

CAPITULO VI

EL DIVORCIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. IMPORTANCIA DEL ESTUDIO DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE DIVORCIO

El divorcio internacional es un tema de gran interés, al cual el presente trabajo sólo se aproximará presentando algunos de sus aspectos más saltantes, bajo una perspectiva eminentemente práctica.

¿Por qué es importante el estudio de la normatividad sobre divorcio internacional?

Entre otras razones, porque si bien usualmente los abogados suelen enfocar indistintamente los problemas jurídicos desde la aplicación de las normas materiales, es necesario dar el tratamiento y la solución adecuada a casos especiales que suponen la existencia de una relación jurídica internacional, que trasciende el ámbito de lo propiamente nacional. En especial ante el imperativo legal contenido en el art. 2051 del C.C., que establece la aplicación de oficio de la ley extranjera competente; obligatoriedad no legislada anteriormente, que permitía que en el foro se planteara y resolviera bajo una misma óptica legal problemas de naturaleza diferente. Precepto concordante con lo dispuesto por el Art. 2048 del Código Sustantivo, que determina la exclusividad de la aplicación de la ley extranjera declarada competente.

2. LA RELACION JURIDICA INTERNACIONAL

2.1. *Criterios para la calificación de una relación jurídica internacional*

¿Cómo determinar si una relación jurídica es internacional? Para su calificación, se ha de verificar la concurrencia de algún elemento extranacional de repercusión jurídica. Por razón de las personas, de las cosas o de las conductas, así interesará conocer en nuestro caso, la nacionalidad de los cónyuges, el lugar de la celebración del matrimonio, el domicilio de los cónyuges, la ubicación de los bienes de la sociedad conyugal, entre otros.

2.2. *Aspectos a resolverse en una relación jurídica internacional*

Una vez determinada la naturaleza de la relación como internacional. Debe resolverse dos cuestiones fundamentales:

¿Cuál es el Estado que, desde el punto de vista internacional posee jurisdicción para conocer el divorcio?

¿Cuál es el Estado cuya ley debe regular el divorcio? Y a la inversa, cuando el divorcio ha sido obtenido en otro Estado, determinar si la sentencia puede ser reconocida en el Perú.

3. COMPETENCIA JURISDICCIONAL Y LEGISLATIVA

3.1. *Sistemas propuestos para determinar la jurisdicción y la ley aplicable*

Refirámonos a grandes rasgos, a los sistemas formulados con motivo de determinar la jurisdicción y la ley aplicable. Alfonsín en lo concerniente a este punto señala: "Con respecto a la jurisdicción se han propuesto estas soluciones: Los cónyuges deben solicitar el divorcio ante las autoridades del Estado donde se casa-

ron, o ante las de su patria, o ante las del domicilio, o ante el lugar de la residencia. Caben asimismo soluciones mixtas”.⁵³⁷

Semejantes criterios se han indicado en cuanto a la ley que debe regular el divorcio. Cabe señalar que en materia de divorcio la *lex fori* (ley del juez que conoce la causa), impone por lo general sus preceptos, de ahí la tendencia a que coincidan la ley aplicable y la *lex fori*.

- La ley del lugar de la celebración.- Sus partidarios consideran al matrimonio como un contrato, fijando de una vez para siempre la disolubilidad o no del matrimonio. No obstante debe tenerse presente que el lugar de la celebración puede ser accidental.

- La ley nacional.- Se sostiene que el divorcio es un efecto personal del matrimonio, se refiere al estado civil de las personas, por lo tanto debe regirse por la ley nacional. La interrogante que se plantea es determinar la ley de cuál de los cónyuges, de este modo algunas legislaciones estatuyen que la mujer casada tiene la misma nacionalidad del marido, ya sea porque la tenía antes o porque la adquiere jurídicamente al casarse.

