



EL DIVORCIO EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO VENEZOLANO. JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE

CLAUDIA LUGO HOLMQUIST *

MIRIAN RODRÍGUEZ REYES**

Recibido: 21-07-2012

Aprobado: 20-04-2013

Resumen

Un recorrido por las decisiones judiciales venezolanas relacionadas con el Derecho internacional privado, desde enero de 2000 hasta mayo de 2011, muestra desaciertos en la manera como son abordados los casos con elementos extranjeros que son sometidos al arbitrio de nuestros jueces. Aquí presentamos la secuencia lógica para abordarlos, a través del régimen aplicable al divorcio conforme al sistema venezolano. Para ello, se tomarán en cuenta los dos aspectos que tradicionalmente han conformado el contenido del Derecho internacional privado, y en cuya disquisición se evidencian los principales desaciertos de nuestra jurisprudencia, tales son, la determinación de la jurisdicción y la determinación del Derecho aplicable.

Palabras clave: Derecho internacional privado, Divorcio, Divorcio contencioso, Divorcio no contencioso, Jurisdicción, Derecho aplicable.

Abstract

An insight of the Venezuelan judicial decisions related to Private International Law, from January 2000 to May 2011, displays some lapses in the way how cases with foreign elements are dealt with, whenever they are submitted to the discretion of our judges. This article shows the logical sequence to deal with those cases, in accordance with the regime applicable to divorce within Venezuelan system. To that end, it will be taken into account the two aspects that have traditionally constituted the content of Private International Law,

* Abogado (UCV). Tesista de la Maestría de Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV). Profesora de pregrado (UCAB, UCV y UNIMET) de Derecho Internacional Privado.

** Abogado (UCAB). Magister Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado (UCV). Profesora de postgrado (UCV) y de pregrado (UNIMET) de Derecho Internacional Privado.



and whose disquisitions evidence the main mistakes of our jurisprudence, such as: determining jurisdiction and choosing the applicable law.

Keywords: Private international law, Divorce, Contested divorce, Uncontested divorce, Jurisdiction, Applicable law.

INTRODUCCIÓN

Un recorrido desde el año 2000 hasta mayo de 2011 por las decisiones judiciales venezolanas relacionadas con el Derecho internacional privado, muestran como denominador común una serie de desaciertos, más o menos generalizados, en la manera de abordar los casos con elementos extranjeros, que son sometidos a la decisión de nuestros jueces.

Esta afirmación encuentra su mayor asidero en las decisiones de los jueces de instancia, evidenciándose con mayor énfasis en dos aspectos. Por un lado, en la falta de sustentación jurídica en el examen de los criterios que determinan nuestra jurisdicción frente a jueces extranjeros, con lo cual aquellos han llegando a atribuirse automáticamente la jurisdicción venezolana sin entrar a considerar si efectivamente la tienen o no¹. Por otra parte, en la recurrente confusión entre la determinación del Derecho aplicable a la controversia y la determinación de la jurisdicción venezolana².

Este ensayo tiene un doble propósito, uno eminentemente didáctico, dirigido a orientar al interesado en estas líneas en la secuencia lógica para abordar los casos de Derecho internacional privado según el sistema venezolano, de allí que la primera parte se concrete a presentar dicha secuencia para la solución de tales casos³. El otro, correctivo y reflexivo, a través del cual se pretenden

1 Por ejemplo, sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del estado Sucre, Exp. N° 6262.05 de fecha 15/11/05; sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del estado Sucre, Exp. N° 6126.05 de fecha 27/01/06; sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Amazonas, Exp. N° 6302.05 de fecha 19/12/05; sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Exp. N° 10871 de fecha 27/11/08.

2 Pueden verse, sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 391 de fecha 25/05/2000; sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, de Protección y Bancario de la Circunscripción Judicial del estado Aragua, Exp. N° 21013 de fecha 13/07/09; sentencia del Juzgado Superior Civil, Mercantil, Bancario, Tránsito y con competencia transitoria en Protección del Niño y del Adolescente del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial, Exp. 5088 de fecha 09/04/2007; sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Bancario, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, Exp. 0132-07 de fecha 09/11/2009; sentencia del Juzgado Séptimo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. s/n de fecha 27/05/2010.

3 En Venezuela, diversos autores han abordado brevemente esta secuencia, a saber, Madrid Martínez,

abordar dos de los diversos aspectos del *contenido* del Derecho internacional privado que progresivamente deben seguirse, tales son, la determinación de la jurisdicción y la determinación del Derecho aplicable (aquí excluimos deliberadamente de tal contenido, la ejecución de decisiones extranjeras), en cuyos ámbitos se evidencian los principales desaciertos de nuestra jurisprudencia. Por tal razón, en la segunda y tercera parte nos enfocaremos, respectivamente, a tratar ambos aspectos, tomando como referentes las decisiones en las que hemos detectado un manejo errado de esta disciplina jurídica.

Estos desaciertos los hemos hallado en gran medida en el ámbito de las acciones sobre relaciones familiares, en particular, en materia de divorcio y menores. No obstante, debemos aclarar que aquí abordaremos principalmente fallos sobre divorcios, no sólo por la importancia social del tema, sino además, por la frecuencia con que este tipo de causas se manifiestan en la jurisprudencia, aunque no descartaremos las referencias a fallos en materia de menores que consideremos estrictamente necesarias.

I. LA SECUENCIA LÓGICA

De seguidas se presenta la secuencia lógica que debe realizar el juez venezolano ante un caso de Derecho internacional privado. No se trata de una fórmula matemática a seguir, pero sí una orientación acerca del orden natural que facilita el entendimiento y solución de los complejos casos de Derecho internacional privado. Todo comienza por identificar los elementos extranjeros de la relación.

1. Identificación de los elementos extranjeros

En la controversia que se pretende solucionar es menester identificar los elementos extranjeros asociados a personas, bienes o actos, y el carácter privado con que actúan quienes intervienen en la relación jurídica controvertida, todo lo cual hace del caso planteado un asunto a ser resuelto por el Derecho internacional privado. La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana (en lo

Claudia: *La norma de Derecho Internacional Privado*. FCJP/UCV. Serie Trabajos de Grado, N° 2. Caracas. 2004. pp. 31-32; Hernández-Bretón, Eugenio: *Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Revista de Derecho 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2000. pp. 249-258; Romero, Fabiola: *Estructura y Clasificación de la Norma de Conflicto*. En: Derecho internacional privado, materiales para el estudio de la carrera de Derecho, FCJP/UCV. Caracas. 2005. p. 178.; y Guerra Hernández, Víctor Hugo: *Un caso práctico de "trabajador internacional" resuelto a través del Derecho Internacional Privado*. En: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Tomo I, FCJP/UCV. Caracas. 2001. p. 346. Pérez Pacheco, Yaritza: *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Serie Trabajos de Grado N° 18. FCJP/UCV. Caracas. 2008. pp. 98-102.

adelante LDIP),⁴ los identifica en su artículo 1 como los supuestos de hecho relacionados con ordenamientos jurídicos extranjeros. La ausencia de estos elementos extranjeros, o bien, la presencia de los mismos sin ninguna relevancia jurídica para el asunto ventilado, implica la solución del caso por el sistema de Derecho privado, tal como se resolvería uno estrictamente nacional⁵.

Lo que luce tan evidente como lo que acaba de exponerse, no suele serlo tanto en la práctica, toda vez que se han detectado casos en los que se ha dado tratamiento internacional a asuntos nacionales que ciertamente ostentaban elementos de extranjería, pero jurídicamente no relevantes para la controversia.⁶ La evidencia de estar en presencia de un supuesto atribuible al ámbito del Derecho internacional privado conlleva a verificar el aspecto de su *contenido* al cual debe darse solución. En ese orden de ideas, el examen de la *facultas iurisdictionis* o facultad de jurisdicción para conocer del asunto, entendida ésta como la potestad que tiene un Estado frente a los demás Estados que conforman la comunidad jurídica internacional, para conocer y decidir un caso con elementos extranjeros⁷, es imprescindible antes de entrar a considerar el Derecho aplicable al fondo.

2. Examen de las fuentes

Al examen de cualquiera de estos dos aspectos de su *contenido*, entiéndase, jurisdicción y Derecho aplicable, se impone la invocación de la norma del sistema venezolano de Derecho internacional privado que establece el orden de prelación de las fuentes que rige la materia. En este punto en concreto, debe destacarse el rol desempeñado por las dos disposiciones del sistema venezolano

4 Gaceta Oficial N° 36.511 de fecha 06/08/1998.

5 En la doctrina nacional, Madrid Martínez considera que la relevancia de los elementos de extranjería no deben ser evaluados *a priori*, sino que se debe necesariamente activar el sistema de Derecho internacional privado, tras lo cual el resultado de tal activación desechará o no el elemento de extranjería presente en el caso concreto. Madrid Martínez, Claudia: Relaciones de las empresas con sus pares. Los contratos internacionales. En: La empresa y sus negocios de carácter internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Cuadernos 1. Caracas. 2011. p. 101.

