

Orden público internacional y divorcio vincular*

Joaquín Sánchez Covisa

AMDIPC, 2023, No. 5, pp. 465-500.

I. Introducción

A. La cláusula de orden público

Entendemos por cláusula de reserva o de orden público internacional el principio por el cual se excluye la aplicación de una ley extranjera competente cuando su aplicación resulta manifiestamente incompatible con los principios esenciales de la ley del juzgador (*lex fori*)¹.

A la luz de ese concepto, que proviene de las indelebles enseñanzas de Savigny² y que puede hoy considerarse *consensus omnium* en la doctrina internacional-privatista³, el orden público internacional exige ineludiblemente dos requisitos.

Requiere, en primer lugar, que, de acuerdo con la norma de derecho internacional privado del juez, sea competente un derecho extranjero para la apreciación de determinado supuesto.

Requiere, en segundo lugar, que la aplicación del derecho material extranjero produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales de la *lex fori*.

* Publicado en: *Libro-Homenaje a Lorenzo Herrera-Mendoza*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1970, Tomo I, pp. 82-180; y en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Contraloría General de la República, 1976, pp. 441-502.

¹ A pesar de que creemos preferible el término “cláusula de reserva” (*Vorbehaltsklausel*), creado por la doctrina germánica, porque configura mejor el sentido de la institución, utilizamos en estas líneas el término de “orden público internacional”, “orden público absoluto” o cuando no haya lugar a confusiones, simplemente “orden público”, porque son los que se han generalizado en los países latinos y en general en los sistemas jurídicos del grupo romano-francés.

² Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Darmstadt. Hermann Gentner Verlag, 2. Auflage, 1956, Tomo VIII, § 349.

³ Señalemos, a título de simple ejemplo, en la doctrina francesa: Niboyet, Jean Paulin, *Cours de Droit international privé français*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, Nos. 504 ss.; Batiffol, Henry, *Droit international privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, Nos. 354 ss.; Lerebours Pigeonniere, Paul, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 1962, No. 378. En la doctrina italiana: Balladore-Palliere, Giorgio, *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1946, No. 33; Morelli, Gaetano, *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, Jovene, 1952, Nos. 47 ss.; Fedozzi, Prospero, *Il Diritto Internazionale Privato, Teoria Generale e Diritto Civile*, Padova, CEDAM, p. 285. En la doctrina germánica: Wolff, Martin, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Springer, 1933, § 14; Raape, Leo, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Frankfurt a.M., Verlag Franz Vahlen GmbH, 1961, § 13; Kegel, Gerhard, *Internationales Privatrecht*, München, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1960, § 16; Niederer, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Schulthess, 1956, § 42. En la doctrina angloamericana, dentro del enfoque peculiar del *common law*: Cheshire, D.C.L., *Private International Law*, London, Clarendon Press, Oxford University Press, 1957, pp. 54 ss.; Graveson, Ronald Harry, *The conflict of laws*, London, Sweet and Maxwell, 1965, pp. 483 ss.; Goodrich, Herbert F., *Handbook of the Conflict of laws*, St. Paul, West Publishing Co., 1938, 1.11; Schmitthof, Clive, *English Conflicts of laws*, London, Pitman, 1948, pp. 54 ss. En la doctrina española: Miñaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Atlas, 1966, Tomo I, pp. 352 ss.; Aguilar Navarro, Mariano, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Artes Gráficas, 1964, Vol. I, Tomo II, pp. 145 ss. En la doctrina latinoamericana: Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, Universidad de Montevideo, 1955, Nos. 371 ss.; Goldschmidt, Werner, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, Tomo I, pp. 441 ss. En relación con la URSS y los países europeos del Este, véase, en análogo sentido, pese a las diferentes repercusiones prácticas del concepto, Szaszy, Istvan, *Private International Law in the European People's Democracies*, Budapest, Akademiai Kiado, 1964, Ch. VIII.

Cuando falta el primer requisito, esto es, cuando la *lex fori* es la única que tiene competencia —como ocurre, por ejemplo, en materia procesal, penal o administrativa—, no nos encontramos ante un caso de orden público, sino de aplicación pura y simple de la *lex fori*, como ley competente para conocer de la correspondiente relación. Si hemos de evitar inútiles confusiones, no debemos hablar en tal caso de orden público internacional, aunque así lo hicieren en su tiempo, los autores de la escuela de Mancini⁴ y aunque así lo haya recogido, por influencia de esa escuela, el articulado del Código Bustamante⁵.

Cuando falta el segundo requisito, no hay lugar a excluir la aplicación del derecho extranjero, a pesar de que el contenido de la norma extranjera competente sea distinto o contrario a la ley material imperativa del foro, esto es, al orden público interno del sistema del juez. Si desconocemos este requisito, confundiendo el orden público internacional con el orden público interno, corremos el riesgo de destruir el contenido y los valores del sistema conflictual. Transformamos así al orden público internacional, de acuerdo con el expresivo término del juez inglés Burrough, en un peligroso caballo desbocado. Una vez montados en él, no sabemos dónde nos puede arrastrar⁶.

B. Planteamiento del orden público en el divorcio

La cláusula de reserva o de orden público internacional se presenta, en consecuencia, en la disolución del matrimonio por divorcio, cuando, de acuerdo con la norma de conflicto del juez, tiene competencia una ley material extranjera para apreciar la procedencia y causas del divorcio, y cuando, a pesar de ello, se excluyen las disposiciones de la ley extranjera porque resultan manifiestamente incompatibles con los principios esenciales de la *lex fori*.

⁴ Citemos, como ejemplo representativo, la obra clásica de Weiss, en la cual se define a las leyes de orden público internacional como “las leyes de interés general que se imponen siempre a su observancia sobre el territorio en que han sido dictadas” (*Manual de Derecho internacional privado*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1912, Tomo I, p. 565). La distinción usual entre el efecto negativo y el efecto positivo del orden público, aunque perfectamente útil desde el punto de vista didáctico, ha contribuido a esa confusión. En efecto, el efecto positivo tiende no pocas veces a sugerir que el orden público se aplica *per se*, sea o no competente la ley extranjera.

⁵ El artículo 3 del Código Bustamante, que clasifica las leyes vigentes en cada Estado en leyes personales o de orden público interno, leyes territoriales, locales o de orden público internacional, y leyes voluntarias o de orden privado, considera leyes de orden público internacional, que denomina también, como vemos, locales o territoriales, a aquellas que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales. Ese criterio crea a lo largo del Código una constante indeterminación. Cuando el Código habla de ley local o de orden público internacional, ¿debe entenderse que se trata de principios en los cuales la *lex fori* excluye a la ley extranjera competente, o debe entenderse que se trata de la aplicación de la *lex fori* en cuanto única ley competente cuando el asunto está vinculado con el territorio del juez? Por otra parte, el propio Código confiesa implícitamente la insuficiencia de esa clasificación tripartita cuando se ve obligado a recurrir a otros conceptos, como por ejemplo, “ley de la situación” (arts. 105, 114, 227), “ley de domicilio conyugal” (art. 52), “ley del primer domicilio matrimonial” (art. 187), “ley del lugar en que se hizo el pago” (arts. 123, 401, 407).

⁶ “...once you get astride of it, you never know where it will carry you”. (*Richard vs. Mellish*, 2 Bing. 229.252.130 Eng. Rep. 294.1824) citado por Nussbaum, Arthur, *Grundzüge des Internationales Privatrechts*, München, Beck, 1952, p. 109, y Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado...*, ob. cit., Tomo I, p. 469.

La influencia del orden público puede suscitarse en las dos siguientes oportunidades: en los divorcios decretados por un tribunal nacional y en los divorcios decretados por un tribunal extranjero⁷. En el primer caso, que se encuadra en el problema general de la ley aplicable al divorcio, el tribunal nacional que pronuncia el divorcio ha de apreciar el grado en que puede aplicar las disposiciones de la ley extranjera competente. En el segundo caso, que se inserta en el problema general de la eficacia internacional de las sentencias, el tribunal nacional ha de apreciar el grado en que resultan aceptables las disposiciones aplicadas por el tribunal extranjero que pronunció el divorcio. En las páginas siguientes estudiaremos sucesivamente uno y otro caso.

El tema que contemplamos tiene, como todos los temas de la vida jurídica, inmensas y complejas ramificaciones. A los efectos de limitar el ámbito del presente estudio, hemos de referirnos al planteamiento general de la cuestión en la legislación y jurisprudencia venezolanas. Haremos, sin embargo, referencias al derecho comparado sin cuya consideración es imposible configurar las bases teóricas del problema. Esperamos aportar así una modesta contribución al análisis de algunos temas fundamentales que plantea la teoría del orden público y la institución del divorcio en el derecho conflictual.

II. Divorcio decretado por un tribunal nacional

A. Bases teóricas: justicia conflictual y justicia sustancial

La aplicación de la cláusula de reserva u orden público internacional implica un sacrificio de la justicia conflictual —formal—, que inspira a la norma de derecho internacional privado, en favor de la justicia sustancial o de fondo, que inspira a la norma de derecho material. La justicia conflictual exige, en efecto, que a cada relación jurídica se aplique la ley material del país que, de acuerdo con las normas de derecho internacional privado, tiene competencia para regirla. Ello significa que en tales relaciones, sometidas a un derecho extranjero, deben prevalecer los criterios de justicia contenidos en ese derecho extranjero, aunque sean distintos de los criterios consagrados en el derecho del juez. Ahora bien, cuando esa divergencia es tan grande que implica una absoluta incompatibilidad entre los criterios del derecho extranjero y los principios fundamentales de justicia de la *lex fori*, el juez debe excluir las disposiciones correspondientes del derecho extranjero. Debe excluir, por ejemplo, la ley extranjera que permite contraer matrimonio a un hombre con más de una mujer o que establece diferencias entre las personas

⁷ Prescindimos de los casos en que el divorcio es pronunciado por una autoridad no judicial, ya sea mediante una ley del parlamento, como en Irlanda o en Quebec, o con intervención del rey o de un organismo administrativo, como en Dinamarca o Noruega; y de aquellos en que se configura con las características de un acto privado o cuasiprivado, con la eventual intervención de la autoridad administrativa o religiosa, como ocurría en la Rusia Soviética hasta 1936 y como sucede en el derecho hebreo. Por lo demás, los principios generales que exponemos son aplicables, *mutatis mutandis*, a los casos mencionados. Véanse referencias a esos problemas en Wolff, *Private International Law...*, ob. cit., pp. 375 ss.

por razones de raza o religión. En ese conflicto extremo de intereses y valores sucumben los valores del sistema conflictual ante los valores preferentes de la justicia sustancial⁸.

La experiencia histórica muestra que el campo del divorcio es uno de los sectores del derecho positivo donde se manifiesta con más frecuencia ese conflicto de valores y donde, en consecuencia, el juez tiende a sacrificar las exigencias de la justicia conflictual, excluyendo las disposiciones de la ley extranjera. Ello se explica sin duda por la profunda significación que tiene la institución matrimonial en las realidades ético-sociales de cada pueblo y por la consiguiente trascendencia que otorga la jurisprudencia a las causas que determinan la disolución del vínculo conyugal.

Los jueces de cada sistema tienden, en efecto, a considerar la enumeración de causas de divorcio contenidas en su propia ley como una especie de *numerus clausus*, que marcaría un límite infranqueable a la disolución del matrimonio. De acuerdo con esa tesis, sólo podría decretarse el divorcio, aun en los casos en que sea competente una ley extranjera, por las causas establecidas en la *lex fori* o que sean claramente equiparables a ellas.

Puede quizás criticarse ese criterio, en cuanto representa una notoria extensión del principio excepcional del orden público y, por ende, un evidente sacrificio de la justicia conflictual. Es, sin embargo, uno de los pocos casos en que esa extensión tiene una visible justificación. Ello es así por tres razones. En primer lugar, el orden público funciona ante una institución de especial trascendencia social, como una especie de defensor del vínculo. Impide así que un matrimonio se disuelva por casos que no estén contemplados en el sistema jurídico donde se decreta el divorcio. En segundo lugar, el hecho de que el divorcio requiera necesariamente, en la mayor parte de los países, la intervención de un órgano judicial, colorea a la institución de un tinte procesal y hace que esa tesis coincida con el principio de que las actuaciones procesales deben estar en todo caso sometidas a las disposiciones de la *lex fori*. Mas, sobre todo, a la luz del ideal fundamental del derecho internacional privado, que es el de unificar internacionalmente el contenido material de las decisiones o evitar, al menos, que en distintos países se dicten soluciones materiales discordantes para un mismo caso, tal aplicación del orden público apenas resulta objetable. La persona que, según la ley extranjera competente, podría obtener un divorcio y por las razones expresadas no lo obtiene, conserva, en efecto, la situación jurídica de casada ante todos los sistemas jurídicos y, tiene, en todo caso, abierta la posibilidad de obtener ese

⁸ Neuhaus ha observado acertadamente que a diferencia de lo que ocurre con otros correctivos a la aplicación de la ley extranjera que, como la adaptación, tienen un predominante carácter técnico, en el orden público se plantea una decisión entre intereses y valores contrapuestos. (*Interessen oder Wertenscheidungen*). (Neuhaus, Paul Heinrich, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, de Gruyter, 1962, p. 256).

divorcio ante los tribunales del país cuya ley es aplicable al fondo, si tales tribunales poseen competencia internacional para conocer del proceso⁹.

B. Ley aplicable al divorcio

La determinación de la ley competente para regir la procedencia y las causas del divorcio puede responder a dos posibles criterios. Puede situar el centro de gravedad de la institución, bien en la autoridad que lo decreta, o bien en la persona de los cónyuges. En el primer caso atribuye competencia a la *lex fori*, esto es, a la ley del tribunal que conoce del juicio de divorcio; y en el segundo, a la ley personal de los cónyuges, ya en su forma de *lex patriae*, o ya en su forma de *lex domicilii*¹⁰.

La primera solución es la que fue sustentada por Savigny¹¹ y la que prevalece en la tradición y en el espíritu del *common law*. Es por eso la que rige señaladamente en el derecho inglés y norteamericano. Puede en cierto modo estimarse que, de acuerdo con la peculiar configuración histórica del *common law*, las disposiciones relativas al divorcio resultan absorbidas por el aspecto procesal de la institución y quedan en consecuencia sometidas a la ley del juez.

La segunda solución, en la forma de ley nacional (*lex patriae*), es la que difundió la escuela manciniana de la personalidad del derecho y la que propició el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Heidelberg (1887) y de Lausana (1888). Es, en tal sentido, la que se consagra en la mayor parte de los países de Europa continental, como por ejemplo, Francia, Alemania, Suiza y Suecia¹². Y es la que consagran igualmente los países de Europa Oriental. En su forma de *lex domicilii*, es la que rige en algunos países europeos que conectan el estatuto personal con el domicilio —como Noruega y Dinamarca—, en los países

⁹ El doctor Herrera Mendoza no sólo ha mantenido esta tesis en el caso del divorcio, sino que la ha extendido —frente a la solución consagrada en el artículo 47 del Código Bustamante— a la acción de nulidad del matrimonio, para la cual pueden en efecto pregonarse similares argumentos (Herrera Mendoza, Lorenzo, Anotaciones sobre la anulabilidad de matrimonios extranjeros, en: *Derecho Internacional Privado y temas conexos*, Caracas, Emp. El Cojo, 1960, pp. 290 ss.).

¹⁰ Junto a la ley del tribunal (*lex fori*) y a la ley personal de los cónyuges (*lex patriae* o *lex domicilii*), es común citar también, como posible punto de conexión determinante, la ley del lugar de celebración del matrimonio. Esta tesis, que responde a la doble idea de asimilar el matrimonio a una relación contractual y de aplicar la *lex loci* al fondo, disolución y extinción de las obligaciones contractuales, es, desde ambos aspectos, objetable. ¿Tiene, en efecto, algún sentido regir el divorcio por la ley del lugar de celebración del matrimonio, que puede ser en sí mismo perfectamente accidental? Sólo lo tiene cuando esa ley, como ocurre en la mayoría de los casos, coincide con la ley personal de los cónyuges o con la ley del tribunal que decreta el divorcio, mas ello nos sitúa de nuevo frente a los criterios esenciales enunciados en el texto. Sobre el efecto atribuido a la ley del lugar de celebración del matrimonio en los tratados de Montevideo, véase nota 13.

