

El divorcio en nuestras normas de Derecho Internacional Privado

Fernando Cantuarias S. y Nicolás Lerner V.M.
alumnos del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho
de la PUC y Miembros del Comité Directivo de Thémis

Dictamen Fiscal – Dictamen No. 641 – Exp. No. 2374- 86.– R. 66- 29-10- 86- IC. Viene en consulta la sentencia que declara fundada la demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso, interpuesta por los cónyuges don Ragi Burhum Khalil y doña Rosemarie Ellen Garbe de Burhum.

Fluye del análisis del proceso que se ha expedido a fs. 17 sentencia declarando fundada la demanda, sin considerar que el matrimonio contraído por los recurrentes carece de valor y eficacia legal en el país, por no haber cumplido los contrayentes con inscribirlo de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 449 del Reglamento Consular del Perú, el que concordado por el Art. 450 del mismo cuerpo legal establece un plazo de tres meses para la inscripción del matrimonio extranjero que resida en el país; consecuentemente al no existir para el Registro de Estado Civil Peruano dicho matrimonio, la resolución expedida no se encuentra arreglada a ley; por lo que este Ministerio concluye Opinando: que debe declararse NULA la resolución consultada e insubsistente lo actuado.

Lima, 17 de Noviembre de 1986

Alfredo Estacio Bustamante, Fiscal Superior en lo Civil (e) Lima.

Resolución de la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima.– Lima, cinco de enero de mil novecientos ochentisiete.– VISTOS: interviniendo como Vocal ponente el señor Fernández Pérez; de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Superior a fojas veintitrés, cuyos fundamentos se reproducen: DECLARARON NULA la sentencia consultada de fojas diecisiete, su fecha veintiocho de agosto del año próximo pasado e IN-SUBSISTENTE todo lo actuado e INADMISIBLE la demanda; y los devolvieron.– Reyes Ríos.– Vásquez Cortez.– Fernández Pérez. Se publicó conforme a ley.

La Ejecutoria bajo comentario está referida al divorcio solicitado ante nuestros tribunales de justicia, por una pareja que contrajo matrimonio en el exterior. En este sentido, habiendo elementos conectados con ordenamientos extranjeros, para resolver el problema planteado habrá que recurrir al Libro X de nuestros Código Civil, referente al Derecho Internacional Privado (DIP).

Como sabemos, cuando nos encontramos ante relaciones conectadas con ordenamientos extranjeros, las normas de DIP nos indicarán cuál legislación será la llamada a resolver la controversia o litigio. Dichas normas no dan soluciones directas al problema planteado, sino que, establecen soluciones indirectas, es decir, reclamando la aplicación de una tercera norma (lo que en la doctrina se denomina el principio de la extraterritorialidad pasiva del derecho). Así el sistema adoptado por nuestro legislador es el conflictual, el cual se construye bajo las normas de conflicto, que tienen una estructura tripartita: categoría –factor de conexión– consecuencia jurídica. La categoría es el

supuesto social que se regula, el cual está compuesto por una serie de conceptos jurídicos a los cuales engloba (ej. contratos, sucesiones, etc.); el factor de conexión es el ligamen entre la categoría y la consecuencia jurídica, es el elemento que determina que norma material va a regular la relación contenida en la categoría; y la consecuencia jurídica designa el derecho aplicable y determina la solución final al caso planteado.

Ahora bien, en primer lugar, debemos señalar que el artículo 2057 del Código Civil establece que los tribunales peruanos son competentes para conocer las acciones promovidas contra personas domiciliadas en el Perú, por tanto, asumimos para el presente caso que ambos cónyuges, partes en el presente litigio, domiciliaron en el país.

En segundo lugar, por razones de método y orden, dividiremos el análisis del caso en (A) Matrimonio entre “extranjeros” celebrado en el extranjero y que intentan divorciarse en el Perú y (B) Matrimonio

de "peruano(a) o peruanos" celebrado en el extranjero y que solicitan la disolución de su vínculo matrimonial en el país.

(A) En este supuesto nos remitiremos a nuestras normas de DIP, para lo cual debemos seguir el siguiente análisis: Para poder divorciar a una pareja, debemos ver, primero, si dicho matrimonio es válido. Para ello, aplicaremos los artículos 2075 y 2076 del C.C., que establecen que la capacidad y requisitos esenciales del matrimonio se rigen para cada contrayente por la ley de sus respectivos domicilios, y la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración del acto. Es decir, en este caso, respecto a la capacidad e impedimentos para contraer matrimonio deberemos acudir a la ley del domicilio de cada uno de los cónyuges, y para averiguar si se cumplió con las formalidades, acudiremos a la ley del lugar de celebración del matrimonio. Así, nuestras normas internas no intervienen en "momento alguno", salvo si alguno de los contrayentes hubiera domiciliado en el Perú.

Por último, reconociendo la validez y existencia de dicho matrimonio, el artículo 2081 del C.C. establece que el divorcio se rige por la ley del domicilio conyugal, es decir, en este caso por nuestras normas internas de Derecho de Familia. En este sentido, consideramos que la Corte Superior debió simplemente verificar el cumplimiento de los requisitos legales del matrimonio (según las leyes pertinentes) y resolver declarando fundada la demanda de Divorcio si ella se amparaba en las normas que sobre el Divorcio establece el Código Civil Peruano. Asimismo, debemos indicar, que en este supuesto, nuestras normas consulares no son aplicables, toda vez que ellas se ponen en el supuesto que sea un peruano(a) quien contraiga matrimonio en el exterior.