6 En concreto, se trataba de la nacionalidad colombiana de uno de los cónyuges en una solicitud de divorcio por el artículo 185-A del Código Civil donde ambas partes tenían domicilio en Venezuela. La nacionalidad colombiana, elemento evidentemente extranjero, pero en este caso irrelevante pues, la nacionalidad dejó de ser en la legislación venezolana factor de conexión personal con la entrada en vigencia de la LDIP, bastó para que el juez considerara el asunto dentro del ámbito de solución del Derecho internacional privado. Véase sentencia del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Nueva Esparta, Exp. N° 8623-07 de fecha 11/04/2007. Igual ocurre en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del estado Táchira, Exp. 5948-2005 de fecha 25/02/2008, donde la nacionalidad colombiana de uno de los cónyuges en una solicitud de divorcio por el artículo 185 del Código Civil fue suficiente para considerar el caso sometido al Derecho internacional privado.

7 Pérez Pacheco, Yaritza: *La jurisdicción en el Derecho...*, *op. cit.*, p. 45.

que prevén tal orden de prelación; estas son los artículos 1 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (en lo adelante CINGDIP)⁸ y 1 de la LDIP, los cuales son reflejo fiel de la convivencia de las fuentes convencionales y estatales del sistema venezolano de Derecho internacional privado.

La aplicación del artículo 1 de la CINGDIP⁹ es preferente si los ordenamientos jurídicos relacionados con el caso pertenecen a países entre los cuales está vigente esta Convención. El mismo establece en qué casos se activa el Derecho internacional privado, mencionando la sujeción a lo establecido en dicha Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban; lo que en justa medida debe entenderse que se encuentren ratificadas o que se ratifiquen en el futuro¹⁰ en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. De allí que la primera fuente a considerar sean los tratados, en defecto de lo cual, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno, es decir, las normas internas de Derecho internacional privado que regulen el supuesto de hecho controvertido.

Ahora bien, si los ordenamientos jurídicos conectados con el caso pertenecen a países no contratantes de la CINGDIP, entra en funcionamiento el artículo 1 de la LDIP¹¹, el cual señala como fuente primaria el tratado¹², en cuya ausencia se aplican las normas de Derecho internacional privado venezolano, para dar paso, en defecto de las mismas, a las fuentes complemen-

8 Gaceta Oficial N° 33.252 de fecha 26/06/1985. CIDIP II, Montevideo Uruguay, 1979.

9 Artículo 1 de la CINGDIP: "La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno".

10 El tratado simplemente suscrito o firmado, no se considera desde el punto de vista formal como una norma vigente. Los tratados deben estar vigentes en Venezuela y en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se relacione con el caso para ser aplicados de manera directa o como fuente de primer orden.

11 Artículo 1 de la LDIP: "Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados".

12 La expresión contenida en la norma "...las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia...", ha sido punto de discusión en la doctrina venezolana. Si bien el análisis de la misma escapa del objeto de estudio de este trabajo, hemos de sostener la opinión de Claudia Madrid, según la cual "las únicas normas de Derecho internacional público útiles en la resolución de los casos con elementos de extranjería son los tratados internacionales". Véase al respecto Madrid Martínez, Claudia: *Ámbito de aplicación de la ley. Prelación de las fuentes*. En: Ley de Derecho Internacional Privado. Tomo I. FCJP/UCV. Caracas. 2005. p. 155. En el mismo sentido, Maekelt, Tatiana B. de: *Ley de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*. ACPS. Caracas. 2002. p. 60.

tarias que constituyen herramientas de integración del derecho, como son la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.

En todo caso, hay un reconocimiento tácito de la supremacía del tratado cuando, invocando el artículo 1 de la LDIP, el juez aplica el tratado. Pero si invocando el artículo 1 *ejusdem* hace caso omiso del tratado y aplica dicha ley como fuente directa, está incurriendo en *error in iudicando*¹³, como en efecto se ha evidenciado en la jurisprudencia local¹⁴.

3. Determinación de la jurisdicción

Como ha podido observarse, los artículos 1 de la CINGDIP y 1 de la LDIP establecen las mismas fuentes aplicables a la materia. Dada la concordancia, de ahora en adelante nos referiremos sólo al artículo 1 de la LDIP, en el entendido que la CINGDIP deberá prevalecer en los supuestos conectados con los ordenamientos jurídicos entre los Estados parte. Por otra parte, debemos advertir que en la determinación de la jurisdicción del juez venezolano, como veremos *infra*, no se aplican como fuentes de Derecho ni la analogía ni los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, en tanto que ella vendrá determinada por una norma expresa contenida en un tratado o en una ley nacional, por lo que el criterio que le atribuye tal potestad jurisdiccional ha de estar debidamente invocado y fundamentado en dicha norma. Así, en lo que atañe al aspecto jurisdiccional, el silencio del legislador ante el conocimiento de un caso con elementos de extranjería significa que el mismo no cae dentro de la esfera de la jurisdicción de los tribunales venezolanos¹⁵.

Vale la pena mencionar que en materia de menores tal advertencia ha sido manifiestamente infringida con la aplicación del principio del *Interés Superior del Niño* como criterio atributivo de jurisdicción, a partir del cual los jueces venezolanos se han atribuido la potestad de juzgar en casos en los que no correspondía atribuírsela, toda vez que dicho principio no está expresamente establecido como criterio de jurisdicción¹⁶.

13 Madrid Martínez, Claudia: *Ámbito de aplicación de la ley...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

14 Véase en tal sentido, sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del estado Sucre, Exp. N° 6262.05 de fecha 15/11/05.

15 Hernández-Bretón, Eugenio: *Modificación de la competencia procesal internacional directa de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)*. En: RFD/UCAB N° 43. Caracas. 1991. p. 235.

16 Véase, sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2009-1005 de fecha 13/01/2010; sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2010-0917 de fecha 11/11/2010. Asimismo, consúltese Voto Salvado del 04/05/2011 correspondiente a la sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2011-0071 de fecha 28/04/2011, en el que la magistrada disidente objeta el fallo que declara acertadamente la falta de jurisdicción del juez venezolano basado

A propósito de esto, y en general, de la insistencia de adjudicarse la jurisdicción a toda costa, conviene referir un caso puntual de la jurisprudencia nacional en materia de menores, en concreto, en un reclamo de obligación de manutención donde el juez venezolano utiliza la institución del reenvío para la determinación de su propia jurisdicción, cuestión que resulta notablemente curiosa y difícil de entender, en tanto que dicha institución procede en el marco de la determinación del Derecho aplicable a la controversia.¹⁷ En situaciones como la referida, queda evidenciado que nuestros juzgadores pasan por alto el artículo 43 LDIP¹⁸ que les atribuye la potestad jurisdiccional para dictar medidas provisionales de protección de personas que se encuentran transitoriamente en el territorio nacional, pese a no estarles atribuida la jurisdicción para el fondo por ninguno de los criterios atributivos previstos en nuestro sistema de Derecho internacional privado.

Adicionalmente, en lo que atañe a la jurisdicción, debemos tener presente el principio de la *perpetuatio iurisdictionis* contenido en el artículo 3 del Código

en que la aplicación del criterio del domicilio de una menor y su padre demandado, como factor de conexión para determinar el Derecho aplicable, descartaba la posibilidad de concretarse un paralelismo conforme al artículo 42 numeral 1 de la LDIP, en virtud de que tal domicilio se encontraba en Alemania. Según el criterio sostenido en el Voto Salvado, la sentencia transgredía los principios constitucionales y legales, así como la Convención sobre los Derechos del Niño, y se apartaba de la tutela del bien jurídico perseguido, y en particular, del interés superior del menor, por todo lo cual consideraba que Venezuela sí tenía jurisdicción. El Voto además es, a nuestro criterio, considerablemente injusto con la LDIP, en tanto le adjudica una “rigurosidad” justificada por su sanción (1998) en tiempo anterior a la proclamación de la Constitución, si bien es conocido que dicha ley, y el Derecho internacional privado contemporáneo, persiguen como propósito el justo equilibrio entre la justicia formal y la justicia material del caso concreto.

- 17 Sentencia de la Sala 1 del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Exp. s/n de fecha 03/02/2010. Corresponde el caso a una demanda que introduce la madre en representación de su hijo, ambos venezolanos y domiciliados en Panamá, exigiendo el cumplimiento de la obligación de manutención al padre venezolano domiciliado en Miami, EEUU. El juez, luego de entrar a analizar la definición y regulación de la obligación alimentaria internacional, y hacer énfasis en la importancia de algunas cuestiones fundamentales como la ley aplicable, la jurisdicción internacional y la cooperación internacional, revisa los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo existentes en materia de obligación de manutención, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, y el Convenio de Naciones Unidas de Nueva York de 1956; a sabiendas de que los mismos no son aplicables, ya que no han sido ratificados por Venezuela. Posteriormente, funda su jurisdicción aplicando el artículo 8, literal *c* de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias -que sí está ratificada por Panamá- apoyándose en los supuestos fácticos subsumibles en dicha norma. La percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos por parte del padre en la ciudad de Maracaibo, y el tratarse de una obligación de manutención que a éste le había sido impuesta por un juez venezolano, fueron los supuestos fácticos que dieron pie a la aplicación del referido artículo. Tal aplicación la construye con base en la doctrina del reenvío prevista en el artículo 4 de la LDIP venezolana (aunque inexplicablemente también hace referencia al artículo 5 *ejusdem*), y la “heteroaplicación procesal” de la ley extranjera a los fines de proteger el derecho humano de manutención.
- 18 Artículo 43 de la LDIP: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en el territorio de la República, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio”.

de Procedimiento Civil (en lo adelante CPC)¹⁹, a partir del cual la determinación de la jurisdicción y de la competencia se realiza de conformidad con las circunstancias fácticas existentes para el momento de introducir la demanda. De ello se desprende, por un lado, que los cambios de hecho sobrevenidos a la presentación de la demanda no producirán incidencia en tal determinación; por otro, que la norma en cuestión no es aplicable a los cambios de derecho.