El gran inconveniente de este criterio, es la posibilidad de la doble nacionalidad, o que los cónyuges se naturalicen por propia voluntad en cierto Estado, para que el vínculo indisoluble se torne disoluble o viceversa.

- La ley del domicilio matrimonial.- Esta es la más interesada en regular la vida de los cónyuges, en conceder o no el divorcio, porque es el lugar donde se ha establecido el hogar y en que se desarrolla la vida social de la familia. Pero, ¿cuál domicilio determina la ley aplicable? Se presupone que ambos tienen domicilio común, ya sea porque viven de consuno, o porque se reputa como domicilio de la mujer el del marido en razón de su potestad marital. Más, qué ha de ocurrir si los consortes tienen domicilios separados, porque legal-

537 Quintín Alfonsín. Régimen Internacional del Divorcio, Montevideo, Editorial Martín Bianchi, 1953, p. 16.

mente ese es su estado, o porque judicialmente han sido autorizados, o porque su legislación ya no admite la fijación unilateral del domicilio conyugal por el marido. ¿Qué ley debe regular el divorcio? Se han planteado diversas soluciones: la del cónyuge demandante, el último domicilio común, etc.

El domicilio como factor de conexión crea una dificultad semejante a la de la nacionalidad, al poder ser alterado con cierta facilidad. No obstante, de todos los regímenes propuestos, es el que ofrece mayores ventajas por su concordancia con la realidad conyugal, por lo que ha resultado el más adoptado en las distintas legislaciones.

La ley de la residencia.- A través de ésta se identifica la ley aplicable con la del foro, pero su gran desventaja es que se funda en una circunstancia inestable, y sujeta a manipulación.

- Soluciones acumulativas.

El Régimen Internacional de Divorcio, según el Tratado de Montevideo:

El art. 13 establece que la ley del domicilio matrimonial rige:

- La separación conyugal.

- La disolubilidad del matrimonio, siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró.

Se prescribe la coincidencia entre la ley del domicilio conyugal con la de celebración del matrimonio, permitiéndose el divorcio en la medida que ambas lo admitan. Empero debe tenerse en cuenta el concepto de domicilio matrimonial consagrado en el art. 8 del mismo tratado.

“El domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio, y en defecto de éste, se reputa por tal el del marido.

La mujer separada judicialmente conserva el domicilio del marido, mientras no constituya otro”.⁵³⁸

El Perú ha ratificado este tratado al igual que el de La Habana de 1928 (Código de Bustamante). Por lo tanto, forman parte del derecho nacional tal como lo dispone el art. 55 de la Constitución. Al respecto cabe anotar, que el actual texto constitucional a diferencia del art. 101 de la Constitución de 1979, ya no establece expresamente la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto; adoptándose de ese modo, una concepción de corte dualista en esta materia, lo que implicaría la alteración del sentido tradicional de jerarquización de normas en el sistema, y sus consecuentes efectos en la aplicación del Derecho por parte del juez nacional.

3.2. Criterios adoptados por nuestra legislación

Su examen se hará de manera comparativa entre lo legislado por el C.C. de 1936 y el Código actual, a fin de poder valuar los efectos de los cambios operados en esta institución.

En principio, diremos que las normas de Derecho Internacional Privado antes del Código Civil de 1984, se encontraban dispersas de un lado en el Código de Procedimientos Civiles, y, de otro, en el Código Civil derogado. El tratamiento sistemático de esta temática está presente en el Libro X sobre Derecho Internacional Privado, en los arts. 2046 al 2111 del Código Civil.

3.2.1. En cuanto a las normas sobre jurisdicción

El Código de Procedimientos Civiles derogado, en su art. 1158 establecía que “No tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú.

Como puede observarse los factores de conexión que deter-

538 Manuel García Calderón. Derecho Internacional Privado. Lima, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1969, p. 547

minaban la competencia exclusiva de los tribunales peruanos, eran diversos, tratándose de extranjeros prevalecía si eran domiciliados en el país, mientras que para los peruanos regía siempre el criterio de la nacionalidad.

