender la resolución del caso concreto o la “enmendadura de injusticias” puesto que su fin último es garantizar la paridad, supremacía y efectividad de los criterios constitucionales¹⁵ y no estudiar el caso de la misma forma que lo hubiese hecho un tribunal de instancia.

A pesar de esta necesaria aclaratoria, es importante destacar que el análisis de la Sala Constitucional realizó unas consideraciones relevantes de Derecho Procesal Civil Internacional y de Derecho Internacional Privado respecto al asunto de fondo, que es necesario revisar para comprobar su rectitud a la luz del sentido y alcance de las normas involucradas.

B. El Asunto de la Jurisdicción

La Sala Constitucional inició el análisis del asunto de la jurisdicción con el alegato de la inaplicabilidad del artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, aclarando correctamente que tanto esta norma, como el artículo 62 *ejusdem*, están derogados por el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado. Esta es la norma que actualmente rige el trámite procesal de la jurisdicción en los casos conectados con varios ordenamientos jurídicos¹⁶, incluyendo lo relativo a la regulación de jurisdicción y a la consulta obligatoria.

Posteriormente, la Sala procedió a establecer de forma general la fuente aplicable para estudiar los problemas de jurisdicción y derecho aplicable. A pesar de que no hubo un análisis expreso de los elementos de extranjería del caso bajo estudio, es claro que se trata de una causa de divorcio entre personas que detentan la nacionalidad venezolana y en donde al menos uno de los cónyuges se encontraba domiciliado en el extranjero (en Suiza específicamente) para el momento en que se interpuso la solicitud de divorcio por desafecto.

En su búsqueda de un tratado que regulase “lo concerniente a las relaciones familiares, específicamente al divorcio y a las obligaciones que se deriven del mismo, tanto en lo relativo a la jurisdicción de los tribunales para conocer del

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 2.934, 14 de diciembre de 2004 (*Construcciones Pentaco JR C.A.*), en: <https://bit.ly/3EL06V4>

¹⁶ *Vid.* Sobre el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado: Dos Santos, Olga María, Falta de Jurisdicción. Artículo 57, en: T. B. de Mackelt, I. Villaroel y C. Resende (Coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo II, pp. 1197-1207 y Rodríguez, Luis Ernesto, La falta de jurisdicción y su trámite, en: T. B. de Mackelt et al. (Coord.), *Derecho Procesal Civil Internacional: In Memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, 2010, Serie Estudios No. 88, pp. 203-226.

caso, como en lo relativo al derecho que ha de ejercerse al mismo”, la Sala no ubicó un instrumento que estuviese vigente entre Venezuela y Suiza. Si bien lo regular es realizar un análisis de la fuente para el problema de la jurisdicción y para el problema del derecho aplicable por separado, dado que en uno u otro aspecto pueden estar regulados por instrumentos distintos, al menos a nivel de los tratados internacionales, la Sala en este caso acertó en realizar un solo examen, debido a que entre los países involucrados ciertamente no existe un tratado sobre la jurisdicción ni sobre el derecho aplicable al divorcio.

Posteriormente, la Sala inició el análisis del asunto de la jurisdicción con el criterio general del domicilio del demandado establecido por el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado indicando acertadamente que este es un criterio que aplica “independientemente de la materia que sea objeto de litigio”. De igual forma, aclara que los criterios específicos, especiales o particulares de los artículos 40, 41 y 42 *ejusdem* solo aplican cuando el demandado no esté domiciliado en Venezuela, aspecto que comúnmente pasa por desapercibido en nuestra jurisprudencia¹⁷.