4. Determinación del Derecho aplicable

Afirmada la jurisdicción venezolana, corresponde determinar el Derecho aplicable a la controversia, de nuevo, en el marco del artículo 1 de la LDIP, en cuyo caso resulta importante recordar la pluralidad metodológica de la que hace uso el Derecho internacional privado, que por lo demás impone, antes de considerar la aplicación de las normas de conflicto para determinar el Derecho aplicable, agotar en primer lugar la existencia de normas de aplicación necesaria o inmediata que por su imperatividad descartarían la aplicación de cualquier Derecho extranjero, y en segundo lugar, la aplicación de normas materiales que resolverían directamente el caso planteado. Teniendo además en cuenta que, y a diferencia de la restricción que en referencia a fuentes de Derecho ocurre en la determinación de la jurisdicción, el juez puede hacer uso de todas las fuentes contempladas en el artículo 1 de la LDIP, incluso, acudir a la doctrina y a la jurisprudencia como fuentes auxiliares en la solución del caso.

En el marco de la determinación del Derecho aplicable por actuación de la norma de conflicto, también es necesario destacar la posibilidad que el ordenamiento jurídico que resultara aplicable sea el correspondiente a un país extranjero, en cuyo caso siempre es probable la ocurrencia de cualquiera de los problemas que le son propios al Derecho internacional privado y que son resueltos por las instituciones generales de esta disciplina, tales como, la calificación, el reenvío, el orden público, el fraude a la ley, la cuestión incidental, las situaciones jurídicas válidamente creadas, la adaptación y la institución desconocida; considerando adicionalmente los sistemas plurilegislativos.

Vistos de manera general, los dos aspectos del *contenido* del Derecho internacional privado, la jurisdicción y el Derecho aplicable, corresponde ahora abordarlos en el marco concreto del divorcio.

19 Artículo 3 del CPC: "La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa". Gaceta Oficial N° 4.209 Extraordinario de fecha 18/09/1990.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA JURISDICCIÓN VENEZOLANA FRENTE AL JUEZ EXTRANJERO EN MATERIA DE DIVORCIO

La doctrina venezolana ha reconocido el apego de nuestro país al principio de *autolimitación autónoma y expresa* de la jurisdicción nacional, por cuanto el legislador venezolano determina directamente los límites de su propia jurisdicción²⁰ a través de normas expresas y especiales, con lo cual nuestros tribunales tendrán tal potestad soberana sólo en la medida en que una norma se la atribuya, y estarán excluidos de conocer de causas en las que esa norma no esté expresamente establecida²¹. De allí que en materia de jurisdicción no son admitidas las fuentes de la analogía y los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados, constituidas en la tercera y cuarta de las fuentes previstas, respectivamente, en el artículo 1 de la LDIP.

En tal sentido, el referido artículo sólo funciona para las dos primeras fuentes en lo que respecta a la determinación de la jurisdicción del juez venezolano. De manera que la norma atributiva de jurisdicción estará contenida, necesariamente, o en una fuente internacional, que a tenor del dispositivo lo estará en una norma de Derecho público internacional sobre la materia, en particular, en un tratado vigente en Venezuela, en cuyo caso la norma en cuestión cumplirá una función de distribución; pues distribuirá la jurisdicción entre los Estados parte del tratado respectivo. O bien la norma estará, en defecto de tratado vigente, en una fuente nacional de carácter legislativo, sea la LDIP o cualquier otra que la contenga, la cual desempeñará una función de atribución de la jurisdicción únicamente a los tribunales venezolanos²², en tanto que es imposible indicar la jurisdicción de tribunales extranjeros²³. En contraste con lo dicho, constan en nuestra jurisprudencia fallos donde el juez nacional especifica al juez extranjero que tendría jurisdicción²⁴. En razón a la materia estudiada, sólo nos referiremos a los criterios atributivos que atañen exclusivamente a las personas físicas y a las acciones o actuaciones que conciernan a divorcios.

20 Eugenio Hernández-Bretón: "Domicilio del demandado" en *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, Tomo II. Caracas, 2005, p. 978.

21 E. Hernández-Breton: "Domicilio...", *op. cit.*, p. 982.

22 Madrid Martínez, Claudia: *Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado*. ACPS/CDCH-UCV. Derecho Procesal Civil Internacional. In Memoriam Tatiana B. de Maekelt. Serie Estudios N° 88. Caracas. 2010, pp. 101-102.

23 Hernández-Bretón, Eugenio: *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*. Editorial Sherwood. Colección Cuadernos. N° 8. Caracas. 2004, p. 32

24 Entre otros, y en materia de comisión de delitos de estafa continuada, defraudación y apropiación indebida calificada y; cobro de prestaciones sociales, respectivamente, véase Sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 10869 de fecha 23/01/2002; TSJ/SCS, Exp. N° 07-489 de fecha 14/10/2008.

De antemano advertimos que en nuestro sistema de Derecho internacional privado encontramos diversas fuentes de índole convencional y nacional que establecen criterios atributivos de jurisdicción²⁵; sin embargo, aplicables a acciones o solicitudes de divorcio, entre las primeras sólo encontramos el Tratado de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante²⁶ (en lo adelante CB) y entre las segundas, la LDIP.

1. Código Bustamante

El CB dispone en los artículos 318 y siguientes todo lo referente a la jurisdicción, estableciendo en ese primer precepto la sumisión, expresa o tácita²⁷, como criterio general atributivo de jurisdicción para el ejercicio de acciones civiles -y mercantiles- de toda clase, siempre que por lo menos uno de los litigantes sea nacional o tenga su domicilio en el Estado contratante a que el juez pertenezca, y salvo el derecho local contrario²⁸. De acuerdo con la disposición contenida en el artículo 321²⁹, en la sumisión expresa es indispensable el consenso de las partes verificable en dos condiciones, a saber, la renuncia clara y terminante al fuero propio, y la designación del juez al que desean someterse, a lo cual se le añade una tercera condición exigida en el artículo 318, y es la vinculación con el territorio con alguno de los Estados parte a través de la nacionalidad o el domicilio de por lo menos uno de los litigantes. Las primeras dos condiciones, como

25 En su totalidad pueden consultarse en: Madrid Martínez, Claudia: *Criterios atributivos de jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

26 Suscrito en La Habana, Cuba, en 1928 y ratificado por Venezuela, Ley Aprobatoria promulgada el 23 de diciembre de 1931, depósito del instrumento de ratificación el 12 de marzo de 1931 y publicado en G.O. *s/n*, de fecha 09 de abril de 1932.

27 Artículo 318 del CB: "Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario.

La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación".

28 El artículo aludido contempla la expresión "*salvo el derecho local contrario*", frase que ha desatado discrepancias dentro de la doctrina venezolana. Así, Javier Ochoa considera que la expresión "sugiere una excepción a la aplicación de las reglas de competencia procesal internacional establecidas en el Código Bustamante y que dicha excepción opera cuando el derecho del juez contempla una norma sobre el mismo aspecto de competencia internacional, distinta a la del Tratado"; en tanto que Claudia Madrid sostiene el criterio, que compartimos, de que "la expresión en estudio no debe excluir al criterio atributivo de jurisdicción, sino a las limitaciones que el Derecho internacional pueda imponerle". En el caso concreto, estas limitaciones serían los tres supuestos de inderogabilidad de la jurisdicción contenidos en el artículo 47 de la LDIP. Consúltese, respectivamente, Ochoa Muñoz, Javier: La expresión "salvo el derecho local contrario" en las normas sobre competencia procesal internacional del Código Bustamante. En: DeCita. Zavalía. Buenos Aires. 04.2005. p. 79; y Madrid Martínez, Claudia: *Criterios atributivos de jurisdicción...* *op. cit.*, p. 108.

29 Artículo 321 del CB: "Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan".

veremos *infra*, no son exigidas en la LDIP, a cuyo tenor es suficiente que la voluntad de las partes en someterse a la jurisdicción venezolana conste por escrito.

Por su parte, la sumisión tácita prevista en el artículo 322 del CB³⁰ surge cuando al interponerse la demanda el demandado realiza cualquier gestión que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción; con la salvedad que si el proceso se sigue en rebeldía, no se entenderá que se está dentro de los parámetros de tal sumisión.

En ausencia de sumisión expresa o tácita, o bien, en presencia de ésta pero resultando ineficaz, dicho Código dispone en el artículo 323³¹ para el ejercicio de las acciones personales, la jurisdicción del juez del lugar del cumplimiento de la obligación o el del domicilio del demandado y, subsidiariamente, el de la residencia de los demandados. En tal sentido, el domicilio del demandado, y en general, de las personas físicas de acuerdo con el vigente sistema venezolano de Derecho internacional privado, corresponde al de su residencia habitual, con lo cual coinciden los dos últimos criterios previstos en el precepto convencional, en tanto que para los efectos de dicho sistema, domicilio y residencia habitual son considerados sinónimos³².