¹¹ Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts...*, ob. Cit., Tomo VIII, § 379, No. 6. Savigny atribuye competencia a la ley del tribunal, porque el elemento moral otorga a las leyes sobre el divorcio un carácter rigurosamente obligatorio. Observa, no obstante, que esa ley coincide con la ley del domicilio del marido, pues allí se coloca la jurisdicción competente para conocer del divorcio.

¹² Un caso especial es el de Bélgica, donde una ley reciente (ley de 27 de junio de 1960) ha sustituido la competencia de la *lex patriae* por la de la *lex fori*, si bien con ciertas concesiones relativas a su compatibilidad con la ley nacional del demandado. (Véase Graulich, Paul, *Principes de Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1961, p. 69). La jurisprudencia holandesa se ha inclinado tradicionalmente también, por razones de orden público, a la tesis de la *lex fori*, salvo en el caso de que se trate de países signatarios del Convenio de La Haya. (Véase sentencia de 11 de enero de 1924 del Tribunal del Distrito de Ámsterdam, en: *Journal*, 1925, p. 1.120).

latinoamericanos que aceptan el principio domiciliario, y es también, en tal sentido, la que consagran los Tratados de Montevideo¹³.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los sistemas que consideran competente a la *lex fori* y aquellos que consideran competente a la *lex domicilii* atribuyen generalmente competencia a los tribunales del domicilio conyugal para decretar el divorcio, resulta que en ambos casos la ley del juez coincide con la ley del domicilio y no es siempre posible determinar si la aplicación de esa ley se está haciendo a título de *lex fori* o a título de *lex domicilii*¹⁴.

Ello implica que las soluciones relativas a la ley aplicable se escinden prácticamente en dos fundamentales: la de aquellos países que aplican la ley del tribunal, en cuanto *lex fori* o ley del domicilio conyugal, y la de aquellos países que aplican la *lex patriae*, esto es, la ley nacional de los cónyuges¹⁵,¹⁶.

Es obvio que en el caso de los países que aplican la ley coincidente del domicilio y el foro, el problema del orden público pierde generalmente toda razón de ser, ya que el tribunal aplica exclusivamente su propia ley. Lo pierde, por lo tanto, porque la regulación de la

¹³ El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 determina, en su artículo 13, que la ley del domicilio matrimonial rige la disolubilidad del matrimonio, pero impone la condición adicional de que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en que se celebró. Atribuye, por lo tanto, competencia a la *lex domicilii* pero en forma cumulativa con la *lex loci celebrationis*. La intervención de esta última ley, cuya discutible competencia se señala en la nota anterior y que fue introducida en el Tratado de 1889 por una enmienda accidental, ha sido eliminada en el Tratado de 1940. En el artículo 15 de este tratado se atribuye competencia exclusiva a la ley del domicilio conyugal y se otorga al Estado en donde se celebró el matrimonio el simple derecho a no reconocer la disolución no admitida por sus leyes.

¹⁴ Esta situación se presenta en el derecho angloamericano. El artículo 135 del *Restatement of the Law of Conflict of Laws* (1934), que refleja en este punto la posición general de los tribunales norteamericanos, determina que “*the law of the forum governs the right to divorce*”. El comentario del propio *Restatement* observa, no obstante, que esa ley es competente no porque sea la del lugar donde se intenta la acción, sino porque es la del domicilio de una o de ambas partes. La competencia de la *lex domicilii*, se deriva de acuerdo con la frase repetidamente usada por los tribunales, “*from the right of every Nation or State to determine the status of its own domiciled citizens*”. (Véase Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 397). Esta tesis deja, sin embargo, en pie el problema, en razón de que el tribunal del domicilio es el único que tiene jurisdicción en materia de divorcio. Por su parte, en el derecho inglés, en los casos excepcionales en que conoce del divorcio un tribunal que no es el tribunal del domicilio, el tribunal inglés aplica el propio derecho y no el derecho del domicilio extranjero. (P.e., *Zanelli, vs. Zanelli*, 1948. Véase Cheshire, *Private International Law...*, ob. cit., p. 393. Wolff, *Private International Law...*, ob. cit., p. 380).

¹⁵ Dados los limitados propósitos de este estudio, no podemos penetrar en los complejos problemas especiales que suscita la aplicación de la *lex patriae*, en el caso de que cambie la nacionalidad de los cónyuges, y sobre todo, en el caso de que tengan nacionalidades diversas. Es útil anotar, sin embargo, que frente a la tesis tradicional que, en este último caso, imponía la ley del marido, ha tenido lugar una curiosa evolución, que es particularmente visible en la jurisprudencia francesa. Esa evolución puede resumirse en tres decisiones clásicas: el caso Ferrari, de 6 de julio de 1922 (D. P. 1922, 1.137), que aplica, en contra de las disposiciones de la ley nacional del marido italiano, la ley francesa a una mujer francesa, y que puede implicar tanto la aplicación distributiva de las distintas leyes a cada uno de los cónyuges o la aplicación, sin más, de la ley francesa al cónyuge francés; el caso Rivière, de 17 de abril de 1953 (*Revue* 1953,412), que aplica la ley del domicilio común, doctrina que fue confirmada poco después en el caso Lewandowski, de 15 de marzo de 1955 (D. 1955, 540); y el caso de Tarwid, de 15 de mayo de 1961 (D. 1961,437), que aplica, a falta de domicilio común, la *lex fori*. Es sintomático observar, a través de la evolución expresada, cómo, en los casos en que la *lex patriae* resulta de difícil o problemática aplicación, resurgen las conexiones básicas del domicilio y del foro, a través de las cuales se aproximan los sistemas latinos a los sistemas angloamericanos.

¹⁶ Al referirse a la ley aplicable al divorcio, en su reciente trabajo sobre el divorcio en derecho internacional privado, Schwind sólo señala dos únicas alternativas básicas: la ley del foro o la ley nacional de los cónyuges. (*Le Divorce en Droit International Privé*, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1966, Vol 117, pp. 468 ss.).

institución es la misma que resultaría si fuese considerada de orden público en su integridad. La eliminación del problema del orden público es una de las evidentes ventajas teóricas y prácticas de esa solución¹⁷. El problema sólo se suscita, en efecto, en tales países, en las oportunidades poco frecuentes en que el juez de un sistema que aplica estrictamente la *lex domicilii* conoce de divorcios de personas domiciliadas fuera del país. En cambio, en el segundo caso, esto es, en el de los países que aplican la *lex patriae* al divorcio, es donde el problema del orden público se plantea en toda su magnitud.

C. Orden público como limitación a la aplicación de la Ley personal de los cónyuges

El orden público interviene principalmente en el divorcio como una cláusula que excluye o limita parcialmente la aplicación de la ley nacional de los cónyuges en los países en los cuales, de acuerdo con la norma-conflictual, tiene competencia esa ley para regular el fondo de la materia.

Es justamente en este caso donde, de acuerdo con lo que hemos expuesto en el capítulo 3, ha prevalecido en el derecho comparado la tendencia a considerar de orden público internacional la indisolubilidad del vínculo matrimonial por causas no consagradas en la *lex fori*. De acuerdo con esta tesis, el divorcio sólo puede pronunciarse cuando es admitido a la vez por la ley nacional de los cónyuges y por la ley del tribunal¹⁸.

La cláusula de orden público ha servido así para construir una norma conflictual compleja y cumulativa, que conecta simultáneamente la procedencia y las causas del divorcio con la *lex patriae* y la *lex fori*.

Esa aplicación cumulativa suscita, por lo demás, un problema adicional. ¿Basta que el divorcio sea procedente según ambas legislaciones, aunque las causas sean diversas, o es necesario que la causal de la *lex fori* coincida con la causal de la *lex patriae*?

La aplicación cumulativa de la *lex patriae* y la *lex fori* fue propiciada por el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Heidelberg (1887) y Lausana (1888), y fue consagrada por el Convenio de La Haya el 12 de junio de 1902 para regular conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y separación de cuerpos. Según el artículo 1º del Convenio, los cónyuges sólo pueden intentar una demanda de divorcio cuando su ley nacional y la ley del lugar donde la demanda se intenta admiten el divorcio. Según el artículo 2º, el divorcio sólo puede ser solicitado cuando en el caso de que se trate es admitido a la vez por la ley nacional

¹⁷ Véase Gallardo, Ricardo, *La solution des conflits de lois dans les pays de l'Amérique Latine*, Paris. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, p. 24.

¹⁸ Una exposición clásica de esta tesis se encuentra en Audinet, Eugène, *Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce*, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1926, Vol. 11, pp. 218 ss.

de los cónyuges y por la ley del lugar donde la demanda se intenta, aunque sea por causas diferentes¹⁹.

La tesis de la aplicación cumulativa es la que, en líneas generales, ha acogido la jurisprudencia francesa. Los tribunales franceses no divorcian, por lo tanto, a extranjeros cuyas leyes nacionales no consagran el divorcio vincular. No divorcian, por lo tanto, a cónyuges españoles, italianos, brasileños, argentinos, colombianos, sin que importe el hecho de que el matrimonio se haya celebrado ante el funcionario del Estado civil francés²⁰. A la inversa, sólo decretan el divorcio de extranjeros por causas consagradas también en la ley francesa²¹. Han negado, en el mismo sentido, la conversión en divorcio de una separación de cuerpos italiana basada en el mutuo consentimiento²², y han aceptado, en cambio, la conversión en divorcio de una separación de cuerpos inglesa basada en el adulterio del marido²³.

La solución expresada, que es, en Francia, un simple producto de la doctrina y de la jurisprudencia, ha sido formalmente consagrada en la legislación alemana. El artículo 17 de la ley de Introducción al Código Civil alemán atribuye competencia en materia de divorcio a la *lex patriae*, a través de una norma de conflicto bilateral que ordena aplicar la ley nacional del marido. Sin embargo, en el párrafo cuarto del mismo artículo, determina que el divorcio sólo se puede pronunciar en Alemania cuando sea procedente tanto según la ley extranjera como según la ley alemana. Los tribunales alemanes no divorciarían, en consecuencia, a un holandés por enfermedad mental, porque esa causal, aunque existe en el derecho alemán, no existe en el derecho holandés; y no divorciarían a un mexicano por mutuo consentimiento, porque el divorcio por mutuo consentimiento existe en el derecho mexicano, pero no existe en el derecho alemán²⁴. Por lo demás, de acuerdo con la interpretación que se da a ese precepto, basta que exista una causa para el divorcio en ambos derechos, aunque ellas sean diversas. Así por ejemplo, en una sentencia dictada en 1931, el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Hamburgo

¹⁹ Aun en este caso, no es lógicamente necesario que la coincidencia sea exacta, ya que ello obligaría a una identidad de los términos usados por la ley, sino que sean de contenido y significación equiparables.

²⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación (*Chambre Civile*) de 30 de octubre de 1905, en la cual se niega el divorcio a cónyuges austriacos de religión israelita, casados en Francia, porque no podían divorciarse de acuerdo con su ley nacional (*Revue*, 1906, p. 737).

²¹ Existen obviamente diferencias de opinión entre quienes, como Batiffol, sostienen la estricta concordancia con las causales de la ley francesa (*Droit International Privé...*, ob. cit., p. 494) y quienes, como Lerebours-Piggeonnière, tienden a una interpretación extensiva de las mismas, dando así entrada a causales equiparables de la ley extranjera (*Droit International Privé...*, ob. cit., p. 544). El problema se ha planteado, por ejemplo, agudamente en relación con causales como la enfermedad mental de uno de los cónyuges, del derecho alemán (art. 1.569 del BGB, sustituido por el art. 45 de la Ley Matrimonial de 20 de febrero de 1946). ¿Debe rechazarla el orden público francés, en virtud de que las causales del Código Civil francés —adulterio, condena penal, excesos, sevicias e injurias— suponen un acto culpable del cónyuge demandado, o debe aceptarlas entendiendo que se trata de una causa equiparable a la injuria grave del derecho francés?

²² Sent. de la Corte de Casación de 6 de julio de 1922 (*Sirey*, 1923, I, p. 5).

²³ Sent. de la Corte de Casación de 13 de noviembre de 1928 (*Journal*, 1929, p. 426).

²⁴ Véase Raape, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 281.

decretó el divorcio basándose en el mutuo acuerdo de los cónyuges, admitido en el derecho polaco (hebreo), y en el adulterio del marido, consagrado en el derecho alemán²⁵.

A su vez, el Código civil suizo dice en el artículo 59, 7-h del título final, que “un cónyuge extranjero que habita en Suiza tiene el derecho de solicitar el divorcio ante el juez en su domicilio, si acredita que las leyes o la jurisprudencia de su país de origen admiten la causa de divorcio invocada y reconocen la jurisdicción suiza”.

Es evidente que el orden público puede intervenir también en los países que aplican al divorcio la *lex domicilii* cuando se ventilan ante sus tribunales divorcios de personas domiciliadas en el extranjero. En este caso, al igual que en el caso de aplicación de la ley nacional, la ley del tribunal puede excluir causas de divorcio contenidas en la ley del domicilio. El caso es, sin embargo, de escasa significación práctica. Según hemos expuesto más arriba, los países que aplican la ley del domicilio al divorcio otorgan generalmente competencia para decretarlo al tribunal del domicilio. Ejemplo clásico es el que ofrecen al respecto los Tratados de Montevideo. Atribuyen competencia para regir el fondo del divorcio a la ley del domicilio conyugal, y atribuyen asimismo competencia para conocer del juicio de divorcio a los tribunales del domicilio conyugal (art. 61 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y art. 59 del Tratado de 1940). La identidad de criterios en la atribución de competencia legislativa y de competencia jurisdiccional elimina el problema del orden público a través de la aplicación pura y simple de la *lex fori*. Más adelante veremos, sin embargo, algunos casos, particularmente referidos al derecho venezolano, en que se plantea el problema del orden público frente a la *lex domicilii*. Tales casos se producen justamente por el hecho de que se asigna competencia legislativa a la *lex domicilii* y se admite, sin embargo, a la vez una diversidad de competencias jurisdiccionales²⁶.

D. Legislación y Jurisprudencia venezolanas

No existe en el derecho venezolano una norma legislativa conflictual que determine expresamente la ley aplicable al divorcio, como tampoco, en general, al matrimonio y a las relaciones familiares. Sin embargo, es razonable deducir, tanto de las bases estatutarias de nuestro sistema como de la inequívoca redacción de los artículos 9 y 26 del Código Civil, que someten a la *lex patriae* todo lo atinente al estatuto personal, que la ley competente es la ley nacional de los cónyuges²⁷.

²⁵ Citado por Kegel, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 292.

²⁶ Véase el cap. II.E. Tales casos son un resultado de aplicar, directa o análogicamente las disposiciones sobre competencia jurisdiccional del Código Bustamante. No conocemos, sin embargo, ningún caso en que se hayan planteado, lo que viene de nuevo a confirmar la escasa trascendencia práctica del problema.

²⁷ Esta tesis ha sido sostenida por Francisco Gerardo Yanes, *Memorándum de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Tipografía Universal, 1912, pp. 95-96; por Juan Carmona, El Divorcio ante el Derecho Internacional Privado, en: *El Profesional*, 1920, Tomo III, año III, No. 49, p. 5; por Francisco Manuel Mármol: La Ley Personal del Extranjero y la Jurisprudencia de Casación en

Dentro de esa concepción, es asimismo razonable entender, de acuerdo con la tesis general anteriormente expuesta, que el orden público excluye la aceptación de causas de divorcio de la ley nacional de los cónyuges no contempladas en la legislación venezolana y conduce, en consecuencia, a la aplicación cumulativa de ambas leyes, esto es, a decretar solamente el divorcio cuando está admitido por la ley venezolana, en cuanto ley del tribunal, y por la ley nacional de los cónyuges extranjeros.