(B) Aquí los requisitos, tanto esenciales como formales, para la existencia y validez del matrimonio celebrado en el extranjero por peruano(s), se rigen por los mismos fundamentos antes señalados, igualmente, en lo referente a la competencia y ley aplicable para disolver el vínculo matrimonial. Pero, donde si nos debemos detener es en el análisis de si resultan aplicables los artículos 449 y 450 del Reglamento Consular del Perú y los artículos 63 y 64 del Reglamento de los Registros del Estado Civil Peruano. Ambos prescriben la obligatoriedad para los peruanos de inscribir los matrimonios celebrados en el extranjero, ante el agente diplomático del Perú en el lugar de celebración del acto, o en su defecto dentro de los tres meses siguientes del regreso al territorio nacional.

Esta obligación formal debe entenderse (como en el caso del dictamen fiscal, asumido por la Corte Superior), como esencial para que el estado peruano le reconozca "valor y eficacia legal en el país", y que la inscripción determinará en consecuencia, su inoponibilidad ante nuestros tribunales? Consideramos errada esta posición por las siguientes consideraciones:

1) Porque la validez y eficacia del matrimonio celebrado en el extranjero se rigen por las leyes del domicilio de los contrayentes y del lugar de celebración del acto. Por tanto, nuestra ley interna no debe establecer una formalidad o requisito esencial para reconocer un acto que jurídicamente es perfecto y que nuestra propia legislación civil (arts. 2075 y 2076) reconoce como suficientes para ser oponibles ante nuestros tribunales.

2) Desde un punto de vista positivo, el Reglamento Consular y el Registro del Estado Civil Peruano, son normas de menor rango que el Código Civil. Igualmente el Código Civil es posterior y no exige requisito interno alguno, para darle validez al matrimonio celebrado en el extranjero.

3) De una simple lectura de las normas contenidas en los reglamentos antes citados, encontramos que se exige una formalidad, pero no se sanciona su inobservancia con nulidad, por tanto, según el artículo 144 del Código Civil, ello sólo constituye un medio de prueba de la existencia del acto. Así los contrayentes tendrán otros medios de probanza tales como las partidas de matrimonio otorgadas en el extranjero y legalizadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, entre otros, y asimismo podrán probar que han cumplido con todos los requisitos ordenados por las leyes competentes ofreciendo las pruebas a que se contrae el artículo 2052 del Código Civil.

4) El artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles establece tácitamente la exclusividad de nuestra ley para declarar la disolución del vínculo matrimonial de peruano o peruanos casados en el exterior. Hoy esa norma ha sido implícitamente derogada por el artículo 2062 del Código Civil, que establece que los tribunales peruanos son competentes para conocer los juicios de divorcio sólo cuando el derecho peruano sea aplicable por razón del domicilio conyugal (por mandato del artículo 2081 del C.C.), es decir, si en el presente, un peruano que domicilia en el exterior puede divorciarse libremente según las leyes internas del país donde domicilia, resulta un despropósito, que para divorciarse en el Perú, según nuestras propias leyes internas, tenga que cumplirse con una formalidad adicional, bajo pena que "carezca de valor y eficacia legal en el país" el matrimonio válidamente celebrado en el exterior.

5) Siguiendo el planteamiento del Señor Fiscal, el cual, como indica la jurisprudencia, fue asumido por la Corte Superior, parecería que la inscripción en el Registro respectivo fuera un requisito sine qua non para que un matrimonio válidamente celebrado en el exterior fuera reconocido como tal en el Perú, es decir, si no se inscribe "carece de valor y eficacia legal" en nuestro país, ergo, no existe, es inoponible. Así podríamos afirmar que si un peruano se casa en el extranjero y no inscribe su matrimonio en el Perú, podría regresar al país, casarse una vez mas y no ser con-

siderado bígamo, porque al no haber inscrito su anterior matrimonio ese es inexistente, sin valor, sin eficacia. Se nos podría argumentar que aquí entrarían a jugar las normas sobre el Orden Público Internacional; ello es cierto, pero en todo caso el problema está planteado y la solución oscura.

6) Por último, debemos referir que los artículos pertinentes de los Tratados de Montevideo de 1889 y de La Habana de 1928, suscritos y ratificados por el Perú, no establecen norma alguna que cuestione la validez de un matrimonio celebrado en un país no miembro del Tratado. Lo único que señalan es el reconocimiento de la ley del domicilio para la formali-

dad del matrimonio y la posibilidad que un Estado no reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero, cuando este infrinje Normas de Orden Público Internacional de ese Estado; estas excepciones se refieren por ejemplo a cuestiones vinculadas a la edad mínima para contraer matrimonio, relaciones de parentesco, entre otras.

En conclusión, en nuestro parecer, la Corte Superior debió fallar declarando fundada la demanda de divorcio, previa constatación de la validez del matrimonio celebrado en el extranjero, según las leyes competentes.

TACAMA

Dirección: Calle Omega No. 255 – Parque Internacional de la
Industria y Comercio Lima y Callao.
Teléfonos: 643544 – 640833