En este particular, Claudia Madrid, sostiene que en cuestiones de estado y relaciones familiares el CB presenta una laguna en cuanto a jurisdicción se refiere. Considera que la sumisión y el lugar de la ejecución de la obligación son inviables en esa materia como criterios atributivos de jurisdicción. No descarta, sin embargo, la posibilidad de recurrir en los supuestos de jurisdicción graciosa (entiéndase voluntaria, por ejemplo, adopción o la aperturas de testamentos) a los criterios establecidos en el artículo 330 *ejusdem*. Si bien, Madrid examina la posibilidad de considerar el criterio subsidiario del domicilio del demandado, concluye afirmando que, en definitiva, el CB de manera general no contiene criterios atributivos de jurisdicción para las cuestiones de estado y relaciones familiares³³. Coincidimos con Madrid respecto a descartar los criterios de jurisdicción establecidos en el artículo 323 para la materia en

30 Artículo 322 del CB: "Se entenderá hecha la sumisión tácita por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía".

31 Artículo 323 del CB: "Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación, o el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia".

32 Para abundar en detalles, consúltese; Madrid Martínez, Claudia: *Relaciones de las empresas con sus pares. ... op. cit.*, pp. 113-114.

33 Madrid Martínez, Claudia: *Criterios atributivos de jurisdicción... op. cit.*, pp. 111-112.

cuestión, pero no coincidimos en admitir que el CB presenta una laguna, pues estimamos que el artículo 318 sí constituye un criterio válido³⁴.

Ahora bien, este criterio del artículo 318, a nuestro entender, es aplicable tanto a los divorcios contenciosos como no contenciosos. Lo afirmado y lo que desarrollaremos más adelante motiva la necesidad de examinar como punto previo ambas nociones bajo la óptica del Derecho privado venezolano.

El divorcio está previsto en los artículos 185³⁵ y 185-A³⁶ del Código Civil (en

34 Recientemente, nuestro máximo Tribunal se ha pronunciado respecto al artículo 323 del CB, sosteniendo al parecer, una opinión que respalda la defendida por Madrid Martínez en cuanto a la noción de acciones personales, y con lo cual se descartaría la asunción de los criterios atributivos contenidos en dicho artículo para las cuestiones de estado y relaciones familiares. Se extrae de la sentencia que, “de acuerdo con la doctrina tradicional, las acciones pueden clasificarse en reales y personales. Las primeras, protegen derechos de carácter real, que se traducen en el uso, goce o disposición de una cosa propia o ajena, lo que implica un señorío, poder o dominio sobre aquélla. **Las segundas, en contraposición, resguardan derechos de naturaleza personal, los cuales autorizan a exigir a una persona el cumplimiento de una determinada prestación de dar, hacer o no hacer**”. (Resaltado nuestro). Véase TSJ/SPA, Exp. N° 1121, sentencia N° 1702 de fecha 07/12/2011.

35 Artículo 185 del CC.: “*Son causales únicas de divorcio:*

1° El adulterio.

2° El abandono voluntario.

3° Los excesos, sevicia e injurias graves que hagan imposible la vida en común.

4° El conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución.

5° La condenación a presidio.

6° La adición alcohólica u otras formas graves de fármaco-dependencia que hagan imposible la vida en común,

7° La interdicción por causa de perturbaciones psiquiátricas graves que imposibiliten la vida en común. En este caso el Juez no decretará el divorcio sin antes procurar la manutención y el tratamiento médico del enfermo.

También se podrá declarar el divorcio por el transcurso de más de un año, después de declarada la separación de cuerpos, sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges.

En este caso el Tribunal, procediendo sumariamente y a petición de cualquiera de ellos, declarará la conversión de separación de cuerpos en divorcio, previa notificación del otro cónyuge y con vista del procedimiento anterior”.

36 Artículo 185-A del CC: “Cuando los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de cinco (5) años, cualquiera de ellos podrá solicitar el divorcio, alegando ruptura prolongada de la vida en común.

Con la solicitud deberá acompañar copia certificada de la partida de matrimonio.

En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país.

Admitida la solicitud, el Juez librándole sendas boletas de citación al otro cónyuge y al Fiscal del Ministerio Público, enviándoles además, copia de la solicitud.

El otro cónyuge deberá comparecer personalmente ante el Juez en la tercera audiencia después de citado. Si reconociere el hecho y si el Fiscal del Ministerio Público no hiciera oposición dentro de las diez audiencias siguientes, el Juez declarará el divorcio en la duodécima audiencia siguiente a la comparecencia de los interesados.

Si el otro cónyuge no compareciere personalmente o si al comparecer negare el hecho, o si el Fiscal del Ministerio Público lo objetare, se declarará terminado el procedimiento y se ordenará el archivo del expediente”.

lo adelante CC)³⁷ como una de las dos causales de disolución del vínculo matrimonial³⁸. Sin embargo, las expresiones divorcio contencioso y no contencioso no están contenidas en dicha codificación. La caracterización del término de litigiosidad o no que acompaña a la disolución del matrimonio es de elaboración doctrinal y se le ha atribuido, no a la expresión divorcio, sino a la de separación de cuerpos. De esta forma, comúnmente la doctrina se refiere a la separación de cuerpos contenciosa y no contenciosa, de mutuo consentimiento o consensual. Es en la práctica en que tal caracterización se le endilga al divorcio.

Ahora bien, el divorcio contencioso se produce como consecuencia de un juicio que concluye con un pronunciamiento judicial fundado en las causales taxativas³⁹ previstas en el artículo 185 del CC, y en el caso del primer aparte de este precepto, en la medida en que la separación de cuerpos de más de un año que le haya servido de presupuesto, haya sido del mismo modo litigiosa concluida con una sentencia definitivamente firme de separación de cuerpos.

En contraste, el divorcio no contencioso supone, en el mismo supuesto de dicho aparte, que la separación de cuerpos haya sido no contenciosa y de la cual haya derivado un decreto judicial de separación de cuerpos. Igualmente, hablamos de un divorcio no contencioso en el supuesto contenido en el artículo 185-A, que siempre presupone una separación fáctica de cuerpos -no de derecho- por más de cinco años, conocido como *ruptura prolongada de la vida en común* y cuyo procedimiento es iniciado por una solicitud de mutuo consentimiento. A propósito de esto, cabe destacar el criterio que reiteradamente ha sostenido nuestro máximo Tribunal, el cual compartimos, acerca de lo que se entiende por materia no contenciosa. Al respecto ha señalado que "... no lo es la mera ausencia de contención, sino que se trate de procedimientos que por su naturaleza, pretensiones y finalidad respondan a que las "partes" en los mismos tengan un común interés y que la sentencia no resulte "condenatoria" o "absolutoria" de una de ellas." (...omissis...) "... cuando no existe un conflicto de intereses, la iniciativa de una de las partes no tiene el carácter de una verdadera demanda, sino de una solicitud"⁴⁰. Sin embargo, desde la introducción en el CC del artículo 185-A, vigente a partir de la reforma de 1985, la documentación legislativa muestra la

37 Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26/07/1982.

38 Artículo 184 CC.: "Todo matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges y por divorcio".

39 Tal es el mandato que se desprende de la legislación adjetiva. Artículo 755 del Código de Procedimiento Civil.: "El Tribunal no admitirá ninguna demanda de divorcio o de separación de cuerpos que no esté fundada en algunas de las causales establecidas en el Código Civil".

40 Véase CSJ/SPA, N° 127 de fecha 08/04/1997; CSJ/SPA, N° 1214 de fecha 14/10/1999; TSJ/SCC, Exp. N° 2005-0152, Exeq. N° 256 de fecha 11/05/2005.

divergencia y confusión producida en referencia a la naturaleza del procedimiento para obtener este tipo de divorcio, siendo considerado por algunos como un procedimiento no contencioso, perteneciente a la jurisdicción no contenciosa, y por otros, concerniente a la jurisdicción voluntaria⁴¹. El legislador tampoco ha contribuido en despejar la confusión; por el contrario, ha incurrido en ese error. En efecto, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes⁴² (en lo adelante LOPNNA) incorpora dentro de los supuestos de jurisdicción voluntaria, la separación de cuerpos y el divorcio⁴³. También la jurisprudencia, incluso reciente, se ha hecho eco de ello al equiparar las nociones de jurisdicción no contenciosa y jurisdicción voluntaria⁴⁴. La advertencia que *supra* hacíamos con respecto a que el criterio atributivo de jurisdicción previsto en el artículo 318 del CB es aplicable por igual a los divorcios contenciosos y no contenciosos, es oportuna para destacar que este tratado establece en el artículo 330⁴⁵ el criterio de la jurisdicción voluntaria en materia civil. No obstante, ante la común y errada identidad que en la práctica vemos de las nociones de jurisdicción no contenciosa y jurisdicción voluntaria, y por tanto, la inserción que se hace del artículo 185-A del CC dentro de tal identidad, sostenemos la inaplicabilidad del precepto 330 del CB para todo tipo de divorcio, pues nos acogemos a la opinión de que el divorcio previsto en el 185-A no pertenece al ámbito de la jurisdicción voluntaria, sino a la no contenciosa, siendo éste en particular un precepto que regula el divorcio no contencioso⁴⁶.

41 Puede verse, Varios Autores: Código Civil de Venezuela. Artículos 184 al 185-A. Antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias. Colección Ciencias Jurídicas y Políticas XXII, Ediciones de la Biblioteca, FCJP/UCV. Caracas. 1998, pp. 375-377.