Ante ello, la Sala procedió a analizar dónde se encontraba el domicilio del demandado al momento de interposición de la demanda, utilizando los artículos 11 al 15 de la Ley de Derecho Internacional Privado y partiendo del momento que resalta el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil norma que, valga el comentario, también se suele dejar de lado en el análisis de la jurisdicción en el Derecho Internacional Privado. Luego la Sala, a pesar de que introdujo momentáneamente el artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado y el artículo 23 *ejusdem* en su análisis, llegó a la conclusión de que la cónyuge recurrente se encontraba domiciliada en Venezuela, indicando para ello lo siguiente:

No obstante, en el presente caso, se observa que la demandada no alegó no estar domiciliada en Venezuela, aunado al hecho, de que en el fallo objeto de revisión se señaló que: “*Asimismo, se observa que los ciudadanos mayores de edad, y el cónyuge solicitante, en diligencia de fecha veinticuatro (24) de septiembre del año 2018, señaló que el último domicilio conyugal fue un inmueble ubicado en la Avenida Sabaneta, Residencia Villa del Sol I #7, en jurisdicción de la parroquia Manuel Dagnino del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, el cual fue ratificado por la ciudadana DANIELA MARIA* (sic)

¹⁷ Briccño Laborí, José Antonio, Metodología para la solución de los problemas de jurisdicción en el Derecho Internacional Privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, 2018-2019, No. 73, pp. 222-223. Disponible en: <https://bit.ly/3khwBRj>

VILORIA GOMEZ (sic), *en el escrito presentado en fecha 07 de febrero de 2019, y cursante en el vuelto del folio 50 del expediente, elemento determinante para la fijación de la competencia del Tribunal...*

De lo anterior, no cabe duda para esta Sala Constitucional que la ciudadana Daniela María Viloría Gómez, se encontraba domiciliada en Venezuela para el momento de la interposición de la demanda y es el criterio a tomar en consideración para establecer la jurisdicción de los tribunales venezolanos. Así se declara (Subrayado, negritas y cursiva en original).

De la anterior cita evidenciamos que el análisis de la Sala respecto del domicilio de la cónyuge se basó en un argumento muy simple: ella no alegó estar domiciliada en Venezuela y en la sentencia del Tribunal de Municipio se indicó que el último domicilio conyugal fue confirmado por ella en su escrito de oposición. Con ello vemos que la Sala Constitucional, a pesar de haber descendido a estudiar el fondo del asunto, realmente no procedió a verificar el domicilio de la cónyuge en cuestión, ni a analizar el contenido de los artículos 11, 12 y 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado a tales efectos, sino que dio por sentado que el domicilio individual de la cónyuge se encontraba en el mismo lugar en donde se encontraba en Venezuela el domicilio conyugal.

No obstante, la Sala pasó por desapercibido un aspecto relevante en la aplicación de este artículo, y es que este solo corresponde a procedimientos de jurisdicción o naturaleza contenciosa. En tal sentido, vemos que Hernández-Bretón nos indica lo siguiente:

El artículo 39 de la LDIP no indica expresamente si el mismo se aplica tanto a los casos de jurisdicción contenciosa como a los de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, el texto mismo del artículo 39 al referirse a “juicios intentados contra” sugiere que se limita a los juicios de carácter contencioso¹⁸.

De lo indicado por el mencionado autor se deriva que el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado implica que el procedimiento tenga parte demandante y demandada bien definidas y que mantengan posiciones contrarias en el proceso. Ahora bien, a pesar de que en el caso bajo análisis se presenta la particularidad de que uno de los cónyuges manifestó su oposición, vemos que la

¹⁸ Hernández-Bretón, Eugenio, Domicilio del Demandado. Artículo 39, en: T. B. de Mackelt, I. Esis Villaroel y C. Resende (Coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Tomo II, 2005, p. 994. En el mismo sentido, Lugo Holmquist, Claudia y Mirian Rodríguez Reyes, El divorcio en el sistema de Derecho Internacional Privado venezolano. Jurisdicción y derecho aplicable, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, UCV*, 2013, No. 138, p. 111. Disponible en: <https://bit.ly/3xSoBOT>

misma fue inicialmente rechazada por el Tribunal de Municipio, en virtud de que la causal de divorcio alegada por el solicitante fue el desafecto¹⁹.