No obstante frente a esa plausible interpretación del sistema legal venezolano, los tribunales han aplicado pura y simplemente la *lex fori*, haciendo abstracción integral de la ley nacional de los cónyuges. Esa actitud de la jurisprudencia es en parte reflejo del sentimiento territorialista que ha prevalecido en la práctica nacional y que ha inducido reiteradamente a soslayar la aplicación del derecho extranjero y a ignorar incluso la existencia del problema conflictual. El divorcio es, en efecto, uno de los ejemplos más expresivos en que se manifiesta, como consecuencia de esa realidad, la transformación o deformación implícita de nuestro sistema conflictual, de un sistema de base estatutaria con peculiares características, en un sistema territorialista revestido de un simple ropaje estatutario, hecho que puso brillantemente de relieve en 1943 el doctor Lorenzo Herrera Mendoza²⁸.

La consecuencia práctica de esa situación es que el orden público ha intervenido de manera total el campo de la procedencia y de las causas del divorcio. Los tribunales venezolanos divorcian solamente por las causales de la ley venezolana. Pero, además, los tribunales venezolanos excluyen totalmente de este campo la aplicación de la ley extranjera. Decretan, por ende, el divorcio, siempre que existan algunas de las causales consagradas en la ley venezolana, cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges²⁹.

Venezuela, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1954, No. 1, pp. 41 ss., y por Ramiro E. Rincón, Algo sobre el divorcio, en: *Ordo, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación*, 1932, No. 4, p. 138. Véase especialmente el trabajo de Mármol, que critica la jurisprudencia de casación a que más adelante se hace referencia. Por su parte, el doctor Pedro Manuel Arcaya estableció en el artículo 30 de su Proyecto de ley de aplicación de Derecho Internacional Privado: "Los tribunales venezolanos no pueden conocer de ningún juicio de divorcio ni de separación de cuerpos, entre cónyuges extranjeros, o cuando el marido sólo lo sea, sino por las motivos y con los efectos que determina la respectiva ley nacional".

²⁸ Véase Herrera Mendoza, Lorenzo, *La Escuela Estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad*, Caracas, Emp. El Cojo, 1943. Entre la profunda y variada contribución que ha realizado el doctor Herrera Mendoza a través de su labor de escritor, de estudioso, de juez y de abogado, y por medio de la enseñanza oral y la palabra escrita, al desenvolvimiento del derecho internacional privado venezolano, éste es, a nuestro juicio, el escrito de mayor significación. En el expresado escrito aborda, con su indomable independencia de juicio y su peculiar manera de expresión, las realidades dogmáticas, históricas, político-legislativas y sociológicas que configuran el sistema conflictual venezolano; traza un panorama crítico que hasta entonces nadie había sido capaz de esbozar, y abre un fecundo camino para su análisis doctrinal y para su renovación legislativa y jurisprudencial. Sea esta nota una ocasión adicional para reiterar el reconocimiento y admiración que deben al doctor Herrera Mendoza todos los que se dedican en Venezuela al estudio de los problemas conflictuales.

²⁹ La tesis que propicia la aplicación exclusiva de la *lex fori* al divorcio por razones de orden público fue sustentada por Jesús Antonio Páez, quien alegó, además, para justificar la aplicación de esa ley a los extranjeros, el hecho de que el artículo 188 del Código Civil (equivalente al 184 del Código vigente) determina que "todo" matrimonio válido se disuelve por divorcio (Divorcio del extranjero, *El Profesional*, 1919, p. 73).

La jurisprudencia es, en ese respecto, constante y uniforme. En las escasas oportunidades en que algún tribunal de instancia ha aplicado la ley personal de los cónyuges, negando, por ejemplo, el divorcio de personas cuya ley nacional no consagra el divorcio vincular³⁰, la decisión ha sido revocada en la instancia superior³¹ o casada por la Corte de Casación.

La Corte Federal y de Casación se ha pronunciado sobre el caso en dos viejas sentencias: la primera, de 15 de junio de 1914, y la segunda, de 21 de febrero de 1921. En la primera se trataba del divorcio de un italiano casado en Venezuela con una venezolana, y en la segunda de un divorcio entre dos españoles casados en Puerto Rico cuando la isla era todavía colonia española. En ambas decisiones, la Corte afirmó categóricamente que el estatuto personal de los cónyuges no podía invocarse en una materia que, como el divorcio, interesaba al orden público, al que por cierto calificó indebidamente de “orden público interno” en vez de “orden público internacional”³².

E. Reglas del Código Bustamante

El Código Bustamante regula la materia correspondiente a la procedencia y a las causas del divorcio en los artículos 52 y 54. Tales artículos fueron ratificados sin reservas por Venezuela. Tienen, en consecuencia, fuerza legal en relación con los países que ratificaron el Tratado de La Habana sin reservas, así como en relación con aquellos que lo ratificaron con reservas pero no incluyeron esos artículos entre las reservas formuladas³³.

³⁰ Véase la decidida crítica que formuló en 1912 Pedro F. Escalona a una sentencia que negó el divorcio de un colombiano casado con venezolana, en virtud de que la ley colombiana no consagra el divorcio vincular (Un caso de renuncia de la Soberanía Nacional, en: *Revista de Ciencias Políticas*, 1912, Vol. IV, pp. 265 ss.). Rodrigo Octavio criticó al poco tiempo la tesis de Escalona y defendió el criterio de la sentencia (*Le mariage et le divorce au Brasil*, Paris, Marchal & Godde, 1913, p. 1.082).

³¹ Véase la sentencia de 27 de febrero de 1953 de la Corte Superior Primera en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, que revoca la sentencia de primera instancia de 29 de julio de 1952, por la cual se declaraba sin lugar, por aplicación de la ley personal, la demanda de divorcio de dos cónyuges españoles (*Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, Caracas, 1957, Vol. III, p. 134).

³² Véanse los textos correspondientes en la *Memoria de la Corte Federal y de Casación de 1915*, t. I, pp. 171 a 173, y en la *Memoria de 1922*, t. I, pp. 162 a 164. En la primera de las expresadas sentencias (Caso D’Anello Manrique), el juez de Primera Instancia de Ciudad Bolívar, actuando con asociados, negó el divorcio, por aplicación de la ley nacional del marido y actor. El juez superior, también con asociados, revocó el fallo y decretó el divorcio, por estimar que las leyes relativas al matrimonio son de orden público. El Tribunal Supremo del Estado, asimismo con asociados, confirmó el fallo de segunda instancia y la Corte Federal y de Casación, en la Sala de Casación, actuando como ponente el magistrado J. Eugenio Pérez, declaró sin lugar el recurso. (Véase la defensa de esta sentencia por el ponente, Divorcio de los Extranjeros en Venezuela, en: *Revista Jurídica*, 1930, No. 13, pp. 32-34). En la segunda sentencia (Caso Maldonado-Esteban) el juez de Primera Instancia del Distrito Federal decretó el divorcio. El divorcio fue negado en segunda instancia y vuelto a acordar en la tercera instancia. La Corte Federal y de Casación, en la Sala de Casación, actuando como ponente el magistrado Antonio Álamo, declaró sin lugar el recurso.

³³ Tienen, por lo tanto, fuerza de ley en relación con Cuba, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y Perú, que ratificaron el Código Bustamante sin reservas, y en relación con Haití, que formuló reservas determinadas, no incluyó entre ellas los artículos expresados. No tiene fuerza de ley en relación con los Estados Unidos y con todos los países no americanos, que no fueron signatarios del tratado; en relación con Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay, que lo suscribieron pero no lo ratificaron; ni en relación con Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y El Salvador, que lo suscribieron con reservas indeterminadas. Tampoco tiene fuerza de ley respecto a Brasil, el cual reservó precisamente los dos artículos mencionados. Es al menos dudoso que lo tenga en relación con la República Dominicana, dada la naturaleza especial de las reservas formuladas. Sobre las reservas al Código Bustamante, y en particular sobre las reservas indeterminadas, véase Muci Abraham, José, *Los conflictos de leyes y la codificación colectiva en América*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1955, pp. 34 ss.

No es clara la significación respectiva de los dos artículos mencionados. El artículo 52 parece referirse a la procedencia del divorcio, y el artículo 54, a sus causas. El artículo 52 establece que el derecho al divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal³⁴. Por su parte, el artículo 54 estipula que las causas del divorcio se someterán a la *lex fori*, esto es, a la ley del lugar en que el divorcio se solicite, pero, añade, “siempre que en él estén domiciliados los cónyuges”.

¿Cuál es el significado de los expresados artículos? Deben, a nuestro juicio, distinguirse dos casos. Si el país del domicilio conyugal es el mismo donde se solicita el divorcio, la solución es simple. La procedencia y las causas del divorcio deben regularse, de acuerdo con ambos artículos, por la ley del domicilio conyugal, que coincide por hipótesis con la *lex fori*. Ahora bien, ¿cuál es la situación en el caso en que el divorcio se solicite en un país distinto del domicilio conyugal? De conformidad con el texto del artículo 54, la aplicación de la *lex fori* está sometida a la condición de que los cónyuges tengan su domicilio en el país del tribunal, lo que implica que si es otro el domicilio tal disposición no debe recibir aplicación. En tal caso, la única disposición operante resulta la norma del artículo 52, el cual contempla, en general, el derecho al divorcio, y, a falta de otra norma específica, debe contemplar también sus causas. Si esta interpretación es exacta, y no parece que pueda haber otra, las reglas del Código Bustamante se reducirán a las disposiciones del artículo 52, que atribuyen competencia a la ley del domicilio conyugal. El artículo 54 contendría, por lo tanto, una disposición inoperante, ya que en el único caso en que resulta aplicable, esto es, en el caso de que los cónyuges tengan su domicilio en el país del tribunal, no hace sino ampliar o corroborar la regla del artículo 52, y en el caso en que tendría verdadera significación, esto es, cuando la ley del domicilio de los cónyuges no coincide con la *lex fori*, resulta, por su propio texto, de imposible aplicación³⁵.

³⁴ El artículo 52 dice seguidamente que el divorcio “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”. Es difícil entender esta salvedad final. Si —como parece— el Código ha querido evitar que un cambio de domicilio conyugal convierta en causal de divorcio un hecho que no lo era, ¿por qué no ha exigido que la causa sea autorizada por la ley del domicilio anterior y no por la ley personal de ambos cónyuges? He aquí una de tantas incongruencias que encontramos en el Código Bustamante, y que es en la presente ocasión tanto más objetable si se tiene en cuenta que, de acuerdo con las disposiciones del artículo 7, de la ley personal de ambos cónyuges será, en el caso de países que adopten como ley personal la *lex domicilii*, la misma ley del actual domicilio conyugal, y en el caso de países que adopten como ley personal la *lex patriae*, una ley o leyes distintas a las que maneja el Código en materia de divorcio. Por otra parte, el hecho de que en esa frase final del artículo 52 se aluda a la regulación de las causas de divorcio, indica también que no existe una nítida diferencia entre la esfera de aplicación de los artículos 52 y 54, y avala la conclusión a que hemos de llegar más adelante.

³⁵ El artículo 54, cuya inutilidad ha sido señalada por José Muci Abraham (Conflicto de leyes y juicio de exequátur, en: *Studia Iuridica*, 1957, No. I, p. 369), hubiera tenido sentido lógico evidente si dijera prácticamente lo contrario de lo que dice, a saber, que las causas del divorcio se someterán también a la ley del lugar en que se soliciten, cuando en él no estén domiciliados los cónyuges. Ello supondría que en el caso de que la ley del domicilio conyugal no coincidiese con la *lex fori*, se aplicarían cumulativamente ambas leyes. Desafortunadamente, en este como en otros puntos, la obra de Sánchez de Bustamante no aporta indicación alguna que ayude a aclarar las oscuridades del Código. (Véase Sánchez de Bustamante, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, La Habana, La Mercantil, 1943, Tomo II, pp. 56-57).

Admitiendo, por lo tanto, que el Código Bustamante atribuye competencia a la ley del domicilio conyugal, ¿cuál es la función que, en un divorcio sometido a las disposiciones del Código, corresponde al orden público del foro?

Nuevamente debe hacerse aquí una distinción.

En el caso más común, es decir, en el caso de que el divorcio se intente en el lugar del domicilio conyugal, el problema desaparece, ya que las leyes del foro —y por lo tanto, el orden público del foro— se aplican en su integridad, en cuanto ley del domicilio conyugal.

Por el contrario, en el caso menos común en el cual la acción del divorcio se intente en el tribunal de un país distinto del domicilio conyugal³⁶, ¿puede el juez excluir las causales de la ley extranjera competente por la aplicación de su propia ley?

Es, a nuestro juicio, lógico que los países que aplican como ley personal la *lex patriae*, como ocurre hoy en Venezuela, puedan excluir causales de la ley extranjera no admitidas en la *lex fori*, cuando la ley nacional de uno o de ambos cónyuges coincida con la ley del juez. Ello quiere decir, por ejemplo, que el juez venezolano podría excluir las causales de la ley del domicilio conyugal no admitidas en su legislación, cuando se trate de divorcios de cónyuges venezolanos. Esta tesis tiene un apoyo directo en el artículo 53 del Código Bustamante³⁷, el cual faculta a los Estados contratantes a no reconocer el divorcio decretado en el extranjero por causas que no admita el derecho personal de los cónyuges. Si el Código permite desconocer un divorcio extranjero por las razones expresadas, es lógico, a mayor abundamiento, que permita no decretar el divorcio en contraposición con la ley personal³⁸.

Es en todo caso razonable propugnar que en los casos en que el Código Bustamante tiene fuerza de ley —los cuales son sumamente escasos— se maneje con extremada moderación una cláusula que, como el orden público, priva de efectos a una ley extranjera que se aplica por imperativo de un tratado internacional vigente.

³⁶ Este caso puede plantearse, por ejemplo, de acuerdo con las normas de competencia procesal internacional contenidas en los artículos 318 y ss. del Código Bustamante, cuando los cónyuges se sometan a los tribunales de un país distinto de aquel donde tengan el domicilio conyugal. Por ejemplo, dos cónyuges venezolanos domiciliados en Perú, Panamá o Guatemala, o dos cónyuges de los cuales uno es venezolano y el otro peruano, panameño o guatemalteco, domiciliados en el país del cónyuge no venezolano, se someten expresa o tácitamente a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. En tales casos, la *lex fori* será la venezolana, en tanto que la ley del domicilio conyugal competente para regir el divorcio será, según el caso, la peruana, la panameña o la guatemalteca. Valladão considera que la referida situación suscita el difícil problema de que el *forum* aplique una ley extranjera sobre divorcio (Le Droit international privé des Etats Americains, en: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1952, Tomo 81, p. 106). Esta observación es particularmente válida para los países que no consagran el divorcio vincular. En los demás países no debiera suscitar mayores dificultades que las que origina en general la aplicación de leyes extranjeras.

³⁷ El artículo 53 es también otro modelo de ambigüedades. Contiene tal cantidad de disyuntivas, que es difícil determinar los casos que ha querido abarcar. ¿Se refiere sólo a divorcios decretados en el extranjero o también al pronunciamiento de divorcios en el territorio del juez? Dada la parte final del texto y a pesar de su evidente ambigüedad, nos parece lógico entender que se refiere a personas divorciadas fuera del país donde el problema se plantea.

³⁸ Quedan en pie una serie de problemas. Por ejemplo, ¿podrá el juez excluir una causal contenida en la ley del domicilio conyugal no aceptada por la ley nacional de uno de los cónyuges, cuando esta ley no coincide con la *lex fori*? ¿Podrá el juez imponer causales contenidas en la *lex fori* y no admitidas por la ley del domicilio conyugal? Nos inclinamos en ambos casos por la negativa.

F. Estado actual del derecho venezolano

¿Cuál es, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, el estado real actual del derecho venezolano y qué significación tiene esa situación a la luz de los principios del derecho conflictual?