42 Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario de fecha 10/12/2007.

43 Artículo 177 LOPNNA: "El Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes es competente en las siguientes materias: ... Parágrafo Segundo. Asuntos de familia de jurisdicción voluntaria: ... g) Separación de cuerpos y divorcio de conformidad con el artículo 185-a del Código Civil, cuando haya niños, niñas y adolescentes, o cuando uno o ambos cónyuges sean adolescentes..."

44 Véase por ejemplo, Sentencias del TSJ/SCC, Exp. N° 2010-0653, Exeq. N° 068 de fecha 18/02/2011; TSJ/SCC, Exp. N° 2009-0349, Exeq. N° 248 de fecha 16/06/2011; TSJ/SCC, Exp. N° 2011-0109, Exeq. N° 271 de fecha 22/06/2011.

45 Artículo 330 CB: "Para los actos de jurisdicción voluntaria y salvo también el caso de sumisión y el derecho local, será competente el juez del lugar en que tenga o haya tenido su domicilio, o en su defecto, la residencia, la persona que los motive".

46 Durante la elaboración de este trabajo, entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, en cuyo artículo 8(8) se le otorga competencia a los jueces de paz para declarar, sin procedimiento previo y en presencia de la pareja, el divorcio o la disolución de las uniones estables de hecho, cuando sea por mutuo consentimiento; siempre que los solicitantes se encuentren domiciliados en el ámbito local territorial del juez de paz comunal y, no se hayan procreado hijos, o de haberlos, no sean menores de 18 años a la fecha de la solicitud. Gaceta Oficial N° 39.913 de fecha 02/05/2012.

En efecto, la jurisdicción voluntaria, según Calamandrei, comprende actos de simple administración, atribuibles a la función administrativa del Estado ejercida por órganos judiciales o administrativos, donde no hay dos partes, ni un bien garantizado en contra de otro, ni una norma que actúe en contra de otro⁴⁷; por ello no se ha dudado en decir que es “la administración pública del derecho privado” en donde la voluntad de los interesados es integrada por la intervención estatal para surtir los efectos jurídicos deseados⁴⁸. De modo que lo que hacen valer los peticionantes no son acciones ni personales ni reales, sino derechos de carácter administrativo, tales como el nombramiento de tutores y curadores, la protocolización de testamentos, el reconocimiento de un hijo, etc.⁴⁹, todo lo cual dista de ser el supuesto regulado por el referido artículo del CC.

2. Ley de Derecho Internacional Privado

En ausencia de tratado, la LDIP prevé como criterio general atributivo de jurisdicción, el domicilio del demandado, según se desprende del contenido del artículo 39⁵⁰; de manera que, tratándose de un divorcio litigioso o contencioso⁵¹, si el cónyuge demandado tiene residencia habitual en Venezuela, los tribunales venezolanos tendrán atribuida la jurisdicción. Cabe destacar que la determinación del domicilio del demandado ha de interpretarse ajustado a la calificación autónoma que para cada caso en particular prevé la LDIP, se trate del supuesto de calificación general para las personas físicas (artículo 11⁵²), las

47 Chiovenda, Giuseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil*. (Traducción Enrique Figueroa Alfonso). Editorial Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. Volumen 6. México. 1997, p. 204.

48 Calamandrei, Piero: *Derecho Procesal Civil*. (Traducción Enrique Figueroa Alfonso). Editorial Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. Volumen 2. México. 1997, p. 28.

49 Puede verse, Barrios, Haydée: *La jurisdicción voluntaria*. En: Cursos de Derecho internacional. Serie Temática. Secretaría General de la OEA. Volumen I, Parte I. El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000). Washington. 2002, pp. 829-830.

50 Artículo 39 de la LDIP: “Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley”.

51 La aclaratoria implica que este criterio no es aplicable a los divorcios en los cuales no ha habido contención. Hernández-Bretón ha señalado que si bien ello se desprende del texto de la norma, los restantes artículos 40, 41 y 42 a los cuales remite el 39 cuando el juicio es intentado “*contra personas domiciliadas en el exterior*”, parecieran aplicables tanto a la jurisdicción contenciosa como no contenciosa, pues, tales artículos hablan de “*jurisdicción para conocer de juicios originados por el ejercicio de acciones*”, con lo cual deberán entenderse aplicables al ejercicio de la acción como derecho subjetivo y abstracto, y el término “juicio” referido al procedimiento. E. Hernández-Bretón: “Domicilio... *op. cit.*, p. 994. Sobre el artículo 42, véanse nuestros comentarios *infra*.”

52 Artículo 11 de la LDIP: “El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual”. Por fuerza de la lógica que corresponde al tema abordado, descartamos aquí la referencia al domicilio de las personas jurídicas.

mujeres casadas (artículo 12⁵³), los menores e incapaces (artículo 13⁵⁴) o los funcionarios de organismos públicos nacionales o extranjeros (artículo 14⁵⁵).

Además, la LDIP contempla en su artículo 42⁵⁶ dos numerales que establecen criterios especiales de jurisdicción para las acciones referidas a relaciones familiares en cuyo marco se incluye el divorcio, siempre que, por deducción del *in fine* del artículo 39 ya reseñado, el demandado, en particular, el cónyuge demandado, se encuentre fuera del territorio nacional.

En ese orden de ideas, el primer extremo previsto en el numeral 1 es el llamado criterio Asser, mejor conocido como criterio del paralelismo, en razón a la relación de identidad que en este supuesto se presenta entre la jurisdicción y el Derecho aplicable. El mismo viene dado por la adjudicación de la jurisdicción como consecuencia de la aplicación resultante del Derecho del foro al fondo del litigio, con lo cual el orden natural o secuencia lógica para la solución de los casos se invierte, pues excepcionalmente debe en primer lugar determinarse el Derecho aplicable para así establecerse la jurisdicción.

La consideración del criterio del paralelismo forzosamente nos lleva al Derecho aplicable al fondo de la controversia, y por tanto al artículo 23 de la LDIP,⁵⁷ el cual contiene en su primera parte una norma de conflicto que regula el divorcio y la separación de cuerpos, ordenando la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente al domicilio del cónyuge demandante para ambos supuestos. Así las cosas, de verificarse el domicilio en el territorio nacional del cónyuge que intenta la demanda, el Derecho competente sería el venezolano, y en consecuencia, también lo sería la jurisdicción; por supuesto, siempre que haya transcurrido al menos un año del ingreso al territorio nacional con el propósito de fijar en él su residencia habitual, tal como se

53 Artículo 12 de la LDIP: “La mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior”.

54 Artículo 13 de la LDIP: “El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, se encuentra en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual”.

55 Artículo 14 de la LDIP: “Cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional no producirá los efectos previstos en los artículos anteriores”.

56 Artículo 42 de la LDIP: “Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las relaciones familiares:

1. Cuando el Derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio;
2. Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio de la República”.

57 Artículo 23 de la LDIP: “El divorcio y la separación de cuerpos se rige por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda.

El cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia habitual”.

desprende de la segunda disposición de carácter material y auxiliar contenida en el precepto normativo.

El problema se presenta al distinguir, y por tanto, calificar, el divorcio como contencioso o no contencioso, y en particular, al tratarse de este último. Ciertamente, no deben presentarse problemas interpretativos al considerar la aplicación del artículo 23 de la LDIP para que efectivamente funcione el principio del paralelismo a los efectos del divorcio contencioso, en el que las figuras de demandante y demandado están claramente definidas, toda vez que la norma es clara al referirse expresamente al domicilio del “cónyuge que intenta la demanda”.

En cambio, si el divorcio no es contencioso, específicamente cuando ambos cónyuges acuden al tribunal, se presenta un problema de interpretación debido a que los términos utilizados en la norma revelan un escenario litigioso, precisamente por la referencia a un cónyuge demandante. Sobre este particular, creemos que hay tres posibles interpretaciones. Veamos:

A. El criterio del paralelismo es inaplicable porque no existe un cónyuge “demandante”, a tenor de la expresión contenida en el artículo 23 de la LDIP que prevé literalmente el domicilio del cónyuge que intenta la demanda. De ser así, el artículo 42, numeral 1 estaría descartado como criterio atributivo de jurisdicción para los supuestos de divorcios no contenciosos.

B. Teóricamente, se puede asumir que los cónyuges peticionantes “demandan” la solicitud de divorcio, en cuyo caso se aplicaría el artículo 23 distributivamente, con ello habría de constatarse la residencia habitual de ambos cónyuges a los efectos de determinar el Derecho aplicable, y de este modo declarar la jurisdicción venezolana en el caso de que dicho Derecho resultara ser el venezolano. Es decir, la aplicación distributiva implicaría asignar el Derecho a cada cónyuge que correspondería a su respectivo domicilio. Así, se trata de una ficción jurídica que supone la demanda de ambos cónyuges.

Tal interpretación vendría a plantear la duda acerca de si el artículo 23 se estaría aplicando analógicamente a un supuesto que no está expresamente regulado en la norma, como lo es el divorcio no contencioso, con lo cual el juez estaría aplicando la analogía como fuente para determinar la jurisdicción; indirectamente, pues el artículo regula el Derecho aplicable, pero indiscutiblemente con el propósito de adjudicarse la jurisdicción para conocer del asunto por vía del criterio del paralelismo. Ello produciría una contradicción con lo que ya advirtiéramos *supra* acerca de la exclusión de esta fuente complementaria para determinar la jurisdicción del juez venezolano.