Además, tal como hemos explicado en la introducción de este trabajo, los casos *Hugo Armando Carvajal Barrios*²⁰ y *Enrique Luis Rondón Fuentes vs. María Adelina Covuccia Falco*²¹, han previsto respectivamente que en el divorcio por desafecto no se verifica un contradictorio en cuando a la disolución del vínculo conyugal y que esta causal se instrumenta a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Si bien en este trabajo no abordaremos la diferencia entre procedimientos contenciosos y procedimientos de jurisdicción voluntaria²², se entiende que, en principio, en la solicitud de divorcio por desafecto no existe realmente un debate alegatorio o probatorio sobre el fondo de la solicitud. En el supuesto de las solicitudes de divorcio por desafecto iniciada por uno de los cónyuges, como indicó la Sala de Casación Civil, se debe citar a la otra parte y esta, en puridad de términos, tiene derecho a indicar lo que a bien tenga indicar sobre la solicitud presentada. No obstante, ello no implica que se abra un debate alegatorio o probatorio en lo que respecta a la disolución del vínculo conyugal²³. En

¹⁹ Por desafecto ha entendido el Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente: “Dicho **desafecto** consiste en la pérdida gradual del apego sentimental, habiendo de una disminución del interés por el otro, que conlleva a una sensación creciente de apatía, indiferencia y de alejamiento emocional, lo que con el tiempo lleva a que los sentimientos positivos que existían hacia el o la cónyuge cambien a sentimientos negativos o neutrales” (Negrita en original). Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 1070, 9 de diciembre de 2016 (*Hugo Armando Carvajal Ríos*), en: <https://bit.ly/3OAcOUy>

²⁰ *Vid.*, nota 5.

²¹ *Vid.*, nota 6.

²² <https://bit.ly/395wd6c>

²³ “Por ello, una vez expresada en los términos descritos la voluntad de disolver la unión matrimonial, “... debe tener como efecto la disolución del vínculo...” máxime si cualquier posible discusión en cuanto a una eventual reconciliación estaría —como ocurre en el sub iudice— fuera de contexto por ser ajena a las defensas que se plantearen, sin condicionantes probatorios, pues no existe prueba del sentimiento de desafecto ya que ello no está vinculada a condiciones ni a hechos comprobables; por el contrario, debe depender de la libre manifestación de voluntad del cónyuge de disolver el vínculo por la terminación del afecto, lo cual es más acorde con las exigencias constitucionales del libre consentimiento que impone el derecho de libre desarrollo de la personalidad y sin que el procedimiento pretenda invadir la esfera privada del cónyuge solicitante y sin cuestionar el libre desarrollo de su personalidad, pues las relaciones conyugales se establecen para vivir manteniendo el vínculo afectivo, por lo que a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria el Juez cuenta un amplio margen de discrecionalidad para acordar la demanda y sus pretensiones y de conformidad al artículo 11 del Código ritual, pueda, en casos excepcionales de duda, requerir alguna prueba que considere indispensable, sin permitírsele al Juez inmiscuirse en el libre desarrollo de la personalidad del individuo al valorar los motivos por los cuales el solicitante adoptó la decisión. El trámite es estrictamente objetivo y nada invasivo de la esfera individual del o la solicitante”. Tribunal Supremo de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia No. RC.000136, 30 de marzo de 2017 (*Enrique Luis Rondón Fuentes vs. María Adelina Covuccia Falco*), en: <https://bit.ly/3vHJhXh>

definitiva, cuando se está ante una solicitud de divorcio por desafecto no se está ante un procedimiento de jurisdicción contenciosa.

Esto implica entonces que el criterio general de jurisdicción previsto en el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado, en los términos que está planteado, no es realmente aplicable a los supuestos de divorcio por desafecto, dado que realmente los cónyuges en este tipo de procedimientos no se entienden como parte demandante y parte demandada. No obstante, ello no implica que el juez no deba evaluar el tema de la jurisdicción ni del derecho aplicable cuando existen elementos de extranjería relevantes en la situación concreta. La pregunta reside entonces en ¿qué alternativa tenía la Sala Constitucional?

Descartado el artículo 39 de la Ley de Derecho Internacional Privado naturalmente seguiría el artículo 42 *ejusdem*, debido a que es la norma que establece los criterios especiales de jurisdicción en materia de estados de las personas y relaciones familiares, entre las que se encuentra el divorcio. No obstante, con esta norma ocurre algo similar, dado que los artículos 40, 41 y 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado entran en acción cuando se trata de “juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior”, lo que implica también que se aplicarán solo a supuestos de jurisdicción contenciosa.