En el derecho común, esto es, en el caso de conflictos de leyes no regidos por el Código Bustamante, hemos visto que la solución que se adapta a las directrices de nuestro sistema legislativo, esto es, la aplicación de la ley nacional de los cónyuges (*lex patriae*), corregida y combinada por el orden público del juez (*lex fori*), ha sido suplantada por la aplicación exclusiva de la ley del tribunal (*lex fori*), como consecuencia de que la jurisprudencia ha incluido todo lo referente al divorcio en el orden público internacional.

Ahora bien, teniendo en cuenta que, de acuerdo con el derecho común, la competencia de los tribunales venezolanos se basa, en materia de divorcio, en el domicilio conyugal³⁹, ello significa que la aplicación de la *lex fori* coincide con la aplicación de la ley del domicilio conyugal, y ello implica, por lo tanto, que la *lex patriae* ha venido a quedar sustituida por la ley del domicilio como ley competente para regir los divorcios decretados por tribunales venezolanos⁴⁰.

Por otra parte, en el caso de conflictos de leyes sometidos a las disposiciones del Código Bustamante, debe igualmente regir la ley del domicilio conyugal, de acuerdo con las disposiciones de este Código anteriormente analizadas, la cual ha de coincidir también, en el caso de matrimonios domiciliados en Venezuela, con la ley del tribunal.

Ello quiere decir que en el caso ordinario de que los tribunales conozcan de divorcios de matrimonios domiciliados en Venezuela, la ley aplicable, tanto según el derecho común como según el Código Bustamante —aunque por motivos diversos—, es la ley del domicilio conyugal, coincidente *ex hypothesis* con la *lex fori*⁴¹. En este caso ordinario desaparece el

³⁹ Artículo 543 del Código de Procedimiento Civil. Aunque este precepto contiene una simple norma de competencia procesal territorial interna, es transformable, por vía analógica, en una norma de competencia procesal internacional, máxime teniendo en cuenta que coincide con el criterio general de atribución de jurisdicción a los tribunales venezolanos que se deriva de los artículos 88 y 89 del Código de Procedimiento Civil. (Sobre el problema de la competencia procesal internacional en el derecho venezolano, véase Sánchez-Covisa, Joaquín, *Anotaciones sobre la competencia procesal indirecta*, en: *Studia Iuridica*, 1957, No. 1).

⁴⁰ Neuhaus ha observado agudamente que la reiterada aplicación del orden público frente a una determinada norma de conexión debe despertar dudas sobre la solución consagrada en esa norma, y puede servir en el campo del derecho de personas y del derecho de familia, para corregir la inoportuna aplicación del principio de nacionalidad, sustituyéndola por el del domicilio o residencia. (Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts...*, ob. cit., p. 259). Ese diagnóstico es en gran parte aplicable a la realidad jurisprudencial venezolana en materia de divorcio. En ella se basa en parte el proyecto de reforma legislativa que se contempla en el capítulo II.G.

⁴¹ El Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, al decretar el divorcio de dos cónyuges portugueses, ha expuesto esa posición: "... la ley sobre estatuto personal de los cónyuges extranjeros que no les permite la disolución del vínculo conyugal mediante el divorcio, no es aplicable en Venezuela, no solamente porque el derecho extranjero debe tener una limitación, es decir, no debe tenerse en cuenta cuando es contrario a las buenas costumbres o vaya contra una disposición legislativa del territorio donde se quiere aplicar, o colida con el orden público, sino también porque por el Código Bustamante debe aplicarse la ley territorial de Venezuela siempre que los cónyuges tengan su domicilio en este país". (Sentencia de 9 de enero de 1953, *Jurisprudencia de los Tribunales de la*

problema de orden público en cuanto tal, en virtud de que el tribunal aplica exclusivamente su propia ley.

Queda en pie, sin embargo, en nuestra realidad actual, el caso en que los tribunales venezolanos conozcan de divorcios de personas no domiciliadas en el país. De acuerdo con nuestras informaciones, ese caso no se ha planteado en la práctica. Se puede, no obstante, plantear cuando, de conformidad con las disposiciones del Código Bustamante, se sometan voluntariamente los cónyuges a la jurisdicción venezolana en virtud de que al menos uno de ellos sea venezolano. Puede igualmente ocurrir, a nuestro juicio, en relación con países no vinculados por el Código Bustamante, por aplicación analógica de las disposiciones del Código, o por aplicación de principios generales de derecho procesal internacional⁴².

¿Cuál es, en este caso, la ley aplicable a las causas del divorcio, y cuál es la función que desempeña entonces el orden público?

Debemos diferenciar dos supuestos. Si se trata del caso menos frecuente de países vinculados por el Código Bustamante, la ley competente será la del domicilio conyugal, pero no podrán aplicarse a cónyuges venezolanos las causas de esa ley no admitidas por la ley venezolana, de acuerdo con la tesis que ha sido expuesta en el capítulo 7.

Si se trata, por el contrario, de países no vinculados por el Código Bustamante, el problema resulta especialmente complejo. Caben, a nuestro modo de ver, tres soluciones alternativas. La primera sería la simple aplicación de la *lex fori*, extendiendo a este caso el criterio general mantenido por la jurisprudencia. La segunda sería la aplicación analógica del Código Bustamante, lo que llevaría a aplicar —de acuerdo con lo que se acaba de exponer— la ley del domicilio conyugal, con las limitaciones del orden público del foro. La tercera sería la aplicación de la ley venezolana, en cuanto *lex patriae*, de acuerdo con los principios de nuestro sistema conflictual. La primera solución conduce en la práctica a la misma conclusión que la tercera. Creemos que, *de lege lata*, esa debiera ser la solución aplicable, ya que coincidiendo en ella los principios jurisprudenciales que han otorgado al divorcio el carácter de materia de orden público y los principios legislativos que aplican la *lex patriae* al estado y capacidad de los venezolanos, no hay razón suficiente para sustituirla por una extensión analógica de las disposiciones del Código Bustamante.

República, 1957, Vol. III, p. 133). Por su parte, el Juzgado Superior Segundo de la 15ª Circunscripción Judicial, al decretar el divorcio de dos italianos casados en Italia, ha considerado competente la ley venezolana, como ley del domicilio de los cónyuges, por aplicación analógica de las disposiciones del Código Bustamante. (Sentencia de 6 de marzo de 1956, *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, 1959, Vol. V, p. 374).

⁴² Véase las disposiciones del Código Bustamante comentadas en la nota 36. Una importante sentencia de la Corte Federal otorgó el *exequátur* a una sentencia de divorcio entre alemán y venezolana decretada por un tribunal alemán, y consideró competente al tribunal alemán por efecto de la sumisión tácita de las partes, a pesar de que el domicilio conyugal se encontraba en Venezuela. (Sentencia de 15 de febrero de 1955, redactada por el doctor Héctor Parra Márquez, *Gaceta Forense*, 2ª Etapa, No. 7, Vol. I, pp. 68 ss.). No existe, a nuestro juicio, razón alguna para que no se apliquen principios similares a los fines de otorgar jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de divorcios de personas domiciliadas en territorio extranjero.

G. Solución del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado

El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado⁴³ acoge la *lex domicilii* como ley determinante del estatuto personal. La disposición fundamental se encuentra consagrada en el artículo 13, según el cual “la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio”. Esa solución se proyecta en el conjunto de normas relativas al derecho de las personas, de la familia y de las sucesiones. El artículo 21 la aplica especialmente al divorcio y a la separación de cuerpos.

La consagración de la *lex domicilii* en materia de divorcio y relaciones familiares constituye una sustancial modificación del criterio que ha prevalecido en nuestro sistema de derecho internacional privado desde el Código de 1873⁴⁴, la cual se ajusta mejor a las realidades demográficas, sociales y espirituales venezolanas, regulariza la situación creada por la interpretación jurisprudencial y coincide con la tesis del Código Bustamante y con las inspiraciones dominantes en los países de América Latina⁴⁵, ⁴⁶.

Las disposiciones del proyecto sobre la ley aplicable al divorcio están, sin embargo, redactadas de una manera singular. Merecen, en tal sentido, una especial consideración, aunque ello rebase en parte los objetivos de este estudio. El artículo 21 somete, en efecto, el divorcio a la ley del domicilio del cónyuge que intenta la demanda, en lugar de someterlo a la ley del domicilio conyugal, o a lo sumo, a la ley del domicilio del marido, la cual, coincide en general con la ley del domicilio conyugal.

⁴³ Véase *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Ministerio de Justicia, 1965. El mencionado proyecto fue redactado a instancias del Ministerio de Justicia y por iniciativa del ministro de Justicia doctor Andrés Aguilar, por una comisión integrada por el doctor Roberto Goldschmidt, el eminente jurista y buen amigo, dolorosa y prematuramente desaparecido; el doctor Gonzalo Parra Aranguren y el autor de este trabajo. El mencionado proyecto ha sido sometido a la consideración de jueces y profesionales, pero no ha sido hasta el momento sometido a la consideración de las Cámaras Legislativas.

⁴⁴ La misma orientación apareció ya en el Código de 1867, pero dada la corta vigencia de este texto legal y el hecho de que el Código de 1873 constituye la matriz de nuestra actual codificación civil, parece más lógico hacer referencia exclusiva a él.

⁴⁵ Esta es también la orientación que se deriva de las enseñanzas orales y escritas del doctor Lorenzo Herrera Mendoza. El trabajo mencionado más arriba terminaba con estas palabras significativas: “El domicilio, que ha sido el régimen de los angloamericanos y de las Repúblicas unidas por los Tratados de Montevideo, ha venido produciendo los efectos de una especie de doble corriente jurídico-magnética que, del Ártico al Antártico y de la Argentina al Canadá, ha ido cubriendo, paulatinamente, a las Repúblicas de América, hasta el punto de que ya les quedan poco ambiente y espacio a las legislaciones, como la venezolana, la cubana y alguna otra, que vinculan a la nacionalidad la eficacia extraterritorial de las leyes”. (*La escuela estatutaria en Venezuela y su evolución hacia la territorialidad...*, ob. cit., p. 236). Debemos una vez más subrayar que, a pesar de que el doctor Lorenzo Herrera Mendoza no pudo colaborar, por razones de edad y salud, en la preparación y redacción del proyecto, en sus enseñanzas se basan, como se afirma explícitamente en la exposición de motivos, las principales orientaciones del mismo.

⁴⁶ Ha sido expresamente propugnada, entre nosotros, por Mayobre, José Antonio, Ley aplicable en materia de divorcio, en: *Cultura Jurídica*, 1946, Nos. 17-18, pp. 38 ss. En sentido general, véase Bogdanowsky, Tatiana, La nacionalidad y el domicilio en el Derecho internacional privado, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1962, No. 23, pp. 438 ss.

Esa redacción no altera la situación en la inmensa mayoría de los casos, ya porque el domicilio conyugal es el domicilio de ambos cónyuges, ya porque éste viene determinado por el domicilio del marido, o porque se atribuye a la mujer casada el mismo domicilio del marido.

Tiene, sin embargo, profunda significación a la luz de la disposición del proyecto que permite a la mujer casada tener domicilio propio distinto al del marido (art. 9). En tal caso, la mujer puede solicitar el divorcio de acuerdo con la ley de su propio domicilio. Con ello se equipara jurídicamente la situación de los sexos y se evita que la ley aplicable al divorcio sea exclusivamente determinada por la voluntad y los intereses del marido. Se evita, por ejemplo, que una mujer domiciliada en Venezuela se vea en la imposibilidad de obtener el divorcio porque su marido la abandonó —o incluso se domicilió ulteriormente— cuando tenían su domicilio en un país que no consagra el divorcio vincular⁴⁷.

Puede, ciertamente, alegarse, como ha sido hecho por eminentes autoridades, que esa disposición facilita el fraude a la ley⁴⁸. El cónyuge que desee divorciarse y no puede lograrlo de acuerdo con la ley material del país del domicilio conyugal, podrá conseguirlo con el solo hecho de adquirir domicilio en un país donde la legislación le permita obtener el divorcio.

Consideramos que el propio proyecto disminuye sensiblemente esos riesgos al regular el cambio de domicilio en el artículo 8, determinando que 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 principal.

Es, sin embargo, cierto que ella disminuye el riesgo, pero no lo evita. Puede, sin embargo, observarse que, en primer lugar, esa disposición elimina una injusta discriminación, al

⁴⁷ Esas disposiciones se complementan en el proyecto con las normas de competencia procesal internacional que atribuyen competencia a los tribunales venezolanos en acciones sobre estado y relaciones familiares, no sólo en los casos en que el demandado tenga su domicilio en el país y en aquellos en que las partes se sometan a su jurisdicción (art. 43, ord. 2°), sino también cuando el derecho venezolano sea competente para regir el fondo del litigio. Ello quiere decir, por ejemplo, que una mujer venezolana o domiciliada en Venezuela, casada con un italiano, un español, un argentino, un brasileño, un colombiano, etc., que fuere abandonada por el marido, podrá, si tiene domicilio en Venezuela, intentar la acción de divorcio ante los tribunales venezolanos, aunque el marido tenga el domicilio en su país de origen. La ley aplicable al fondo será, de acuerdo con lo expuesto, la ley venezolana: y de conformidad con el ordinal 29 del artículo 43, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de la acción. En el derecho vigente, en el cual, por aplicación de la *lex patriae*, sería competente la ley venezolana, los tribunales carecen de jurisdicción en virtud de que el domicilio del marido, se encuentra en un país extranjero, en el cual, por lo demás, la ley prohíbe intentar la demanda de divorcio. Esta paradójica situación se ha presentado frecuentemente en la práctica. Es fácil solventarla a través de la sumisión de ambos cónyuges a la jurisdicción venezolana, más, como es obvio, no suele ser fácil lograr la sumisión en tales circunstancias. En tanto se modifique la legislación, creemos que sería posible deducir por vía interpretativa una norma implícita, basada en los principios generales del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, por la cual se atribuyera en tales casos competencia a los tribunales venezolanos, basándose en el principio lógico de que no tiene sentido que la ley venezolana se declare aplicable a una situación jurídica concreta y al mismo tiempo haga esa aplicación imposible por falta de jurisdicción de los tribunales que deberían aplicarla.

⁴⁸ Lo ha objetado, por ejemplo, Neuhaus (*Der venezolanische Entwurf eines Gesetzes über Internationales Privatrecht*, inédito, III, 1). [Nota de la Editora: una traducción al español de este trabajo, hecha por la profesora Maekelt, con el título “Proyecto venezolano de Ley de Normas de Derecho internacional privado. Observaciones de Derecho comparado”, puede consultarse en: *Libro Homenaje a la Memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1970, Tomo I, pp. 53 ss.].

abrir a ambos cónyuges una posibilidad que hoy está solamente abierta al marido; y que, en segundo lugar, son probablemente menores los perjuicios familiares y sociales que esa disposición puede ocasionar, que aquellos que puede evitar.

¿Cuál será, de acuerdo con las disposiciones del proyecto, la intervención que corresponde al orden público? Si el tribunal aplica la ley del domicilio, porque ambos cónyuges tienen su domicilio en el país, esa ley coincidirá con la *lex fori*. El tribunal aplicará, en consecuencia, su propio derecho, sin que se suscite problema alguno al respecto. Si, por el contrario, el juicio se entabla, por sumisión voluntaria de los cónyuges, sin que ninguno de los cónyuges, o al menos el que entabla la demanda, tenga su domicilio en el país del tribunal, el juez deberá aplicar la ley del domicilio conyugal, o eventualmente la ley del domicilio del demandante, pero excluirá, de acuerdo con las normas sobre orden público del artículo 6 del proyecto, las disposiciones que produzcan resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Ello significa que no decretará el divorcio si no existen causas suficientes en la ley del tribunal, lo que llevará, de acuerdo con los principios expuestos en los capítulos 3 y 5, a la aplicación cumulativa de la *lex domicilii* y de la *lex fori*.