Partiendo de la pretendida demanda de ambos cónyuges, algunos supuestos podrían verificarse, representados por la posibilidad de que los dos cónyuges se hallen domiciliados en Venezuela, o que lo estén en el extranjero, o bien, que tengan domicilios distintos, uno de los cuales se encuentre en el territorio nacional. Revisemos cada caso en el mismo orden en que lo hemos indicado.

B.1. *Ambos cónyuges tienen domicilio en Venezuela*: se interpreta el precepto de forma distributiva. Así, coincidiendo el domicilio en Venezuela, el Derecho aplicable al fondo es el venezolano; y por tanto, nuestros jueces tendrían jurisdicción.

B.2. *Ambos cónyuges tienen domicilio en el extranjero*: con el mismo razonamiento anterior, teniendo ambos su domicilio fuera del territorio nacional no resultaría aplicable el Derecho venezolano; en consecuencia, nuestros jueces no tendrían jurisdicción a partir del criterio del paralelismo.

B.3. *Los cónyuges tienen domicilios distintos, uno de ellos se halla en Venezuela*: en este caso, por la aplicación distributiva de la norma tendrán siempre jurisdicción nuestros jueces respecto al cónyuge cuyo domicilio se encuentra en el territorio nacional.

C. Se aplica el artículo 23 pero no distributivamente, sino sólo al cónyuge cuyo domicilio se encuentra en el territorio venezolano, adjudicándosele la condición de cónyuge “demandante” a los fines de subsumirlo en el supuesto de la norma, lo cual conduce a que los jueces venezolanos tendrían jurisdicción.

Esta última interpretación del numeral primero del artículo 42 es la que sigue Haydée Barrios,⁵⁸ quien se pronuncia a favor de la aplicación del criterio del paralelismo para los divorcios no contenciosos en los casos en que cualquiera de los cónyuges se encuentre domiciliado en la República. Tal posición, inclusive la que aquí colocamos como segunda interpretación, se comprende si consideramos los casos de cónyuges para quienes trasladarse a otro país a intentar la disolución del vínculo matrimonial les resulta sumamente oneroso. Obviamente también lo sería para la justicia, pues desde el punto de vista de la hermenéutica, el ordenamiento jurídico siempre debe proveer la solución a las realidades que con frecuencia desbordan las regulaciones; y aún más, a la tutela judicial efectiva que el Estado debe garantizar a quienes pretenden hacer valer la protección de sus derechos e intereses.

58 Posición sostenida en conversación con las autoras.

No obstante, nosotras nos inclinamos por la primera de las interpretaciones, en la que el artículo 23 de la LDIP no es una disposición dirigida a todo tipo de divorcio, sino exclusivamente al divorcio contencioso. No queremos de ninguna manera que se considere que asumimos una posición irreductiblemente positivista. Se trata más bien de buscar la solución más acorde con la *ratio* de la norma en cuestión. En ese sentido, el criterio del paralelismo no debe aplicarse a los casos de divorcios no contenciosos para determinar la jurisdicción de los jueces venezolanos.

Pasemos ahora al segundo numeral del artículo 42 de la LDIP, el cual consagra la sumisión como criterio atributivo de jurisdicción, siempre que exista una vinculación efectiva con el territorio de la República. Coincide la LDIP con el CB al establecer un criterio de jurisdicción basado en la voluntad de las partes y en la exigencia de la vinculación con el territorio del juez a cuya jurisdicción ellas pretenden someterse. La diferencia entre ambas regulaciones radica en la amplitud con que tal vinculación es exigida.

Así, el CB constriñe la vinculación exigiendo como requisito el domicilio o la nacionalidad de alguna de las partes, con lo cual la sujeta a la comprobación de elementos estrictamente subjetivos. Por el contrario, la LDIP es más amplia, visto que su redacción da pie a una interpretación enunciativa que no sólo permite incluir las conexiones de naturaleza subjetiva, sino además las objetivas, obviamente adaptables a los casos de divorcio, tales como el lugar de celebración del matrimonio o de las capitulaciones matrimoniales si fuere el caso, o el lugar de situación de los bienes conyugales⁵⁹.

En cuanto a la caracterización de la sumisión, la LDIP regula sus tipos en los artículos 44⁶⁰ y 45⁶¹ calificándolas de expresa y tácita, respectivamente; sin establecer, como si lo hace el CB, la renuncia expresa a los foros que tendrían jurisdicción. La sumisión expresa sólo requiere que conste por escrito; en cambio, la tácita está condicionada a la actuación procesal que asuman las partes para que estas se entiendan sometidas a la jurisdicción nacional; así, respecto del demandante tal actuación viene dada por la interposición de la demanda;

59 Tal como señala Pérez Pacheco, para los efectos del artículo 42(2), el domicilio del demandado está excluido como vinculación efectiva, por cuanto el mismo constituye un criterio general atributivo de jurisdicción previsto en el artículo 39 de la LDIP. Para abundar en detalles, consúltese; Pérez Pacheco, Yaritzá: *La jurisdicción en el Derecho...* op. cit., pp. 152-154, especialmente, p. 153.

60 Artículo 44 de la LDIP: "La sumisión expresa deberá constar por escrito".

61 Artículo 45 de la LDIP: "La sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del hecho de interponer la demanda y, por parte del demandado, del hecho de realizar en el juicio, personalmente o por medio de apoderado, cualquier acto que no sea proponer la declinatoria de jurisdicción u oponerse a una medida preventiva".

y del demandado, por cualquier acto que no sea pedir la declinatoria de jurisdicción del juez venezolano u oponerse a una medida preventiva.

Al igual que en el supuesto contemplado en el primer numeral del artículo 42, de nuevo se plantea la disyuntiva de estar frente a un divorcio contencioso o no contencioso.

En el divorcio contencioso, en principio es aplicable la sumisión tácita, por cuanto el demandante introduce la demanda y el demandado, según sea la actuación procesal que asuma, se somete o no a la jurisdicción del tribunal. No es improbable sin embargo, que se verifique la sumisión expresa en este tipo de divorcio, si consideramos abierta la posibilidad de que en el marco de acuerdos prenupciales celebrados en Venezuela o en el extranjero las partes se hubieran sometido a los tribunales venezolanos, por supuesto, siempre que exista una vinculación con nuestro territorio. No es una práctica vista en Venezuela, pero su ocurrencia pudiera presentarse.

Ahora bien, en el divorcio no contencioso se plantea una sumisión tácita por imperativo de la realidad, pues los cónyuges introducen ante el juzgado la solicitud de divorcio conjunta o individualmente⁶², con lo cual se configura una sumisión que, aunque no lo es en los términos expresos del ordenamiento jurídico venezolano, no deja de ser un sometimiento de la voluntad de aquellos ante el juez competente.

De interés resulta destacar la opinión de Hernández-Bretón⁶³, quien considera que el artículo 45 de la LDIP que caracteriza la sumisión tácita es una norma que no tiene existencia autónoma, pues desarrolla una función complementaria de los artículos 40(4)⁶⁴ y 42(2), sólo aplicable a los casos de jurisdicción contenciosa, por tanto, no extensible a la jurisdicción voluntaria. De esta manera, coincidimos con este criterio que reafirma lo que sostuviéramos anteriormente acerca de que en materia de divorcio, contencioso o no contencioso, no se está en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, a cuyo efecto afirmamos la aplicación del numeral 2 del artículo 42 para ambos tipos de divorcio.

62 En la práctica, en estos tipos de divorcios, algunos tribunales exigen la presencia de ambos cónyuges al momento de introducir la demanda, resultando esto contrario a la opción contenida en el artículo 185-A referida a la posibilidad de que cualquiera de ellos pueda solicitar el divorcio, trayendo como consecuencia que nunca se produce el auto de admisión.

63 Hernández-Bretón, Eugenio: *Sumisión tácita*. En: *Ley de Derecho Internacional Privado*. Tomo II. FCJP/UCV. Caracas. 2005, pp. 1035-1036.

64 Esta norma prevé la sumisión expresa o tácita limitada al ámbito del ejercicio de las acciones de contenido patrimonial; de allí que no la tomáramos en consideración.

En la práctica, el Tribunal Supremo de Justicia ha considerado en los casos de divorcios no contenciosos conformes al artículo 185-A del CC, que los tribunales venezolanos tienen jurisdicción con base en el artículo 42 numeral 2 de la LDIP, pretendiendo con ello una sumisión expresa que hace suponer que la solicitud interpuesta por las partes constituye una declaración de voluntad expresa a los tribunales venezolanos. Tal criterio también ha podido constatar-se en casos de separación de cuerpos y bienes⁶⁵. Nosotras no compartimos ese criterio jurisprudencial, porque si bien el juez venezolano tendría jurisdicción en virtud del artículo 42(2), no la asumiría basada en una supuesta sumisión expresa, sino más bien, en una sumisión tácita, aunque ciertamente no en los términos de sumisión tácita contemplados en la LDIP. Estimamos que la mera solicitud de divorcio interpuesta voluntariamente por ambas partes, es decir, sólo con el hecho de acudir al tribunal, estas se estarían sometiendo tácitamente a su jurisdicción.⁶⁶ Y de presentarse lo que ya en la práctica se ha verificado, como lo es la solicitud interpuesta por una sola de las partes, se entenderán sometidas tácitamente siempre que la otra parte no realice ninguno de los actos procesales mencionados en la disposición normativa (del artículo 45 de la LDIP y de ser el caso, del 322 del CB).

III. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE A LA CONTROVERSIA EN MATERIA DE DIVORCIO

En la determinación del Derecho aplicable al divorcio, reproducimos lo anteriormente señalado en el inciso I.D, con el añadido que implica la distinción entre el divorcio contencioso y no contencioso en el marco del CB y la LDIP como fuente convencional y estatal respectivamente, y la posibilidad de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia en tanto fuentes auxiliares a las formalmente previstas en el artículo 1 de la LDIP en los casos en que en estas últimas no regularan o no proporcionaran la solución al asunto controvertido⁶⁷. Así las cosas, en presencia de supuestos conectados a los ordenamientos jurídicos de Estados entre los cuales está vigente en CB, se acudirá a tal tratado para la determinación del Derecho aplicable, en defecto de lo cual se aplicará la LDIP. En

65 En tal sentido, consúltese, sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2010-0989 de fecha 08/12/2010.

66 Tal como puede observarse en los siguientes fallos: sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2010-0559 de fecha 22/07/2000 y sentencia del TSJ/SPA, Exp. N° 2008-0750 de fecha 08/10/2008.

67 Antes de la entrada en vigencia de la LDIP, el Derecho aplicable de fuente convencional estaba contenido en los artículos 52 y siguientes del CB; y las de fuente interna de carácter material, en los artículos 755 del CPC, 185 y 185-A del CC. En atención del principio de irretroactividad de la ley previsto en el artículo 24 de la Constitución aplicable a la materia de divorcio, debemos considerar que tales normas continúan vigentes con la entrada en vigencia de la LDIP, la cual incorpora el artículo 23 a ese elenco de normas.

ese mismo orden abordaremos los tipos de divorcio que nos ocupan.

1. Divorcio contencioso

En lo que atañe al CB, los artículos 52, 53, 54, 55 y 56 regulan todo lo referente al divorcio y a la separación de cuerpos. Sólo las disposiciones contenidas en los artículos 52, 54 y 55 son normas conflictuales que disponen el Derecho aplicable al asunto que regulan. Así, el 52⁶⁸ determina el ordenamiento jurídico regulador del divorcio y la separación de cuerpos, que viene dado por el domicilio conyugal; el 54⁶⁹ indica aquél por el cual deberán considerarse las causales de ambos supuestos, correspondiente al del lugar de la solicitud; y el 55⁷⁰ no hace más que reiterar el régimen que en materia procesal constituye un principio universalmente reconocido, *lex fori regit procesum*, según el cual el Derecho del juez rige el proceso.

Por su parte, las normas materiales dispuestas en los artículos 53⁷¹ y 56⁷² desempeñan una función auxiliar y complementaria de las conflictuales arriba señaladas. Estas destacan la potestad soberana estatal de reconocer o no los divorcios o nuevos matrimonios de personas divorciadas en el extranjero, así como de los efectos que el divorcio y la separación de cuerpos surtan en los Estados contratantes, respectivamente.

Bueno es advertir que si bien examinamos en este ítem el divorcio contencioso, la regulación del CB establecida en este articulado para la determinación del Derecho aplicable se extiende para todo tipo de divorcio.

Por lo que se refiere a la regulación prevista en la LDIP, artículo 23 ampliamente reseñado, no ocasiona mayores problemas de interpretación para determinar el Derecho aplicable al divorcio contencioso, habida cuenta de la clara distinción procesal que en este tipo de divorcio existe entre las partes, deman-

68 Artículo 52 del CB: "El derecho a la separación de cuerpos y al divorcio se regula por la ley del domicilio conyugal, pero no puede fundarse en causas anteriores a la adquisición de dicho domicilio si no las autoriza con iguales efectos la ley personal de ambos cónyuges".

69 Artículo 54 del CB: "Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someterán a la ley del lugar en que se soliciten, siempre que en él estén domiciliados los cónyuges".

70 Artículo 55 del CB: "La ley del juez ante quien se litiga determina las consecuencias judiciales de la demanda y los pronunciamientos de la sentencia respecto de los cónyuges y de los hijos".

71 Artículo 53 del CB: "Cada Estado contratante tiene el derecho de permitir o reconocer o no, el divorcio o el nuevo matrimonio de personas divorciadas en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal".

72 Artículo 56 del CB: "La separación de cuerpos y el divorcio, obtenidos conforme a los artículos que preceden, surten efectos civiles de acuerdo con la legislación del Tribunal que los otorga, en los demás Estados contratantes, salvo lo dispuesto en el artículo 53".

dante y demandado, y que por tanto facilita el entendimiento y aplicación de dicha norma que expresamente atribuye la competencia legislativa en materia de divorcio y separación de cuerpos al Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda.

El mandato de aplicar el Derecho del domicilio de quien intenta la demanda, a los efectos de evitar un eventual fraude o evasión a la ley, está sujeto a la concurrencia de dos requisitos establecidos en la segunda parte de la norma. Uno *objetivo* de carácter temporal, que implica el transcurso de un año después de haber ingresado al territorio de un Estado determinado; y otro de carácter *subjetivo* o *volitivo*, que viene dado por la intencionalidad de establecer allí su residencia habitual. Si bien la ocurrencia de ambos requisitos debe presentarse, ésta no requiere necesariamente ser simultánea, pues, podría el cónyuge trasladarse de un país a otro sin un propósito inicial de cambiar su residencia habitual, como podría ser el caso de una persona que sólo pretende estar unos meses fuera de su domicilio, pasados los cuales quiera efectivamente establecerse. Lo importante es que el año comience a contabilizarse desde que el cónyuge cambia su domicilio. Naturalmente, esto queda sometido a los elementos probatorios que en el juicio se presenten y logren demostrarse.

Como pudo observarse, difiere el Derecho aplicable para el divorcio en ambas fuentes, pero no en la escogencia del factor de conexión para regular la ley personal, pues en ambos es el domicilio. La diferencia está en la singularidad o dualidad de la persona o personas cuya residencia habitual ha de considerarse, siendo para el CB el domicilio conyugal, mientras que para la LDIP lo será sólo del demandante, en cuya circunstancia la determinación del Derecho aplicable dependerá de los elementos del caso y la vinculación que presente con Estados contratantes o no del CB.

2. Divorcio no contencioso

En el supuesto del primer aparte del artículo 185 del CC, en el cual después de transcurrido más de un año del decreto de separación de cuerpos sin haber ocurrido en dicho lapso la reconciliación de los cónyuges, ha de examinarse si los elementos de extranjería del supuesto están conectados a alguno de los ordenamientos jurídicos de los países entre los cuales está vigente el CB. De ser ello afirmativo, rige éste en los artículos 52 y ss., como si se tratara de un divorcio contencioso. En caso contrario, se aplica el artículo 23 de la LDIP que regula el divorcio y la separación de cuerpos, con lo cual se plantea de nuevo la problemática interpretativa que nos ocupara *supra* y de la cual procediéramos dar tres posibles interpretaciones, sobre la base de la expresión “cónyuge que

intenta la demanda” (ver II.2) y la subsecuente posición sobre la procedencia o no del paralelismo como criterio atributivo de jurisdicción.

Retomando tal problemática, del análisis del mencionado artículo se dan tres posibles hipótesis: 1) es inaplicable el artículo 23 porque no existe un cónyuge demandante; 2) se puede asumir que los cónyuges peticionantes demandan la solicitud de divorcio, en cuyo caso se aplicaría dicho artículo de manera distributiva y⁷³; 3) se aplica, pero no distributivamente, sino especialmente al cónyuge cuyo domicilio se encuentra en el territorio venezolano, adjudicándosele la condición de cónyuge demandante a los fines de subsumirlo en el supuesto de la norma.

A tales efectos, y por las razones analizadas en la sección sobre jurisdicción, nos inclinamos por ser más flexibles, tratándose de la determinación del Derecho aplicable, y optar por la tercera alternativa, que es la de aplicar Derecho venezolano para el fondo del litigio si cualquiera de los cónyuges está domiciliado en Venezuela.