Si partimos entonces del hecho de que, como hemos dicho, en la solicitud de divorcio por desafecto no estamos ante un procedimiento de jurisdicción contenciosa, ello deviene en la inaplicabilidad de las normas sobre jurisdicción establecidas en los artículos 39 y 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado. El problema reside en cuál será la solución disponible para el juez venezolano.

Ante este escenario, consideramos que la Sala Constitucional se podría haber planteado dos posibles soluciones: (i) aplicar analógicamente alguno de los criterios de jurisdicción del artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado que fuera razonablemente coherente con la situación planteada; o (ii) aplicar analógicamente el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil²⁴ que

²⁴ Inicialmente publicado en la Gaceta Oficial No. 3.970 Extraordinario, 13 de marzo de 1987, con reforma parcial publicada en Gaceta Oficial No. 34.522 y cuyo texto vigente fue publicado en la Gaceta Oficial No. 4.209 Extraordinario del 18 de septiembre de 1990. Sobre la aplicación de los criterios de competencia procesal interna en materia de jurisdicción, *vid.*, Madrid Martínez, Claudia, Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, T. B. de Maekelt et al. (Coord.), *Derecho Procesal Civil Internacional: In Memoriam Tatiana B. de Maekelt*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico CDCH-UCV, 2010, Serie Estudios No. 88, p. 101.

establece como criterio de competencia procesal interna en materia de divorcio el lugar del domicilio conyugal.

Ambas soluciones parecen referir con el límite de que en materia de jurisdicción no es posible usar las fuentes supletorias de analogía y principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados²⁵. No obstante, consideramos que este límite debe ser racional en su aplicación. Esto implica hacer una necesaria diferencia entre dos supuestos posibles.

Ambos supuestos parten de la inexistencia de un tratado internacional aplicable a la materia en cuestión y vigente entre todos los Estados involucrados. Conforme a ello podríamos formular como primer supuesto un procedimiento contencioso sobre el cual ninguna de las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado les atribuye jurisdicción a nuestros tribunales. El segundo supuesto estaría constituido por un procedimiento de jurisdicción no contenciosa (como el divorcio por desafecto) o bien de jurisdicción voluntaria.

En el primer supuesto, la respuesta es clara, dado que los tribunales venezolanos no tienen jurisdicción. Se cuenta con una fuente positiva aplicable al asunto sometido al juez venezolano, solo que las normas incluidas en dicha fuente no les atribuyen jurisdicción a nuestros tribunales. En este caso el límite de no aplicar analogía o principios de derecho internacional privado tiene sentido, dado que no se trata de un silencio o laguna de la ley, sino que la aplicación de la misma deriva en un resultado negativo en cuanto a la pregunta de si nuestros tribunales tienen o no jurisdicción para conocer un asunto conectado con varios ordenamientos jurídicos.

En el segundo supuesto, consideramos que al tener las normas de jurisdicción previstas en la Ley de Derecho Internacional Privado un ámbito de aplicación limitado a los asuntos de jurisdicción contenciosa, se presenta efectivamente una laguna en los casos de jurisdicción no contenciosa y de jurisdicción voluntaria. Por ello, el resultado de que automáticamente se declare la falta de jurisdicción no nos parece ajustado.

A diferencia del primer supuesto, en este segundo podría ser razonable permitir la aplicación de la analogía o de los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. De lo contrario, nos podríamos encontrar ante un supuesto de denegación de justicia a la luz del artículo 19 del Código de

²⁵ Briceno Laborí, Metodología para la resolución. . . , ob. cit., p. 215.

Procedimiento Civil, en virtud de que el tribunal venezolano declara la falta de jurisdicción de nuestros tribunales por un supuesto de silencio de la ley.

Obviamente, esto no debe implicar el uso de la analogía o de los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados para que forzosamente se atribuya jurisdicción a nuestros tribunales. Simplemente debe usarse para tener un criterio que aplique al asunto de jurisdicción no contenciosa o de jurisdicción voluntaria, debiéndose estudiar, según las circunstancias del caso, si su aplicación deriva en que nuestros tribunales tienen jurisdicción para conocer el asunto.