III. Divorcio decretado por un tribunal extranjero

A. Bases teóricas: creación y reconocimiento de situaciones jurídicas

La cláusula de reserva o de orden público internacional debe tener un campo de aplicación más restringido cuando se trata de reconocer situaciones jurídicas válidamente creadas en un sistema jurídico extranjero que cuando se trata de crear situaciones jurídicas en el seno del sistema jurídico nacional. Sucede, en cierto modo, con esa distinción algo similar a lo que ocurre con la diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional. De igual manera que sólo ciertas normas de orden público interno tienen trascendencia suficiente para excluir una ley extranjera competente y constituir, por lo tanto, normas de orden público internacional, solamente ciertas normas de orden público internacional tienen asimismo trascendencia suficiente para excluir una ley extranjera incorporada a una situación jurídica concreta válidamente creada en el extranjero.

Nos encontramos frente a la distinción, magistralmente expuesta por Niboyet, entre la noción de orden público en el terreno de la creación de los derechos, y la noción de orden público en el terreno de la eficacia de los derechos⁴⁹. En el primer caso se trata de crear en el propio país derechos y situaciones jurídicas mediante la aplicación directa de la ley material extranjera, en tanto que en el segundo se trata simplemente de reconocer derechos adquiridos y situaciones jurídicas definitivamente constituidas en el extranjero.

⁴⁹ Niboyet ha hablado expresivamente de dosificación, esto es, determinación de la cantidad de derecho extranjero que es preciso neutralizar. (Véase una clara y breve exposición del tema en *Cours de Droit International Privé français...*, ob. cit., p. 513).

La razón de esa diferencia radica en la peculiar modalidad que reviste en ambos casos el sacrificio de la justicia conflictual ante la justicia sustancial, que constituye el núcleo medular de la cláusula de orden público (véase cap. II.A). Cuando el juez crea una situación jurídica nueva, a la cual es aplicable una ley extranjera, el sacrificio de la justicia conflictual es meramente abstracto o formal. Se sacrifica, en efecto, la recta aplicación de las normas de derecho internacional privado ante los valores más altos de la justicia sustancial, que constituyen la radical fundamentación axiológica de toda norma de derecho. Por el contrario, cuando se plantea el problema de reconocer o no una situación jurídica válidamente creada en el extranjero, el sacrificio de la justicia conflictual no es meramente abstracto. Se sacrifica, en efecto, la justicia sustancial incorporada en esa situación jurídica y en los efectos que de ella se derivan. Las consecuencias injustas —de injusticia sustancial— que puede originar ese desconocimiento son, en estos casos, más importantes y significativas que los principios generales de justicia material a los cuales responde la norma de orden público internacional.

Veamos algunos ejemplos.

Ciertos impedimentos matrimoniales —como es, por ejemplo, el impedimento de parentesco— pueden tener carácter de orden público internacional cuando se trata de crear una nueva situación jurídica matrimonial, es decir, de celebrar un matrimonio en el país. Impiden o anulan, por lo tanto, el matrimonio, a pesar de que la ley extranjera aplicable a los requisitos de fondo del matrimonio no consagre los expresados impedimentos. No obstante, esos impedimentos, salvo en el caso de que sean absoluta y totalmente inaceptables —como es el impedimento referente a los hermanos—, no justifican el desconocimiento o anulación de un matrimonio válidamente celebrado en el exterior de conformidad con la ley extranjera competente. Es mucho mayor la injusticia sustancial que se comete al desconocer ese matrimonio y, por ende, las innumerables relaciones personales y patrimoniales que de él se derivan, que al aceptar un matrimonio contraído con un impedimento que, por razones de orden público, impediría o anularía un matrimonio contraído en el país.

El reconocimiento de un hijo ilegítimo puede ser, en ciertas condiciones, contrario al orden público internacional, y en consecuencia excluir la aplicación de la ley extranjera que lo permita y que sería aplicable a un acto concreto de reconocimiento. No obstante, ese principio de orden público, a no ser absoluta y totalmente inexcusable —lo que en este caso nos parece difícil imaginar—, no debe impedir que se considere hijo natural a quien fue reconocido en el extranjero bajo el imperio de una ley extranjera competente. Nuevamente sería aquí mayor la injusticia sustancial que se cometiese al ignorar las relaciones personales, patrimoniales, sucesorias derivadas del *status* de hijo natural, que al aceptar un reconocimiento que, por razones de orden público, no hubiese sido posible efectuar en el país.

El divorcio es precisamente una de las instituciones donde esa diferencia se presenta con características más nítidas y tiene mayores y más frecuentes repercusiones prácticas.

Es justo, por ejemplo, de acuerdo con la tesis expuesta en el capítulo 5, que el juez de un país que no consagre el divorcio por mutuo consentimiento, no divorcie a un matrimonio extranjero por el motivo expresado, a pesar de que sus normas de derecho internacional privado sometan las causas de divorcio a la *lex patriae* de los cónyuges y en la ley nacional respectiva se encuentra consagrado el divorcio por mutuo consentimiento. En ese caso, la justicia conflictual —aplicación de la ley competente y de los criterios de justicia consagrados en ella— sucumbe ante la justicia sustancial e impide, por lo tanto, que el criterio de justicia sustancial de la *lex fori* sea suplantado por el de la ley extranjera competente.

Mas no se justifica, sin embargo, que desconozca la validez de un divorcio pronunciado en el extranjero en condiciones materiales y procesales irrefutables, por el hecho de que se basó en el mutuo consentimiento de los cónyuges. Ese desconocimiento produciría generalmente injusticias sustanciales mucho más graves que aquellas que trata de evitar con la aplicación de sus principios del orden público internacional. Condenaría, en efecto, a una situación irregular permanente todas las relaciones jurídicas personales —matrimonios ulteriores de los cónyuges divorciados, hijos procreados en esos matrimonios— y todas las relaciones patrimoniales y sucesorias entre los divorciados con sus anteriores y actuales cónyuges y descendientes, etc., etc. Con el propósito de mantener en un caso concreto un principio abstracto de justicia sustancial, estaría fomentando un universo de injusticias e incertidumbres materiales.

No es siempre fácil distinguir cuáles son las normas de orden público internacional que afectan a la creación de situaciones jurídicas y no afectan al reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero, como no es fácil tampoco determinar en zonas marginales dónde nos encontramos ante una creación o simple reconocimiento de situaciones jurídicas⁵⁰. El problema, como todos los grandes problemas hermenéuticos, queda necesariamente sometido a la cuidadosa valoración de la jurisprudencia.

De ello cabe, sin embargo, desprender un principio general, útil para orientar esa compleja valoración jurisprudencial. De la misma manera que el contenido del orden público internacional es variable en el tiempo y en el espacio —en función de los principios ético-sociales dominantes—, es igualmente variable en función del grado de contacto que tenga la norma extranjera que lo contravenga con el sistema jurídico del juez. Ese contacto será prácticamente

⁵⁰ Casos especialmente problemáticos nos aparecen, por ejemplo, en el campo de los negocios jurídicos. ¿En qué medida puede surtir efecto un testamento otorgado en el extranjero y reglado por el derecho extranjero pero contrario al orden público internacional del juez? Es razonable admitir que no debe surtir efectos para sustentar en el territorio del juez una acción de reclamación de herencia, pero sí debe surtirlos para reconocer como propietario a quien haya adquirido en el exterior los bienes sucesorales de acuerdo con el testamento expresado. Algo similar puede decirse de contratos sometidos al extranjero y contrarios al orden público del juez. El problema requeriría un estudio mucho más complejo y profundo, y sólo aspiramos a señalarlo aquí.

irrelevante cuando la norma extranjera haya recibido íntegra aplicación en el exterior y sólo se invoquen en el foro cualidades y relaciones jurídicas que son en sí mismas inobjetables.

B. Sistemas que no consagran el divorcio vincular

El problema expuesto se ha planteado en los países que no consagran en su legislación el divorcio vincular.

Tales países consideran de orden público internacional la indisolubilidad del vínculo matrimonial por divorcio. Sus tribunales no lo decretan, por lo tanto, en ningún caso⁵¹.

No obstante, esos países reconocen ordinariamente la validez de un divorcio pronunciado en el extranjero de acuerdo con la ley extranjera competente, al menos cuando ese divorcio no está vinculado al ordenamiento nacional. Reconocen, en consecuencia, el status de divorciado a quien lo adquirió válidamente en el extranjero, y le consideran, en tal virtud, hábil para contraer nuevo matrimonio.

Es interesante al respecto el caso del derecho italiano, tanto por la destacada posición que ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia italiana en el desarrollo de derecho internacional privado como por el hecho de ser uno de los escasos países europeos que no han consagrado nunca en su legislación interna el divorcio vincular. Los tribunales italianos no pronuncian el divorcio de ciudadanos extranjeros, aunque la ley personal de los cónyuges lo permita. Excluyen, por lo tanto, por razones de orden público, la ley nacional del extranjero, competente de acuerdo con la norma de conflicto italiana⁵². Sin embargo, según el criterio mayoritario de la doctrina, el orden público italiano no debe oponerse a reconocer la disolución del matrimonio por el divorcio válidamente decretado por un tribunal extranjero. La tesis ha sido, por ejemplo, clásicamente sostenida por Fiore⁵³, y más modernamente, por Morelli⁵⁴ y otros muchos⁵⁵. La

⁵¹ La tesis contraria ha sido defendida en nombre de la cabal aplicación de la ley personal, por François Laurent (*Droit Civil International*, Bruxelles, Paris, Bruylant-Christophe & Co. Editeurs, Librairie A. Marescq, Ainé, 1880, Tomo V, p. 132). Laurent cita al respecto opiniones similares de Troplong y Merlin.

⁵² Alguna vez ha sido sustentada la opinión contraria por los tribunales, como en el famoso y discutido caso de los cónyuges von Bremen, sentenciado por el Tribunal de Ancona el 22 de marzo de 1884, en el cual se decretó el divorcio de acuerdo con la ley personal. (Véase el texto en *Giurisprudenza Italiana*, 1884, II, 247). En un caso más reciente, la Corte de Casación ha anulado la sentencia de la Corte de Apelación de Turín por la cual se declaraba competente para aplicar una ley extranjera (en el caso, inglesa) de divorcio. (Sentencia de 17 mayo 1952. *Il Foro Italiano*, 1952, I, 1188).

⁵³ Fiore, Pascuale, *Derecho internacional privado*, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1878, Tomo III, p. 697.

⁵⁴ Morelli, Gaetano, *Il Diritto processuale civile internazionale*, Padova, CEDAM, 2ª ed., 1954. Morelli señala claramente la necesidad de no identificar “*il concetto dell’ordine pubblico quale limite alla inserzione di norma straniera nell’ordinamento interno, con la conseguenza che dovrebbero considerarsi contrarie all’ordine pubblico e, come tali, escluse del riconoscimento tutte le sentenze straniere le quale applicano norme che, in quanto contrarie all’ordine pubblico, non sono suscettibili di essere assunte nell’ordinamento italiano*”.

⁵⁵ Puede citarse a Anzilotti, Diena, Perassi, Udina, Busco, Quadri, Cavaglieri, Fedozzi, Monaco. Véase Pau, Giovanni, *Divorcio* (Diritto civile internazionale e comparato), en: *Novissimo Digesto Italiano*, 1968, Vol. VI, p. 73.

jurisprudencia ha mostrado inicialmente criterios vacilantes⁵⁶. Lo ha aplicado, sin embargo, en todo caso a los divorcios de nacionales de Estados miembros del Convenio de La Haya de 1902, pero lo ha aplicado después, igualmente, a cualesquiera divorcios de extranjeros cuya ley nacional admita ese modo de disolución del matrimonio⁵⁷. Niega, sin embargo, el reconocimiento del divorcio cuando uno al menos de los cónyuges es italiano y su régimen familiar esté por lo tanto sometido a la ley italiana. Lo niega también en el complejo caso de los matrimonios concordatorios⁵⁸.

El reconocimiento de los divorcios extranjeros fue igualmente sustentado en Francia, antes de que la ley de 1884 consagrara el divorcio vincular⁵⁹.

En los países latinoamericanos que no consagran en su legislación el divorcio vincular tiende a prevalecer un criterio similar. Pueden mencionarse al respecto los casos de Argentina, Brasil, Chile y Colombia⁶⁰.

En el derecho argentino se considera válido el divorcio decretado en el extranjero, siempre que el matrimonio se hubiese celebrado en el extranjero. El reconocimiento del divorcio extranjero no resulta, por lo tanto, ordinariamente obstaculizado por el orden público argentino⁶¹. Sólo en el caso de que el matrimonio hubiese sido celebrado en Argentina, el artículo 7 de la Ley de Matrimonio Civil impone restricciones especiales⁶².

En Brasil, donde la *lex domicilii* sustituyó como ley personal a la *lex patriae* en la reforma de la Ley de Introducción al Código Civil que se llevó a efecto en 1942, dispone la mencionada ley que “no será reconocido en el Brasil el divorcio si los cónyuges fueren brasileños; y si uno de ellos lo fuere, será reconocido respecto al otro, que no podrá, sin embargo, casarse en el Brasil” (art. 76). A pesar de las innumerables controversias que ha originado el

⁵⁶ Véase Vitta, Edoardo, L'ordre public en matière de divorce et de nullités de mariage dans la jurisprudence italienne, en: *Revue Critique de Droit international privé*, 1965, Vol. 54, pp. 267 ss.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Casación de 6 de febrero de 1961 (11 *Foro Italiano*, I, p. 430).

⁵⁸ Se trata de los matrimonios regulados por el concordato de 11 de febrero 1929 entre el Estado italiano y la Iglesia Católica, y por la subsiguiente Ley sobre el Matrimonio de 27 de mayo de 1929, en los cuales se otorgan efectos civiles al matrimonio católico. Véase al respecto Vitta, art. cit., donde examina algunos de los problemas técnicos que plantea, desde el punto de vista del derecho internacional privado, el matrimonio concordatorio.

⁵⁹ Aunque los tribunales franceses se pronunciaron inicialmente por la tesis contraria, el criterio expresado prevaleció a partir del famoso caso Bulkley, resuelto por sentencia de la Corte de Casación de 28 de febrero de 1860 (Sirey, 1860-1-210). La misma doctrina se aplicó, después de la supresión del divorcio en 1816, a los franceses divorciados en la época de la Revolución y del Imperio.

⁶⁰ Los únicos países latinoamericanos que no consagran el divorcio son Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay.

⁶¹ Véase Goldschmidt: *Sistema y Filosofía...*, ob. cit., p. 403; Vico, Carlos, *Curso de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1967, Tomo 2, p. 85.

⁶² El artículo 7 de la Ley de Matrimonio Civil dice que “la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no fuera a las de este Código, no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse”. Se ha discutido si ese precepto se limita a negar validez a un nuevo matrimonio argentino o si niega validez a cualquier matrimonio ulterior. (Véanse obras citadas en la nota superior).

mencionado precepto, es evidentemente deducible que se reconoce el divorcio de extranjeros domiciliados en el extranjero que fuere decretado de acuerdo con la ley extranjera competente⁶³.

En Chile se reconoce el divorcio decretado, en el exterior de conformidad con las leyes extranjeras. El artículo 120 del Código Civil dispone que si ese matrimonio no hubiere podido disolverse según las leyes chilenas —lo que sucede, de acuerdo con el artículo 15 del Código Civil, cuando uno o ambos cónyuges sean chilenos—, el divorcio no habilita a ninguno de los dos cónyuges para celebrar nuevo matrimonio en Chile, mientras viviere el otro cónyuge⁶⁴.

En Colombia se reconoce, en general, el divorcio de extranjeros válidamente decretado en el extranjero, si bien no se reconoce, por aplicación de la ley personal, el divorcio de colombianos en el exterior, aunque sólo sea colombiano uno de los cónyuges⁶⁵.