En cuanto al supuesto de divorcio no contencioso contemplado en el artículo 185-A en el que los cónyuges han permanecido separados de hecho por más de 5 años, es necesario considerar lo establecido en el párrafo tercero, conforme al cual “En caso de que la solicitud sea presentada por un extranjero que hubiere contraído matrimonio en el exterior, deberá acreditar constancia de residencia de diez (10) años en el país”. De configurarse una situación subsumible en el supuesto de hecho regulado en la norma, indistintamente que tal

73 Es la interpretación que hizo un tribunal de Primera Instancia para determinar el Derecho aplicable a un caso en el cual los cónyuges venezolanos, ella domiciliada en España y él en Venezuela, solicitaron de mutuo acuerdo el divorcio con base en el artículo 185-A del C.C. Tras identificar el asunto como un caso de Derecho internacional privado, el juez aplica el artículo 1 de la LDIP, constatando la ausencia de tratado vigente entre el Reino de España y Venezuela. A los fines de fijar su jurisdicción, invoca el criterio del paralelismo previsto en el artículo 42(1), por vía del cual llega al artículo 23 de la LDIP. La aplicación de esta norma, en concordancia con el artículo 12 -el cual reconoce el domicilio autónomo de la mujer casada- evidencia que los cónyuges tienen distintos domicilios, conduciéndolo a aplicar distributivamente el artículo 23, valga decir, la parte domiciliada en Venezuela se rige por el Derecho venezolano y la domiciliada en España, por el Derecho español. Al examinar el artículo 107 del Código Civil español, comprueba que el divorcio se rige por la nacionalidad común de los cónyuges, y al coincidir ambos en la nacionalidad venezolana, concluye en someter el asunto al Derecho material venezolano, verificándose un reenvío de primer grado en virtud del cual se atribuye jurisdicción. Afirmada su jurisdicción, el juez reproduce, a los efectos de determinar el Derecho aplicable, lo explanado anteriormente para reiterar que el Derecho material resultante es el venezolano como consecuencia del reenvío practicado. Sobre esta decisión, consideramos que es altamente cuestionable el razonamiento argüido por el juez para determinar la jurisdicción, no así, sin embargo, para designar el Derecho aplicable. Esto, porque la institución del reenvío funciona como efecto de la aplicación de un Derecho extranjero, circunscribiéndose su finalidad en establecer la ley que resolverá el asunto, y no para investir de potestades jurisdiccionales a un juez, si consideramos que la jurisdicción, como potestad devenida de la soberanía estatal debe estarle expresamente atribuida para poder ejercerla. Véase detalles en, sentencia del Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. AH14-F-2008-000358 de fecha 07/08/09.

situación involucre o no Estados contratantes del CB, esta disposición tiene aplicación preferente, debiendo considerarse en materia de Derecho aplicable, inclusive, antes del artículo 1 de la LDIP. Lo afirmado es cónsono con lo que hemos apreciado en la práctica⁷⁴.

La imperatividad de esta disposición -inserta dentro de la especie conocida como norma de aplicación necesaria o inmediata, dado el carácter forzoso e imperativo con que se impone a cualquier norma de conflicto que pueda suponer la aplicación de un Derecho extranjero- y el carácter excepcional que este tipo normativo tiene dentro de la pluralidad metodológica de la cual hace uso el Derecho internacional privado, exige que los supuestos fácticos ante los cuales se enfrenta el intérprete deban subsumirse rigurosamente en los supuestos regulados⁷⁵. Sólo la interpretación y aplicación restringida de esta norma asegura su uso no discriminado, propio y característico de su especie⁷⁶.

CONCLUSIONES

En el Derecho venezolano, para todo supuesto de divorcio que presente elementos de extranjería, ha de tener presente el artículo 755 del CPC que estatuye la exclusividad de las causales únicas en que deben estar fundados los divorcios, en concordancia con el artículo 185 del CC que enumera tales causales. Asimismo, ha de aplicarse el artículo 185-A del CC para los casos de divorcio no contencioso, con especial atención al carácter imperativo del párrafo tercero referido a ciudadanos extranjeros cuyos matrimonios se han celebrado fuera del territorio venezolano.

74 Pueden verse, sentencias del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, Tránsito, Marítimo y Bancario del Primer Circuito Judicial del estado Sucre, Exp. N° 6126-05 de fecha 27/01/06 y Exp. N° 6262-05 de fecha 15/11/05; sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Amazonas, Exp. N° 05-6302 de fecha 19/12/05 y sentencia del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del estado Zulia, Exp. N° 10871 de fecha 27/11/08.

75 Durante la elaboración de este trabajo, la Defensoría del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, recurso de nulidad por razones de incostitucionalidad contra el tercer párrafo del artículo 185-A del CC, con fundamento en el artículo 21.1 de la Constitución, según el cual ninguna persona puede ser discriminada por su nacionalidad. El mismo fue admitido y está a la espera de decisión.

76 No obstante, la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal (ver nota al pie n° 46), deja abierta la siguiente interrogante: ¿cómo queda el lapso de separación de hecho de 5 años que establece el artículo 185-A del CC, frente a la ausencia de lapso de tiempo del artículo 8 (8) de la referida ley? y; ¿cómo queda la exigencia del artículo 185-A del CC que establece un mínimo de 10 años de residencia en el país para el otorgamiento de los divorcios no contenciosos cuando se trate de solicitantes extranjeros cuyo matrimonio fue celebrado en el extranjero? Esta última interrogante daría pie a analizar la figura del fraude, tomando en cuenta que la exigencia del lapso de 10 años previsto en el CC fue establecido en prevención al fraude a la ley.

Para la determinación de la jurisdicción de los jueces venezolanos, a nivel de en fuentes convencionales, deberá aplicarse el artículo 318 del CB en los supuestos de divorcios, contenciosos o no contenciosos, cuyos elementos de extranjería vincule a Venezuela con otro país que haya ratificado dicho tratado. En ausencia de tal vinculación, se aplicará la LDIP como fuente estatal. Para divorcios contenciosos, lo será el artículo 39 cuando el cónyuge demandado se encontrara domiciliado en Venezuela, y el 42 si lo estuviera en el extranjero. En tanto que para los divorcios no contenciosos, sólo es aplicable el ordinal 2 del artículo 42, que exige la sumisión a los tribunales venezolanos con vinculación al territorio patrio.

En cuanto al Derecho aplicable y en lo que atañe a las fuentes convencionales, corresponde aplicar el CB en sus artículos 52 y siguientes, tanto para los divorcios contenciosos como no contenciosos. En referencia a las fuentes estatales, el artículo 23 de la LDIP procederá indiscutiblemente para los divorcios contenciosos. Para los divorcios no contenciosos y dado el problema interpretativo que se desprende de la redacción de dicho artículo, mientras no se añada en una futura regulación un precepto que regule expresamente el supuesto, es nuestra opinión flexibilizar la interpretación del mismo, partiendo de considerar el domicilio en Venezuela de tan solo uno de los cónyuges.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRIOS, Haydée: *La jurisdicción voluntaria*. En: Cursos de Derecho internacional. Serie Temática. Secretaría General de la OEA. Volumen I, Parte I. El Derecho internacional privado en las Américas (1974-2000). Washington: 2002.
- CALAMANDREI, Piero: *Derecho Procesal Civil*. (Traducción Enrique Figueroa Alfonso). México: Editorial Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. Volumen 2, 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe: *Curso de Derecho Procesal Civil*. (Traducción Enrique Figueroa Alfonso). México: Editorial Pedagógica Iberoamericana. Colección Clásicos del Derecho. Volumen 6. 1997.
- GUERRA HERNANDEZ, Víctor Hugo: *Un caso práctico de "trabajador internacional" resuelto a través del Derecho Internacional Privado*. En: Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren. Tomo I, FCJP/UCV. Caracas: 2001.
- HERNANDEZ-BRETON, Eugenio: *Problemas contemporáneos del Derecho procesal civil internacional venezolano*. Caracas: Editorial Sherwood. Colección Cuadernos, N° 8, 2004.
- _____: *Sumisión tácita*. En: Ley de Derecho Internacional Privado. Tomo II.
- _____: *Domicilio del demandado*. En Ley de Derecho Internacional Privado Comentada. Tomo II. Caracas, 2005.

- _____: *Modificación de la competencia procesal internacional recta de conexión (Especial referencia a los litisconsorcios pasivos)*. En: RFD/UCAB N° 43. Caracas, 1991.
- MADRID MARTINEZ, Claudia: *Relaciones de las empresas con sus pares. Los contratos internacionales*. En: La empresa y sus negocios de carácter internacional. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Cuadernos 1, 2011.
- _____: *Criterios atributivos de jurisdicción en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado*. ACPS/CDCH-UCV. Derecho Procesal Civil Internacional. In Memoriam Tatiana B. de Maekelt. Serie Estudios N° 88. Caracas. 2010.
- _____: *Ámbito de aplicación de la ley. Prelación de las fuentes*. En: Ley de Derecho Internacional Privado. Tomo I. FCJP/UCV. Caracas. 2005.
- _____: *La norma de Derecho Internacional Privado*. FCJP/UCV. Serie Trabajos de Grado, N° 2. Caracas: 2004, pp. 31-32; Hernández-Bretón, Eugenio: *Jurisdicción en materia de divorcio en la Ley de Derecho Internacional Privado*. En: Revista de Derecho 1. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. 2000.
- MAEKELT, Tatiana B. de: *Ley de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia*. ACPS. Caracas. 2002.
- OCHOA MUÑOZ, Javier: *La expresión "salvo el derecho local contrario" en las normas sobre competencia procesal internacional del Código Bustamante*. En: DeCita. Zavalía. Buenos Aires. 04.2005.
- PEREZ PACHECO, Yaritzza: *La jurisdicción en el Derecho Internacional Privado*. Serie Trabajos de Grado N° 18. FCJP/UCV. Caracas. 2008.
- ROMERO, Fabiola: *Estructura y Clasificación de la Norma de Conflicto*. En: Derecho internacional privado, materiales para el estudio de la carrera de Derecho, FCJP/UCV. Caracas. 2005.
- Varios Autores: Código Civil de Venezuela. Artículos 184 al 185-A. Antecedentes, comisiones codificadoras, debates parlamentarios, jurisprudencia, doctrina, concordancias. Colección Ciencias Jurídicas y Políticas XXII, Ediciones de la Biblioteca, FCJP/UCV. Caracas. 1998.