Entre las opciones listadas *supra*, de aplicar analógicamente alguno de los criterios del artículo 42 de la Ley de Derecho Internacional Privado o aplicar el artículo 754 del Código de Procedimiento Civil, preferimos nosotros la aplicación del artículo 42, dado que son criterios especialmente ideados para los supuestos de Derecho Internacional Privado, antes que aplicar el Código de Procedimiento Civil que tiene una función distinta. En tal sentido, vemos que la Sala Constitucional podría haber tomado en consideración el criterio del paralelismo, dado que, como veremos, el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado podía ser tomado como un punto de partida para determinar el derecho aplicable.

C. El tema del derecho aplicable

Una vez establecida y atribuida la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la Sala procedió a estudiar el tema del derecho aplicable al divorcio. Para su estudio, tomó como punto de partida el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, que estipula como derecho aplicable el del domicilio del cónyuge demandante. Sin embargo, dicho artículo hace una salvedad y es que, en el caso de que se efectúe el cambio de domicilio por parte de este cónyuge, producirá efectos siempre y cuando haya excedido el año de haber ingresado al territorio de ese Estado con la intención de fijar allí su residencia habitual²⁶.

²⁶ Sobre el criterio del domicilio en materia de divorcio, la Sala Constitucional ratificó en esta decisión lo indicado en el caso *Aurora Haya Aja*, en el sentido siguiente: “El domicilio como criterio atributivo de jurisdicción en materia de divorcio y separación de cuerpos, está condicionado a un elemento temporal que es el transcurso del lapso de un año desde el último cambio de domicilio para que este produzca efectos, lo cual fue clara y expresamente establecido por el Legislador con la finalidad de impedir que los cónyuges incurrieran en fraude al cambiar de domicilio para determinar, a su conveniencia, el derecho aplicable a la situación planteada”.

Partiendo de esta norma, la Sala concluyó preliminarmente que el derecho aplicable al caso concreto era el de Suiza, por tener allí el demandado más de tres (3) años domiciliado para el momento en que se interpuso la solicitud de divorcio por desafecto. No obstante, la Sala no se quedó ahí, sino que también involucró los artículos 2 y 60 de la Ley de Derecho Internacional Privado para establecer que debía aplicar de oficio el derecho suizo, averiguando suficientemente su contenido y tomando en consideración sus criterios y jerarquía de fuentes, siempre que se cumplan los objetivos que buscan las normas venezolanas de conflicto. En tal sentido, es importante resaltar que, a criterio de la Sala Constitucional, el objetivo perseguido por el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado es “facilitarle” al cónyuge demandante el efectuar el divorcio o la separación de cuerpos.

Aquí llegamos a un aspecto muy relevante de esta decisión, y es que la Sala Constitucional procedió a declarar que esa remisión hecha por el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado debía ser global, por lo que era necesario “aplicar todo el ordenamiento jurídico suizo” tomando también en consideración las normas de conflicto suizas.

Partiendo de ello, la Sala procedió a citar el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado, para indicar que en este supuesto se verificaba el caso previsto en el primer aparte de dicha norma: el reenvío de primer grado. Esto es un asunto de gran importancia, dado que es la primera vez desde la promulgación de la Ley de Derecho Internacional Privado que el Tribunal Supremo de Justicia aplica la teoría del reenvío y el mencionado artículo 4²⁷.

Aunado a lo anterior, la Sala procedió a revisar la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, publicada el 12 de enero de 1988 ya que esta era, para la Sala, la aplicable *rationae temporis* por haber estado vigente al momento

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia No. 181, 10 de marzo de 2015 (*Aurora Haya Aja*), en: <https://bit.ly/37Gxmkg>

²⁷ *Vid.*, sobre la institución del reenvío: Hernández-Bretón, Eugenio, Los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, en: F. Parra (ed.), *Ley de Derecho Internacional Privado de 6 de agosto de 1998 (Antecedentes, Comentarios, Jurisprudencia)*, Libro Homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje No. 1, 2002, *Addendum*, pp. 175-187; B. de Maekelt, Tatiana, *Teoría General de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1ª reimp. de la 2ª ed. actualizada y ampliada, 2011, Serie Estudios No. 87, pp. 345-356 y Madrid Martínez, Claudia, *Instituciones Generales de Derecho Internacional Privado: Más Allá del Problema Conflictual*, en: V.H. Guerra, C. Madrid Martínez y Y. Pérez Pacheco (Coords.), *Estudios de Derecho Internacional Privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Escovar León Abogados, 2012, pp. 178-186.