El problema se planteó también en Venezuela antes de que la reforma del Código Civil de 1904 incluyera en nuestra legislación el divorcio vincular. La tesis del reconocimiento, siempre que no se trate de venezolanos, sujetos en esta materia al régimen de la *lex patriae*, fue sustentada en aquella época por el doctor Herrera Mendoza. “El extranjero —escribió Herrera Mendoza— divorciado de acuerdo con su estatuto personal, por sentencia de los tribunales competentes de su patria o de otra nación que admita el divorcio, puede contraer matrimonio en Venezuela si presenta copia debidamente legalizada de la sentencia que lo declara libre”⁶⁶. En el mismo sentido se pronunció Dominici al comentar el artículo 17 del Código Civil de 1896 (equivalente al artículo 26 del Código Civil vigente). “Si [un extranjero] —escribía Dominici— se hubiera divorciado legalmente en su país de un matrimonio contraído fuera de

⁶³ El precepto suscita no pocas dudas y observaciones en relación con los demás casos, esto es, en el caso de que se divorcien en el extranjero brasileños o personas domiciliadas en el Brasil. Se ha discutido si la primera parte supone o no la consagración de la *lex patriae* en lugar de la *lex domicilii* para el caso específico del divorcio, o si es una simple norma sobre condición jurídica de los extranjeros. La segunda parte puede dar lugar a situaciones tan curiosas como ilógicas. Por ejemplo, si el extranjero divorciado de brasileño en el exterior se casa de nuevo en el exterior con otro brasileño, habrá dos personas brasileñas casadas válidamente a la vez con una misma persona extranjera. Véase una discusión del problema en De Castro, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Forense Jurídica, 1968, Tomo II, No. 165. Es interesante observar que Castro, reiterando la posición que mantuvo Clovis Bevilacqua en el Congreso Jurídico Americano de 1900, sustenta con singular precisión la tesis expuesta en el texto. Escribe, en efecto: “... a barreira da ordem público internacional é sempre mais baixa na atribuição de efeitos a fatos ocorridos no estrangeiro, do que na apreciação originária de fatos pertinentes ao *forum*. E com esta orientação é que se deve abordar a questão da atribuição de efeitos à divórcio decretado no estrangeiro”. (ob. cit., pp. 99-100).

⁶⁴ Esa disposición ha sido criticada en Chile, porque mientras el cónyuge extranjero puede contraer nuevo matrimonio en el extranjero y ese matrimonio se considera válido en Chile, el cónyuge chileno queda ligado por el matrimonio anterior y no puede volver a casarse en ningún país del mundo. (Véase Albónico Valenzuela, Fernando, *Manual de Derecho internacional privado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, Tomo II, No. 406).

⁶⁵ Véase el resumen que formula Caicedo Castillo de los principios que rigen en materia de divorcio en el derecho colombiano (*Derecho Internacional Privado*, Bogotá, Universidad Nacional, 1949, Tomo II, No. 213). Caicedo Castillo observa que, en aplicación del artículo 13 del Tratado de Montevideo de 1889, vigente en Colombia, puede incluso ser válida y ejecutable una sentencia que otorgue el divorcio vincular a colombianos, casados civil o católicamente en otro país, que obtuvieron el divorcio ante el juez del domicilio por causas admitidas por la ley del derecho del domicilio y por la del lugar de celebración.

⁶⁶ Herrera Mendoza, Lorenzo, Autoridad extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio, en: *Anales de la Universidad Central*, 1902, año III, p. 453.

Venezuela, podría casarse aquí, porque el matrimonio celebrado en la República es el que nuestra ley considera indisoluble y el extranjero se rige en el caso por su estatuto personal”⁶⁷.

Por último, merece citarse, en sentido contrario, en razón de su posición excepcional, el caso de España, donde ha ejercido una máxima influencia la concepción sacramental del matrimonio del derecho canónico. La jurisprudencia española ha considerado de orden público internacional el principio de indisolubilidad del vínculo conyugal y ha negado, en consecuencia, el reconocimiento de divorcios legalmente decretados en el extranjero. Así, el Tribunal Supremo ha declarado nulo el matrimonio celebrado en Londres entre un español y una francesa que se había divorciado en Francia de un francés, de acuerdo con la ley francesa⁶⁸.

C. Sistemas que aplican la ley personal al divorcio

El problema se ha planteado asimismo en los países que aplican la ley nacional al divorcio y consagran, al mismo tiempo, en su legislación el divorcio vincular. ¿Debe ser igual el contenido y grado de aplicación del orden público cuando se pronuncia un divorcio en el país que cuando se reconoce la validez de un divorcio pronunciado en un país extranjero?

Es instructivo al respecto comparar las soluciones congruentes de la jurisprudencia y de la doctrina en Francia y Alemania, dos países típicamente representativos de este grupo.

Constituye, sin duda, un mérito singular de la jurisprudencia francesa el haber construido la doctrina del “efecto atenuado” (*effet atténué*) del orden público cuando se aprecia la validez de una situación jurídica legalmente creada de conformidad con un derecho extranjero.

La tesis fue claramente consagrada en el famoso caso Rivière, sentenciado por la Corte de Casación en el año 1953⁶⁹. Se trataba de un divorcio por mutuo consentimiento decretado por un tribunal ecuatoriano entre una mujer francesa y un marido de origen ruso domiciliado en Ecuador. A pesar de que el divorcio por mutuo consentimiento no está consagrado en la legislación francesa y se considera —en cuanto tal— contrario al orden público internacional francés, la Casación reconoció la validez del divorcio. Arguyó que “la reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según que imponga obstáculos a la

⁶⁷ Dominici, Anibal, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, Caracas, Edit. Rea, reedición, 1962, p. 61. A pesar de que Dominici sustenta una tesis correcta, entremezcla, con el dudoso tecnicismo con que el eminente comentarista y civilista suele abordar los problemas de derecho internacional privado, la ley personal y la *lex loci celebrationis*. En el mismo sentido, Luis F. Fernández, quien critica con razón la intervención que Dominici otorga a la ley del lugar de celebración del matrimonio. (*El divorcio considerado bajo el punto de vista del Derecho internacional privado*, Caracas, 1902, p. 32). También en el mismo sentido parece manifestarse, en un reciente e incidental comentario sobre el tema, Parra-Aranguren, Gonzalo, Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello*, 1965-1966, No. 1, p. 149, nota 69.

⁶⁸ Sentencia de 12 de mayo de 1944 (*Revista de Derecho Privado*, 1944, p. 648). Véase asimismo Verplaetse, Julian, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Artes Gráficas, 1954, pp. 417, 419; Goldschmidt, *Sistema y Filosofía...*, ob. cit., Tomo II, pp. 313-314.

⁶⁹ Sentencia de la Corte de Casación de 17 de abril, de 1953. (*Revue*, 1953, p. 412).

adquisición de un derecho en Francia o según que se trate de dejar producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y de acuerdo con la ley a quien el derecho internacional privado francés otorga competencia".

La doctrina del efecto atenuado del orden público cuando se trata de reconocer derechos válidamente creados en el extranjero puede hoy considerarse incorporada a la doctrina y a la jurisprudencia francesa⁷⁰. Ha recibido aplicación en una serie de campos, como, por ejemplo, para admitir el reconocimiento en el extranjero de un hijo adulterino⁷¹ o para admitir que una de las mujeres de un extranjero polígamo reclame alimentos en Francia a su marido⁷².

En el derecho alemán, la cláusula de orden público referente a la eficacia de las sentencias extranjeras está consagrada en el Código Procesal Civil (art. 328, numeral 48, de la *Zivilprozessordnung*). El mencionado precepto dispone que no habrá lugar al reconocimiento si atentare contra las buenas costumbres o el fin de una ley alemana. Está redactado, por lo tanto, de manera análoga a la cláusula general de orden público que se contempla en el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil (EGBGB). Aunque la doctrina del efecto atenuado del orden público aparece expuesta casi con los mismos términos por Raape, quien la justifica, además, con la expresiva frase "actuar uno mismo es distinto que avenirse al modo de actuar de los demás" (*Selbst handeln ist etwas anders als sich mit fremden Handeln abfinden*)⁷³, no la encontramos enunciada en Alemania con la nitidez con que lo ha sido en Francia. Ello se explica, sin embargo, por dos razones. La una es que la jurisprudencia alemana ha manejado con gran moderación el orden público frente a sentencias extranjeras y ha sentido menos necesidad de acuñar una expresión que justificase esa conducta. La otra es que ha llegado a esa conclusión a través del problema general de delimitar los distintos casos concretos en los cuales la aplicación de la norma extranjera atenta al orden público del país.

En apoyo de lo expuesto, puede observarse que la doctrina y la jurisprudencia alemanas ofrecen un copioso repertorio de casos en los cuales se admite el reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio que disuelven el matrimonio por causas por las cuales no podría haber sido disuelto por un tribunal alemán. El *Reichsgericht* admitió en 1938 el divorcio soviético por simple acuerdo de los cónyuges, anterior por lo tanto a la ley soviética de 1944, a pesar de que el derecho alemán no consagraba el divorcio por mutuo consentimiento. Aunque sobre el punto existen soluciones discordantes, los tribunales alemanes han admitido el divorcio de un

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Batiffol, *Droit International Privé*..., ob. cit., p. 367; Niboyet, *Cours de Droit international privé*..., ob. cit., p. 575; Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, ob. cit., pp. 388-9.

⁷¹ Sentencia de la Corte de Casación de 22 de mayo de 1957 (*Revue*, 1957, p. 466).

⁷² Sentencia de la Corte de Casación de 28 de enero de 1958 (*Revue*, 1958, p. 110).

⁷³ Raape, *Internationales Privatrecht*..., ob. cit., p. 142. Véase igualmente Neuhaus, *Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts*..., ob. cit., p. 258.

egipcio por repudio de su mujer⁷⁴. Raape considera que el orden público no debe siquiera intervenir en relación con cónyuges alemanes divorciados por mutuo consentimiento en el extranjero, siempre que no hubiere fraude a la ley⁷⁵, y mantiene además que en el caso de extranjeros divorciados en el extranjero el orden público apenas entra en consideración⁷⁶.

Kegel ha expuesto que el orden público requiere que la norma extranjera que lo contraviene tenga un contacto con el sistema interno (*Inlandsberührung*), y que cuanto más intenso sea ese contacto, más directamente quedará afectado el orden público. Afirma, por el contrario, rememorando el verso del Fausto, que ese contacto no existirá: “*wenn hinten weit in der Türkei die Völker aufeinander schlagen*” (cuando allá lejos, en Turquía, los pueblos pelean entre sí)^{77, 78}.

D. Sistemas que aplican la *lex fori* (en cuanto *lex domicilii*) al divorcio

En el caso de los países que aplican a los divorcios pronunciados por los propios tribunales la *lex fori*, en cuanto ley del tribunal competente para decretar el divorcio —normalmente coincidente con la ley del domicilio conyugal— y no en cuanto principio restrictivo de orden público internacional, el problema expresado se resuelve en cierto modo por la propia lógica de los hechos. Tales sistemas reconocen, en efecto, igualmente la válida aplicación de la ley del tribunal extranjero, cuando el divorcio es decretado por los tribunales del país del domicilio. Tienden así a atenuar o reducir, cuando no a eliminar la intervención del orden público internacional.

Esta es la solución que generalmente se consagra en el mundo angloamericano. El sistema del *common law* muestra así su singular capacidad para resolver adecuadamente los casos prácticos. En efecto, una solución —como la de la *lex fori*— que parece quizá excesivamente territorialista —cuando se contempla en relación con los divorcios decretados en el país—, se convierte, gracias a la adopción de un criterio equivalente para las relaciones jurídicas creadas

⁷⁴ Kegel, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 300.

⁷⁵ Raape, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 309, nota 94.

⁷⁶ Raape, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 314.

⁷⁷ Kegel, *Internationales Privatrecht...*, ob. cit., p. 188.

⁷⁸ En cierto modo ligado con el problema del orden público se halla el problema de si la sentencia extranjera debe haber aplicado la ley material competente de acuerdo con el derecho internacional privado del país ante el cual se invoca. Puede considerarse excepcional la tesis francesa que tiende a exigir ese requisito, lo que equivale a imponer la vigencia o al menos a requerir la aplicación universal de las propias normas de conflicto. No lo exigen Alemania, Italia, Bélgica, Suiza, etc., etc., ni, con mayor razón, los países de *common law*. Nos parece a lo sumo admisible mantener esa tesis, como corolario del principio de orden público, en los casos en que la norma de derecho internacional privado del sistema donde se invoca la sentencia extranjera remite al propio ordenamiento material y su infracción suponga, por lo tanto, una infracción de la propia ley material. El problema ha sido aludido someramente por nosotros en otra oportunidad (véase Sánchez-Covisa, Joaquín, *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio*, Caracas, Emp. El Cojo, 1956, pp. 21 ss.). El punto ha sido tratado en Venezuela por J. Muci Abraham (Conflicto de leyes y juicio de exequatur..., ob. cit., pp. 340 ss.), quien estima contrario al orden público la no aplicación material declarado competente por la norma de conexión del país donde se invoca la sentencia extranjera, en el supuesto de que el conflicto de leyes estuviere vinculado a ese ordenamiento.

en un territorio ajeno, en una solución generosa hacia el derecho foráneo y perfectamente congruente con los principios ideales de la comunidad jurídica internacional.

Esta tesis se resume en el derecho de los Estados Unidos en la proposición: "*A divorce decree rendered in a State where both parties are domiciled is entitled to recognition in other States*"⁷⁹, es decir, la sentencia dictada en el país del domicilio será reconocida en los demás países. Así por ejemplo, en el caso *Miller vs. Miller* (1911), los tribunales de Nueva York reconocieron el divorcio decretado en Rusia por un rabino; y en el caso *Kapigian vs. Minassian* (1912), los tribunales de Massachusetts reconocieron un divorcio efectuado en Turquía sin intervención judicial, por la simple conversión de la mujer a la religión mahometana. Esta regla se aplica en los conflictos de leyes con derechos extranjeros, y se aplica también con carácter obligatorio, en virtud de la "*full faith and credit clause*" de la Constitución de los Estados Unidos, en los conflictos de leyes entre los distintos Estados de la Unión.

La tesis del *common law* fue sobria y clásicamente enunciada en Inglaterra por Dicey⁸⁰. De acuerdo con el criterio de los tribunales ingleses, la validez de un divorcio obtenido en el país del domicilio no queda afectada por el hecho de que fuera concedido por una causa no admitida por el derecho inglés. En el caso *Mezger vs. Mezger* (1937, p. 19) fue reconocido un divorcio decretado por conducta insultante, y en el caso *Pemberton vs. Hughes* (1899, 1 Ch), por carácter violento o indomable, esto es, por causas que no son admisibles en el derecho inglés⁸¹. Los tribunales ingleses han llegado a admitir la validez de un divorcio extranjero a través de un reenvío jurisdiccional, esto es, en virtud de que le otorga validez la ley del país de domicilio de los cónyuges⁸².

La tesis general del derecho angloamericano ha sido insuperablemente expuesta en 1906 por el juez Sir Gorell Barnes en el caso *Bater vs. Bater*:

Si este país reconoce el derecho de un tribunal extranjero para disolver el matrimonio de dos personas que estaban en esa época domiciliados en país extranjero, tiene también que admitir que ese matrimonio pueda ser disuelto de acuerdo con la ley de ese país extranjero, incluso en el caso de que esa ley disuelva el matrimonio por causas por las cuales no se disuelve en este país. No proceder así conduciría a resultados absurdos, porque según la ley del domicilio habrían dejado de ser marido y mujer, y sin embargo serían marido y mujer si

⁷⁹ Goodrich, *Handbook of the Conflict of Laws...*, ob. cit., p. 130.

⁸⁰ "*A valid judgment, or sentence of divorce, has in England the same effect as a decree of divorce... granted by the court in England, as regards the status of the parties to the marriage which is dissolved*". (Dicey, Albert venn, *The Conflict of Laws*. Londres, London, Stevens & Sons, 1949, Rule 93).

⁸¹ Cheshire, *Private International Law...*, ob. cit. p. 395.