de la interposición de la solicitud de divorcio. Dentro de esta ley la Sala tomó especialmente en cuenta el artículo 61, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 61: 1. El divorcio y la separación de cuerpos se rigen por el Derecho Suizo.

2. Sin embargo, cuando los cónyuges tienen una nacionalidad extranjera común y uno solo está domiciliado en Suiza, su Derecho nacional común es aplicable...²⁸.

Partiendo de esta norma, la Sala concluyó que el derecho aplicable era el venezolano dado que: (i) ambos cónyuges poseían la nacionalidad venezolana, pero solo el solicitante se encontraba domiciliado en Suiza; y (ii) el artículo 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado establece esta solución para los supuestos de reenvío de primer grado.

En términos generales la Sala Constitucional realizó un examen adecuado del problema del derecho aplicable. Como única excepción tenemos el hecho de que no adecuó la aplicación del artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado al supuesto de divorcio por desafecto. Al hablar esta norma de “cónyuge demandante”, se entiende que parte de la naturaleza contenciosa del divorcio. No obstante, en el caso en concreto consideramos que la Sala Constitucional tenía simplemente que indicar que, al tratarse de un divorcio no contencioso, no puede hablarse de demandante sino de solicitante, por lo que se podía aplicar el artículo 23 de la Ley de Derecho Internacional Privado, no directamente, sino por vía analógica, ya que en este caso la solicitud de divorcio fue incoada por uno solo de los cónyuges.

D. Consideraciones Adicionales de la Sala Constitucional

Luego de abordar los temas de jurisdicción y derecho aplicable, la Sala Constitucional consideró unos temas adicionales comenzando por la competencia procesal interna, dado que, “si los tribunales venezolanos tienen jurisdicción, obligatoriamente algún tribunal debe tener competencia en razón de la cuantía, materia y el territorio”, consideración acertada y que, a pesar de no haber sido citada, tiene precedente en el caso *Sol Cifuentes Gruber vs. Alberto Jaimes*

²⁸ Consultado en español en T. B. de Mackelt et al. (Eds.), *Material de Clase de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, Tomo I, pp. 455-456.

*Berti*²⁹. En virtud de ello, la Sala procedió a aplicar los artículos 52 de la Ley de Derecho Internacional Privado, 754 del Código de Procedimiento Civil y 3 de la Resolución No. 2009-0006 de la Sala Plena³⁰ para concluir que el tribunal de municipio que había conocido la solicitud de divorcio en primer lugar era efectivamente competente desde el punto de vista interno.

Punto interesante de las normas citadas es que el artículo 3 de la mencionada resolución asigna la competencia a los tribunales de municipio para conocer los “asuntos de jurisdicción voluntaria o no contenciosa en materia civil, mercantil, familia sin que participen niños, niñas y adolescentes, según las reglas ordinarias de la competencia por el territorio, y en cualquier otro de semejante naturaleza”, por lo que la Sala Constitucional estuvo consciente de la naturaleza no contenciosa del divorcio por desafecto, pero no conjugó ello con sus consideraciones sobre la jurisdicción y el derecho aplicable.

Finalmente, la Sala Constitucional pasó a considerar el alegato de la recurrente respecto al principio del paralelismo, indicando lo siguiente: (i) en los supuestos en los cuales opera el principio del paralelismo se parte de la idea de que siempre que las normas de la Ley de Derecho Internacional Privado conduzcan a la aplicación del derecho material venezolano, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer del litigio; y (ii) que la determinación de ese derecho aplicable puede resultar de la intervención de las normas de aplicación inmediata o necesaria, de las normas de conflicto de la Ley de Derecho Internacional Privado, o bien de lo dispuesto en los artículos 3, 4, 5, 6, 8 y 9 *ejusdem*. Estas normas prevén las soluciones relativas a los ordenamientos jurídicos complejos, el reenvío, las situaciones jurídicas válidamente creadas según un ordenamiento jurídico extranjero, la cuestión incidental, el orden público y la institución desconocida, respectivamente.

Es importante tener en cuenta que el criterio del paralelismo solo se verifica en relación con las normas de aplicación inmediata o necesaria cuando la norma en cuestión implique que todos los aspectos discutidos en el litigio se regirán por el Derecho venezolano. En otras palabras, cuando la norma de

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 212, 27 de mayo de 1993 (*Sol Cifuentes Gruber vs. Alberto Jaimes Berti*). Consultada en el copiadore de sentencias de la Sala Político-Administrativa correspondiente al segundo trimestre del año 1993.

³⁰ Publicada en Gaceta Oficial No. 39.152, 2 de abril de 2009.

aplicación inmediata o necesaria solo abarca un aspecto específico de la causa, no se puede llegar a asumir jurisdicción conforme al criterio del paralelismo³¹.

En lo que respecta al resto de artículos de la Ley de Derecho Internacional Privado citados por la Sala, vemos que: (i) el artículo 3 propiamente no es una norma que indique un derecho aplicable, sino que es una guía para el juez cuando se enfrenta a ordenamientos jurídicos complejos³²; (ii) el criterio del paralelismo se puede verificar efectivamente en los supuestos de reenvío de primer grado³³; (iii) el criterio del paralelismo no se conjuga con las instituciones previstas en los artículos 5, 8 y 9 porque el derecho venezolano solo se aplica allí por vía de excepción³⁴; y (iv) el criterio del paralelismo no se compagina con la institución de la cuestión incidental, dado que esta tiene como presupuesto el hecho de que la cuestión principal está regida por derecho extranjero, presentándose la diatriba sobre cuál norma de conflicto aplicar a la cuestión incidental, si aquella prevista en el derecho del foro o aquella prevista en el derecho aplicable a la cuestión incidental³⁵.

Conclusión

A manera de conclusión vemos que la Sala Constitucional en la sentencia que hemos comentado, realizó una serie de consideraciones muy importantes en materia de Derecho Procesal Civil Internacional y Derecho Internacional, pero dejó pasar la oportunidad de aclarar el régimen internacional del divorcio por desafecto, aspecto que es de gran relevancia, dada la cantidad de venezolanos que se encuentran domiciliados en el extranjero y que pueden iniciar este tipo de procedimiento. También fue una buena oportunidad para la Sala conjugar el sistema de jurisdicción de la Ley de Derecho Internacional Privado con los

³¹ Briceño Laborí, Metodología para la resolución. . . , ob. cit., p. 232.

³² B. de Mackelt, Tatiana, Ordenamientos Jurídicos Complejos. Artículo 3, en: T. B. de Mackelt, I. Esis Villaroel y C. Resende (Coord.), *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 2005, Tomo I, pp. 207-211.

³³ Hernández-Bretón, Eugenio, *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*, Caracas, Editorial Sherwood, 2004, Colección Cuadernos No. 8, pp. 84-85 y Briceño Laborí, Metodología para la resolución. . . , ob. cit., p. 233.

³⁴ Sobre el caso del orden público, *vid.*, Hernández-Bretón, Eugenio, *Problemas Contemporáneos*. . . , ob. cit., pp. 84-85. En general sobre estas instituciones pueden consultarse los siguientes materiales: B. de Mackelt, *Teoría General*. . . , ob. cit., pp. 342-346, 356-366 y 366-386 y Madrid Martínez, *Instituciones Generales*. . . , ob. cit., pp. 170-178, 194-203 y 208-220.

³⁵ Madrid Martínez, *Instituciones Generales*. . . , ob. cit., p. 189.

procedimientos de jurisdicción no contenciosa o voluntaria, pero, de nuevo, no se aprovechó la ocasión. A pesar de ello, esperamos que las breves consideraciones aquí realizadas sirvan de punto de partida para la discusión y la búsqueda de un consenso en cuanto a los aspectos de jurisdicción y derecho aplicable de esta novedosa causal de disolución del vínculo matrimonial.