⁸² En el famoso caso *Armitage vs. Aromey General*, en 1906, se reconoció un divorcio decretado en el Estado de Dakota del Sur porque era reconocido en el Estado de Nueva York, en el cual estaban domiciliadas las partes. Más recientemente, en 1959, en el caso de *Mountbatten vs. Mountbatten*, se extendió esta doctrina, reconociendo la validez de un divorcio mexicano en virtud de que se acreditó ante el tribunal que los tribunales de Nueva York, donde, la esposa tenía su residencia reconocían la jurisdicción del tribunal mexicano. (Véase Cheshire, *Private International Law...*, ob. cit., pp. 399-400).

volviesen a su país. Esto no es conveniente ni lógico, por lo cual creo que el divorcio es válido si estaban domiciliados efectivamente y de buena fe en el país donde se dictó la sentencia⁸³.

Es obvio, por lo demás, que las causas del divorcio extranjero no son necesariamente reconocidas en todos los casos. Cuando sean absolutamente incompatibles con los supremos principios ético-jurídicos que informan el sistema del juez, serán rechazados por razones de *public policy*, esto es, a través de la peculiar manifestación que adopta en el *common law* la cláusula de orden público internacional. En este punto entronca la doctrina de los sistemas que aplican la *lex fori* o la *lex domicilii* con la de los que aplican la ley nacional.

Sin embargo, el criterio decididamente moderado y excepcional con que hacen uso los jueces angloamericanos de ese concepto —la misma idea de *public policy* sugiere que ha de conmover las bases del orden social— contribuye a lograr que el reconocimiento de divorcios decretados por el tribunal del país donde están domiciliadas las partes se haga casi sin reservas. El control del orden público se ha concentrado en forma prácticamente exclusiva, en los países de *common law*, en el control de la regularidad procesal del juicio.

E. Legislación y jurisprudencia venezolanas

Así como no hay en el derecho venezolano ningún precepto legislativo que consagre la cláusula general de orden público internacional⁸⁴, existe, en cambio, un precepto legislativo que la consagra frente al contenido material de una sentencia extranjera. El artículo 748 del Código de Procedimiento Civil exige, en efecto, entre los requisitos necesarios para dar fuerza ejecutoria a la sentencia extranjera, que “no contenga declaraciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República”⁸⁵.

¿Qué interpretación ha dado la Corte Suprema a este precepto al apreciar la disolución del matrimonio por sentencias extranjeras de divorcio?⁸⁶

⁸³ Citado por Cheshire, *Private International Law...*, ob. cit., p. 395.

⁸⁴ Se ha querido ver esa norma en el artículo 8 del Código Civil. A pesar de que esta opinión es sustentable y ha sido apoyada por la eminente figura del doctor Herrera Mendoza, nos resistimos a hacer decir al artículo mencionado lo que no concuerda con su historia, con su letra ni con su significación. (Véase Sansó, Benito, La función de la interpretación en la búsqueda y adaptación de la ley extranjera aplicable, en: *Libro Homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt*, Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1967, p. 729). Ha sido, por otra parte, una vez más, el doctor Herrera Mendoza quien puso de relieve el origen y la equívoca significación de dicho artículo en el derecho venezolano. (Véase: *Escuela estatutaria en Venezuela...*, ob. cit., especialmente el capítulo sobre “El hibridismo antagónico de nuestra legislación”, pp. 140 ss.).

⁸⁵ El numeral 4º del artículo 748 del Código de Procedimiento Civil, cuya redacción no es afortunada, dice textualmente: “Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en Venezuela, y que la sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público, o al derecho público interior de la República, ni choque contra la sentencia firme dictada por los tribunales venezolanos”.

⁸⁶ En virtud de que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial dominante, se exige el juicio previo de *exequatur* para otorgar cualesquiera efectos a una sentencia extranjera de divorcio (véase cap. III.F), la correspondiente interpretación se ha perfilado en los juicios

Esa interpretación suscita de nuevo una paradójica situación.

Por una parte, al igual que en el caso de divorcios decretados por un tribunal nacional, ha prevalecido la tendencia territorialista que fue certeramente descrita y criticada hace un cuarto de siglo por el doctor Herrera Mendoza⁸⁷. En virtud de esa tendencia, que alzaprima, en cierto modo a la ley propia como ley *par excellence* y concibe los principios imperativos de esa ley como destinados a regir *urbi et orbi*, la Corte ha afirmado que los divorcios extranjeros sólo son válidos en Venezuela cuando se ajustan a las causas de divorcio de la ley venezolana.

Como reflejo de esa actitud, vale la pena citar algunas decisiones recientes y significativas. En la sentencia del 5 de mayo de 1965⁸⁸ se niega el *exequátur* a una sentencia mexicana de divorcio (Chihuahua) porque “no se menciona en la decisión ningún hecho o circunstancia que permita determinar si los hechos causantes del divorcio coinciden con los supuestos a que se contraen las causas taxativamente expresadas en el Código Civil venezolano”. La materia referente a las sentencias extranjeras de divorcio —afirma la Corte en la expresada sentencia— “es de eminente orden público, no admitiéndose la disolución del vínculo matrimonial sino por las ‘causas únicas’ que se indican en el artículo 185 del Código Civil”. (Entrecomillado de la Corte). En la sentencia de la Corte de 8 de diciembre de 1965⁸⁹ se niega asimismo el *exequátur* a una sentencia norteamericana de divorcio (Florida) porque no se menciona en ella la causa, hechos o circunstancias que dieron motivo al divorcio. La Corte afirma que “la materia del divorcio y en general todas las relaciones personales de la familia son de orden público absoluto en la legislación venezolana”, y en consecuencia, “la disolución del matrimonio sólo procede por una cualquiera de las causas únicas indicadas por el artículo 185 del Código Civil”. En la sentencia del 3 de agosto de 1966⁹⁰ se niega el *exequátur* a una sentencia mexicana de divorcio (Ciudad de México) porque no determina los hechos o circunstancias que configuran la injuria grave, lo cual se considera indispensable a los fines de apreciar su concordancia con la causal correspondiente de la ley venezolana.

En algunos casos, el criterio territorialista expresado tiende a inclinar a la Corte por el peligroso camino de revisar en el fondo la decisión del juez extranjero⁹¹, lo cual contradice la noción misma del *exequátur*, que es un simple reconocimiento u homologación —un simple *dar fuerza ejecutoria*, según los términos del artículo 746 del Código de Procedimiento Civil,

de *exequátur* que se ventilan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil, ante la Corte Suprema de Justicia (antes Corte Federal y de Casación).

⁸⁷ Véase capítulo II.D y especialmente nota 28.

⁸⁸ *Gaceta Forense*, No. 48, p. 97.

⁸⁹ *Gaceta Forense*, No. 50, p. 242.

⁹⁰ *Gaceta Forense*, No. 53, p. 63.

⁹¹ Ello es especialmente valedero para la sentencia últimamente citada, en la cual el presidente de la Corte, doctor J. M. Padilla, y el magistrado doctor Saúl Ron salvaron sus votos, basados precisamente en la razón expresada.

a lo decidido por el juez extranjero—, y no un nuevo juicio y una nueva valoración de los hechos por el tribunal nacional.

Desde luego, es verosímil que en determinados casos se trataba de sentencias procesalmente irregulares, en las cuales no tenían jurisdicción los tribunales extranjeros o no había tenido lugar una verdadera controversia judicial, y en cuanto tales, carentes de eficacia internacional, y la Corte, en lugar de invocar esos vicios, recurrió para rechazarlas al camino más fácil, aunque técnicamente más dudoso, de afirmar que no se habían acreditado hechos constitutivos de causales consagradas en la ley venezolana.

Por otra parte, a pesar de esa radical adhesión verbal a la tendencia territorialista y a la aplicación integral de la ley propia, la Corte Suprema, evidentemente sensible ante las razones de justicia que exigen con menos rigor la cláusula de orden público frente a situaciones jurídicas constituidas en el extranjero, ha concedido reiteradamente el *exequátur* a sentencias de divorcios decretadas por causas no contempladas en la ley venezolana.

En primer término, ha otorgado el *exequátur* a sentencias de divorcio extranjeras decretadas por mutuo consentimiento de los cónyuges. Citemos, a título de ejemplo, la sentencia de 4 de octubre de 1939⁹², que otorga el *exequátur* a un divorcio ecuatoriano; y más recientemente, la sentencia de 3 de abril de 1963⁹³ que otorga el *exequátur* a un divorcio panameño, y la sentencia de 20 de mayo de 1963⁹⁴ que lo otorga a un divorcio cubano⁹⁵.

Mas, en segundo lugar, la Corte ha otorgado igualmente el *exequátur* a sentencias extranjeras de divorcio fundadas en causales distintas de las que se consagran en la legislación nacional. Citemos, a título de ejemplo, la sentencia de 19 de mayo de 1965⁹⁶ que homologa un divorcio cubano decretado por incompatibilidad de caracteres, desavenencias y separación de hecho de los cónyuges⁹⁷; la sentencia de 8 de diciembre de 1965⁹⁸ que homologa un divorcio

⁹² *Memoria de la Corte Federal y de Casación*, 1940, Tomo I, p. 271.

⁹³ *Gaceta Forense*, No. 40, p. 14.

⁹⁴ *Gaceta Forense*, No. 40, p. 211.

⁹⁵ Es, sin duda, especialmente justificado —a ello nos hemos referido en el capítulo 10— considerar que un divorcio válidamente decretado en el extranjero por mutuo consentimiento de los cónyuges no atenta contra el orden público internacional venezolano, a pesar de que ese mismo orden público impediría en todo caso que un tribunal venezolano decretase un divorcio por mutuo consentimiento. Una razón decisiva adicional en apoyo de esa tesis —razón que esgrimen expresamente las dos sentencias últimamente citadas— es el hecho de que el divorcio por mutuo consentimiento está implícitamente reconocido en nuestra legislación después de un período de separación judicial de dos años. Vale la pena también mencionar que el divorcio por mutuo consentimiento está consagrado en numerosos países cuyas concepciones ético-jurídicas, religiosas y sociales son sustancialmente similares a las nuestras. En el mundo latinoamericano, el divorcio por mutuo consentimiento está consagrado en Bolivia, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana y Uruguay. Se puede además obtener en Perú y en Costa Rica después de uno o dos años —respectivamente— de separación judicial. En Cuba se puede obtener después de una separación de hecho de seis meses.

⁹⁶ *Gaceta Forense*, No. 48, p. 147.

⁹⁷ En igual sentido, las recientes sentencias de 28 de noviembre y 20 de diciembre de 1967, publicadas, respectivamente, en la *Gaceta Oficial* de 11 de enero y de 29 de enero de 1968, en las cuales se homologan divorcios cubanos.

⁹⁸ *Gaceta Forense*, No. 50, p. 245. En igual sentido, sentencia de 19 de diciembre de 1966 (*Gaceta Oficial* de 24 de enero de 1967).

cubano decretado por “desavenencias entre los cónyuges”; la sentencia de 1967⁹⁹ que homologa un divorcio uruguayo decretado por riñas y disputas continuas; y las propias sentencias de 4 de noviembre de 1965¹⁰⁰ y de 24 de enero de 1967¹⁰¹ que homologan divorcios norteamericanos —el primero del Estado de Florida y el segundo del Estado de Alabama— decretados por “*cruelty*” (crueldad) de uno de los cónyuges¹⁰².

Es asimismo significativo que la Corte, inspirada por la prevaleciente doctrina antes mencionada, ha homologado tales sentencias afirmando que los hechos constitutivos de esas causales extranjeras coinciden o son equivalentes a los de las causales contenidas en nuestra legislación. Esta afirmación puede ser en algunos casos valedera, pero es en otros difícil de aceptar. ¿Puede, por ejemplo, decirse, como ocurre en algunas de las sentencias anteriormente citadas, que la incompatibilidad de caracteres y la separación de hecho de la legislación cubana, o que las riñas y disputas de la legislación uruguaya, que son estados objetivos que no implican culpabilidad de uno de los cónyuges, son equivalentes, respectivamente, como afirma la Corte en las sentencias citadas, al abandono voluntario o a los excesos, sevicia o injuria grave, que significan en nuestra legislación la manifiesta conducta culpable de uno de los cónyuges?¹⁰³.

Debe, sin duda, aplaudirse plenamente la reiterada orientación de la Corte Suprema al apreciar con notoria amplitud las causas de divorcio contenidas en sentencias extranjeras. Sería, sin embargo, más adecuado fundar esa actitud, no en una supuesta o real equivalencia con las causas de la legislación venezolana, sino en el principio de que el orden público internacional debe ser menos exigente cuando se trata de apreciar un divorcio válidamente decretado en el extranjero que cuando se trata de decretarlo en el país, esto es, en lo que ha denominado la Casación francesa el “efecto atenuado” del orden público¹⁰⁴.

Esa tesis no sólo colocaría sobre bases jurídicas más firmes el criterio sustentado por la Corte Suprema sino que permitiría construir sistemáticamente una doctrina judicial que es de

⁹⁹ *Gaceta Oficial* de 31 de enero de 1968. (La sentencia se publica en la *Gaceta* sin mención de día y mes).

¹⁰⁰ *Gaceta Forense*, No. 50, p. 31.

¹⁰¹ *Gaceta Oficial* de 9 de marzo de 1968.

¹⁰² Es razonable admitir que esta causa resulte más equiparable a la correspondiente causal venezolana que las anteriores. En la sentencia de 4 de noviembre de 1965, la Corte usa un lenguaje menos riguroso que el usual. “No sería razonable —afirma— exigir una absoluta igualdad entre las causales de las dos legislaciones, sino que razonablemente haya entre ellas similitud material”. Es por lo demás, interesante que en la última de las expresadas sentencias —la del Estado de Alabama— ambos cónyuges eran venezolanos.

¹⁰³ Véase un ejemplo muy reciente en la sentencia de 27 de noviembre de 1968 (*Gaceta Oficial* No. 28.808, de 20 de diciembre de 1968), la cual considera equiparable la separación de más de seis meses de la legislación cubana al abandono voluntario de la legislación venezolana.

¹⁰⁴ Es interesante citar a este respecto la sentencia de 24 de abril de 1967 Corte Suprema de Justicia: *El valor de las sentencias de divorcio extranjero*, Caracas, 1947, p. 21), de la cual fue ponente el doctor Luis Loreto, y en la cual se concedió el *exequatur* al divorcio de dos españoles decretado en Cuba. La Corte decidió que esa sentencia que las causales de divorcio se regían por la ley del domicilio, de acuerdo con las disposiciones del Código Bustamante, ratificadas igualmente por Cuba y Venezuela, por lo que consideró irrelevante que las causales de la ley cubana no correspondieran exactamente con las causales de la ley venezolana.

inmensa importancia para el divorcio, pero que lo es, en no menor medida, en los demás sectores de las relaciones jurídico-privadas de la vida internacional¹⁰⁵.

Es, finalmente, digno de mención el hecho de que tanto en lo que respecta a los divorcios decretados en el país como a la apreciación de divorcios pronunciados en el exterior, la jurisprudencia nacional se ha basado en motivaciones que son, a nuestro juicio, teóricamente objetables, pero ha dictado en general decisiones ajustadas a las necesidades de justicia de la realidad nacional. La misión del estudioso es, sin duda, contribuir en lo posible a aclarar esos problemas y evitar esos errores. No obstante, en el verdadero cumplimiento de la misión que corresponde a los jueces es mucho más importante el contenido de la decisión que los motivos e ideas en que se fundamenta. Usando una terminología familiar en el *common law* e infortunadamente descuidada en los sistemas jurídicos latinos, es la *ratio decidendi* —esto es, la razón objetiva del pronunciamiento judicial— y no los *obiter dictae* —esto es, las consideraciones incidentales de los jueces que no inciden decisivamente en el contenido del fallo— lo que integra la sustancia jurídica real de la jurisprudencia.

F. Mecanismos de control de la sentencia extranjera de divorcio

Las ideas anteriormente expuestas se refieren a cuestiones de fondo. Son, en cuanto tales, independientes de los criterios procesales que adopte cada sistema jurídico para admitir la penetración de los efectos de la sentencia extranjera. Aunque el análisis de este aspecto rebasa los propósitos del presente trabajo, es conveniente exponer algunas consideraciones que complementen el panorama general esbozado en las páginas anteriores.

En los países que admiten el efecto de plano de la sentencia extranjera de divorcio, el control será eventualmente ejercido por cualquier tribunal ante el cual se plantee el problema en forma principal —en un juicio sobre la validez o nulidad del divorcio extranjero—, o en forma incidental —en un juicio, por ejemplo, sobre la validez de un matrimonio ulterior o sobre la legitimidad o los derechos sucesorios de los hijos nacidos de ese segundo matrimonio.

Esta solución rige, en el derecho comparado, en tres grupos de sistemas jurídicos que llegan a similares conclusiones por vías curiosamente diversas.

¹⁰⁵ El Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado no contempla especialmente el tema. En todo caso, es digno de observar que el artículo 53 al enunciar los requisitos que han de reunir las sentencias extranjeras para tener efecto en Venezuela, no menciona la contradicción del contenido material de la sentencia con el orden público internacional venezolano. El punto queda en todo caso sometido a las disposiciones generales del artículo 6, que permite excluir las disposiciones del derecho extranjero cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano. Es evidente que esa incompatibilidad ha de producirse menos veces al reconocer una sentencia extranjera que al crear una situación jurídica nueva en el país. Por lo demás, la disposición del artículo 5 sobre derechos adquiridos en el exterior, que alude en general a los efectos de cualesquiera situaciones jurídicas creadas en el derecho extranjero, es igualmente significativa para la apreciación de los efectos de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Rige, en primer lugar, en los países de *common law*, en los cuales el divorcio decretado en el exterior es un *status* personal que no requiere un acto formal de reconocimiento, como sucede a cualquier estado jurídico relativo a las personas o a las cosas, pero que también, al igual que en estos otros casos, puede ser en cualquier momento objeto de impugnación y controversia judicial¹⁰⁶.

Rige, en segundo lugar, en los países que, de acuerdo con el modelo del derecho alemán, diferencian, con criterios no demasiado distantes del *common law*, el reconocimiento (*Anerkennung*) de la ejecución (*Vollstreckung*) de las sentencias extranjeras, y someten solamente la ejecución a la previa homologación judicial¹⁰⁷.

Rige, en tercer lugar, en los países donde, de acuerdo con el modelo francés, a pesar de exigirse, con mayor o menor rigor, un juicio previo de homologación o *exequátur* para la penetración de los efectos de la sentencia extranjera, se considera que las sentencias relativas al estado y capacidad de las personas surten efectos de plano cuando no entrañen actos de ejecución sobre las personas o las cosas¹⁰⁸.

De otro lado, en los países que someten en todo caso a una previa homologación o declaratoria de eficacia (*exequátur*) la penetración de los efectos de la sentencia extranjera, es evidentemente el tribunal encargado de otorgar esa homologación o *exequátur* el que ejerce el

¹⁰⁶ En el trabajo presentado al V Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado (Bruselas, 1958), P.R.H. Webb enuncia la posición del derecho inglés en los términos siguientes: “An English court will recognise a final decree of divorce granted by the competent court of a foreign state as a judgment in rem effective in England (without anything in the nature of an *exequatur*) to dissolve the parties status as married persons”. Ese reconocimiento está solamente sometido a las reglas atributivas de jurisdicción al tribunal extranjero y al hecho de que se haya sometido a las normas que aseguran la regularidad del procedimiento (*English standards of fairness*). (*The Effect [in England] of foreign Divorce Decrees*, Brussels, International Academy of Comparative Law, 1958, p. 212). La tesis del derecho inglés puede considerarse, *mutatis mutandis*, representativa del derecho angloamericano.

¹⁰⁷ El derecho alemán regula el reconocimiento y la ejecución en los artículos 328 y 722, respectivamente, del Código Procesal Civil (*Zivilprozessordnung*). Debe, sin embargo, observarse que el artículo 24 del cuarto decreto de aplicación de 25 de octubre de 1941 de la Ley de Matrimonio (*Vierte Durchführungsvorordnung zum Ehegesetz*) somete la eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio a una homologación administrativa del ministro de Justicia del Reich (hoy ministro de Justicia de los *Länder*). Sin embargo, esta homologación sigue siendo innecesaria cuando la sentencia ha sido dictada por un tribunal de la nacionalidad de los cónyuges, lo que excluye normalmente la mayor parte de los divorcios extranjeros.

¹⁰⁸ La famosa sentencia de 28 de febrero de 1860 dictada por la Corte de Casación francesa en el caso Bulkley (véase cap. II, nota 59), decidió que una extranjera divorciada en el extranjero podía casarse de nuevo en Francia sin solicitar previamente el *exequátur* de la sentencia de divorcio. La Corte de Casación enunció y generalizó esa doctrina en la sentencia de 3 de marzo de 1930 (*Journal*, 1930, p. 981), afirmando que “les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes”. Una tesis similar, esto es, que hace compatible la institución del *exequátur* con el reconocimiento de plano de las sentencias extranjeras, rige, con ciertas variantes, en Bélgica, Holanda, Grecia, Polonia, etc. (Véase Valladão, Haroldo, Les effets des jugements étrangers de divorce (Rapport général au V^o Congrès International de Droit comparé de Bruxelles), en: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1959, pp. 443 ss.).

control de la sentencia de divorcio extranjera. Esto es lo que sucede, al menos dentro de ciertos límites, en el continente europeo, en Italia¹⁰⁹, en el continente americano, en el Brasil¹¹⁰.

En el sistema jurídico venezolano, es discutible si las disposiciones del artículo 746 del Código de Procedimiento Civil, según las cuales las sentencias extranjeras cuya ejecutoria no haya sido declarada por la Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema) “no tendrán ningún efecto, ni para producir cosa juzgada, ni para ser ejecutadas”, exigen en todo caso el *exequátur* para la producción de cualesquiera efectos o lo exigen solamente para otorgarles el carácter personal de cosa juzgada y para poner en marcha el aparato coercitivo del Estado.

Nosotros hemos mantenido esta última tesis¹¹¹. No es, sin embargo, la que han mantenido algunos de los más eminentes representantes de la doctrina jurídica nacional, y muy singularmente los doctores Herrera Mendoza y Loreto¹¹², ni la que desde, hace más de dos décadas, mantiene en forma constante la jurisprudencia nacional¹¹³.

¹⁰⁹ A pesar de que el punto fue controvertido en la doctrina italiana frente al Codice di Procedura Civile de 1865, ha quedado formalmente zanjado por el Código de 1940, el cual exige una previa declaración de eficacia para hacer valer en Italia una sentencia extranjera (art. 796). Obsérvese, sin embargo, que el artículo 799 permite el reconocimiento incidental de la sentencia.

¹¹⁰ La tesis ha sido mantenida en el Brasil por el Supremo Tribunal Federal, frente al criterio contrario sustentado durante cierto tiempo por la Corte de Apelación del Distrito Federal y a pesar de las dudas que puede sembrar el parágrafo único del artículo 15 de la Ley de Introducción al Código Civil, según el cual no están sujetas a homologación las sentencias extranjeras meramente declaratorias del estado de las personas. (Véase Valladão, *Les effets des jugements étrangers de divorce...*, ob. cit., pp. 443 ss.).

¹¹¹ Véase Sánchez-Covisa, *La eficacia de las sentencias extranjeras de divorcio...*, ob. cit., pp. 33 ss.; Id., *La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio*, en: *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela*, 1958, No. 15, pp. 61 ss. Reproducida en: *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa*, Caracas, Ediciones de la Contraloría General de la República, 1976, pp. 438 ss.

¹¹² Véase especialmente, Herrera Mendoza, Lorenzo, *El valor de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero*, en: *Estudios sobre Derecho internacional privado*, Caracas, Emp. El Cojo, 1960, pp. 297 ss.; Loreto, Luis, *Sentencias extranjeras de divorcio y solicitud del exequátur*, en: *Cultura Jurídica*, 1943, No. 9, pp. 5 ss.; Id., *La sentencia extranjera en el sistema venezolano del exequátur*, en: *Studia Iuridica*, 1957, No. 1, pp. 352 ss. Parra Aranguren, quien aborda recientemente y de manera incidental el tema, observa agudamente que en lo que respecta al nuevo matrimonio de los extranjeros en Venezuela, el problema sólo puede plantearse a partir de la reforma del Código Civil de 1942, pues “los códigos civiles desde 1904 hasta 1942 permitieron expresamente a los extranjeros demostrar por medio de justificativos de testigos su cualidad de divorciados, y de esta manera admitían la eficacia en Venezuela, sin necesidad de *exequátur*, del eventual divorcio pronunciado por tribunales extranjeros”. (“Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero...”, ob. cit., p. 156, nota 82). En relación con el punto expresado, el artículo 108 del Código Civil vigente determina, en efecto, que la prueba del divorcio del extranjero que quiera contraer matrimonio en Venezuela se “hará siempre mediante presentación de la sentencia definitiva que haya recaído en el asunto y cuya ejecutoria esté ya declarada”. Este precepto deja en pie una serie de problemas. En primer lugar, aunque esa duda corresponda más a la *mens legis* que a la *men legislatorie*, ¿esa declaración de ejecutoria es el *exequátur* de la sentencia extranjera —la declaración de ejecutoria a que alude el artículo 746 del Código de Procedimiento Civil—, o es la declaración de ejecutoriedad del juez —nacional o extranjero— que dictó la sentencia? Obsérvese que la duda es tanto más legítima por cuanto la disposición no alude a divorcios extranjeros, sino a matrimonios de extranjeros que pueden haber sido divorciados, por un tribunal extranjero o por un tribunal nacional. En segundo lugar, aun en el caso de que se suponga que esa declaración alude al *exequátur* de la sentencia extranjera, ¿constituye un requisito necesario para la validez del matrimonio o es una prohibición que, en el supuesto de que la sentencia extranjera sea procesal y materialmente regular, no afecta a la validez del divorcio y del matrimonio ulterior?

¹¹³ Véase la sentencia de 8 de febrero de 1946, de la cual fue ponente el magistrado doctor Luis Loreto. De acuerdo con esa sentencia, que rectificó categóricamente la jurisprudencia anterior, para que las sentencias extranjeras produzcan en Venezuela efectos jurisdiccionales “tales como los declarativos, constitutivos, ejecutivos y reflejos, es menester que se la declare ejecutoria mediante el procedimiento del *exequátur*” (Corte Suprema de Justicia, *El valor de las sentencias de divorcio extranjeras*, Caracas, Tipografía Americana, 1947, p. 29). En el mismo sentido existe hoy una reiterada jurisprudencia. Pueden mencionarse especialmente las sentencias

Ello quiere decir que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial de nuestro sistema, la penetración de cualesquiera efectos de la sentencia extranjera de divorcio —y entre ellos especialmente la capacidad del divorciado para contraer matrimonio— queda subordinada a la previa obtención del exequátur. Por lo tanto, es la Corte Suprema de Justicia el órgano encargado de revisar, en el correspondiente juicio de exequátur, si las causas de divorcio admitidas en la sentencia extranjera atentan contra los principios del orden público internacional venezolano¹¹⁴.

Es, en todo caso, muy importante señalar que, sea cualquiera el mecanismo procesal adoptado, la sentencia extranjera carece de eficacia, tanto en el caso de que su contenido material infrinja los principios de orden público internacional, como en el caso más frecuente de que haya sido dictada por un tribunal que carezca de jurisdicción o competencia internacional, o de que se hayan infringido los principios que aseguran su regularidad procesal, como son los relativos a la citación del demandado y a su razonable posibilidad de defensa¹¹⁵.

La única diferencia entre uno y otro mecanismo procesal es que, en el caso de la rigurosa exigencia del *exequátur*, ese control es efectuado en forma previa, como se hace siempre en todo caso para cualquier acto extranjero que implique el uso de la fuerza coactiva del Estado, en tanto que en el caso del efecto de plano el control judicial sólo se efectúa cuando un tribunal conoce en forma principal o incidental de la sentencia extranjera, esto es, se efectúa igual que se hace con los demás actos que afectan a las relaciones jurídicas privadas, como por ejemplo, matrimonios, testamentos, contratos, etc.¹¹⁶.

de 11 de octubre de 1951 (*Gaceta Forense*, 1ª Etapa, Tomo IX, p. 114), de 3 de agosto de 1955 (*Gaceta Forense*, Tomo IX, Vol. II, p. 65), y de 14 de mayo de 1957 (*Gaceta Forense*, Tomo XVI, Vol. I, p. 87).

¹¹⁴ Cabe, sin embargo, preguntar si no han de ser los tribunales ordinarios quienes resuelvan acerca de la eficacia de la sentencia de divorcio extranjera en el caso de que el problema surja como una cuestión incidental que determine indirectamente el problema jurídico discutido (por ejemplo, sucesorio, de filiación, etc.). Si la sentencia constituye el antecedente inmediato, es lógico, de acuerdo con la jurisprudencia dominante, negarle eficacia por no haber sido exequaturada (en este sentido, la sentencia del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil de 9 de abril de 1954, *Jurisprudencia de los Tribunales de la República*, Ministerio de Justicia, vol. IV, t. II, p. 581, y la sentencia de la Corte de Casación de 3 de agosto de 1955, *Gaceta Forense*, Tomo IX, vol. II, p. 65), pero ¿ha de suceder igual si se trata de un efecto remoto? ¿Serán ineficaces todos los efectos y relaciones jurídicas que se deriven, por remota e indirecta que sea la derivación, de un divorcio extranjero, y será preciso exequaturar todas esas sentencias? Hemos planteado ese problema en La función de la declaración de eficacia (exequátur) y los efectos de las sentencias extranjeras de divorcio..., ob. cit.

¹¹⁵ Es fundamentalmente en el campo de la ausencia de jurisdicción internacional, y accesoriamente en el de la insuficiente citación y defensa del demandado, donde nos encontramos en el mundo actual con una abigarrada proliferación de seudosentencias de divorcio carentes de toda eficacia internacional. Son los divorcios clandestinos o *migratory divorces*. Han generado en la vida jurídica internacional lo que se ha calificado de “industria de divorcios” o “turismo divorcial”. El doctor Herrera Mendoza ha calificado a esos procesos irregulares con el término expresivo de “piratería judicial”. (El valor de las sentencias de divorcio dictadas en el extranjero..., ob. cit. p. 301).

¹¹⁶ En razón de la trascendencia jurídico-social de la institución matrimonial, tendría posible sentido la construcción de un antejuicio administrativo destinado al control previo de la sentencia extranjera de divorcio que ha de ser utilizada como base de un matrimonio ulterior. Tal antejuicio descargaría a las partes de los gastos, demoras y complicaciones de un proceso contencioso, liberaría a los tribunales —en especial, cuando, como ocurre entre nosotros, el único tribunal competente es el tribunal de máxima jerarquía— del conocimiento de multitud de sentencias inobjetables, y evitaría, al mismo tiempo, que el examen de la sentencia extranjera fuera

Subrayamos la importancia de este punto porque, a nuestro juicio, la tendencia a exigir en todo caso el *exequátur* ha obedecido no pocas veces a la idea de que el reconocimiento de plano significa que la sentencia extranjera ha de tener eficacia, sean cualesquiera su contenido y el procedimiento conforme al cual fue dictada. El propósito de evitar esos resultados es indudablemente inobjetable. Se asienta, sin embargo, sobre ese falso supuesto. Cualesquiera situaciones jurídicas creadas en el extranjero, que tengan *ab ovo* un vicio procesal o que atenten contra los principios de orden público internacional, carecen de eficacia en nuestro sistema y pueden ser impugnadas en todo momento ante los tribunales de justicia. El hecho de que las autoridades sanitarias no controlen, a través de un procedimiento previo, si cada envase de alimentos o bebidas contiene una sustancia nociva o venenosa, no significa que el uso de esas sustancias no esté prohibido. Y no significa, obviamente, que aquel que las use en contravención de las normas respectivas no quede sometido a todas las sanciones penales, civiles y administrativas contempladas por la ley.

efectuado por funcionarios matrimoniales de escasa capacidad profesional. No es, sin embargo, éste el lugar, para desarrollar esta tesis.