El Código Civil de 1984 derogó esta norma, disponiéndose respecto a la jurisdicción en los juicios de divorcio dos reglas:

- La del art. 2057, que contiene la norma general de competencia, señalando que los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.

- La del art. 2062, que instituye un caso de competencia facultativa, disponiendo a modo de excepción, que nuestros tribunales son competentes en los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas al estado, la capacidad de las personas naturales o a las relaciones familiares aún contra personas domiciliadas en el extranjero, cuando:

- El derecho peruano es el aplicable de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado, para regir el asunto. En lo relativo a este supuesto, debe comentarse que se ha invertido el método tradicional, al sujetarse la determinación de la competencia del juez al hecho de que sea su ley la aplicable, cuando lo usual es establecer primero el tribunal competente y luego la ley que se ha de aplicar.

- Se admite también la sumisión expresa o tácita a los tribunales peruanos, prórroga de jurisdicción que opera con la condición de que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República. Vinculación materializada por la nacionalidad de alguno de los cónyuges, por ser el lugar de celebración del matrimonio, etc.

Como vemos, se consagra de modo general el criterio del domicilio como factor de conexión, abandonándose el de nacionalidad para los peruanos, innovación que ha aliviado los graves inconvenientes que generaba para los nacionales, tener que litigar necesariamente en el país, no obstante domiciliar en el extranjero.

Ahora ya no hay jurisdicción exclusiva de nuestro fuero respecto a aquellos, no obstante nuestra ley comprensiva admite que si es voluntad de éstos someterse a tribunales peruanos se acojan a lo dispuesto por el art. 2062.

El Código Procesal Civil señala en relación al reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, que el proceso al que se refiere el Título IV del Libro X del Código Civil, se interpone ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer (art. 837).

3.2.2. En cuanto a las normas sobre ley aplicable

El art. V del Título Preliminar del Código Civil de 1936 reza a la letra:

El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos.

Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos.

Nuevamente aparece el doble criterio que distinguió entre nacionales y extranjeros, aplicándose para los primeros siempre la ley nacional, en tanto que para los extranjeros la del domicilio.

El Código Civil de 1984 introdujo significativos cambios al particular prescribiéndose que:

Art. 2081. El derecho al divorcio y a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio conyugal.

Art. 2082. Las causas del divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas.

La misma ley es aplicable a los efectos civiles del divorcio y de la separación, excepto los relativos a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.

Unificación saludable de criterios, que tiene un solo inconveniente, ¿Cómo definir que es domicilio conyugal? Si revisamos los 66 artículos del Libro sobre Derecho Internacional Privado, no se encuentra alguno que refiera su significado. Así, habrá quienes sostienen la remisión a las normas pertinentes sobre domicilio del Código Civil, específicamente el art. 36 que señala: “El domicilio conyugal es aquél en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron”, pero debe precisarse que éste forma parte de las normas peruanas materiales, y lo que en verdad se busca es el significado del domicilio como factor de conexión; representando una omisión legal significativa el que no se le haya regulado expresamente dentro del Libro respectivo.

3.2.2.1. Interpretación del factor conexión domicilio

El art. 2047 nos indica que el derecho aplicable, para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros, se determinan de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes. Examinemos cuáles serían los tratados a los que hemos de remitirnos:

- Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889.
- Tratado de La Habana de 1940 (Código de Bustamante).
- Tratado Interamericano del domicilio de las personas físicas suscrito en 1979 y aprobado en 1980.

Los primeros, por su data, consagran que el domicilio conyugal es aquél donde está constituido el matrimonio y en su defecto el del marido, lo que se opone plenamente a nuestra Constitución y en consecuencia al Código Civil.

El Tratado Interamericano del domicilio de las personas físicas define el domicilio conyugal, como aquél en el que los cónyuges viven de consuno (art. 4º). Sin embargo, ¿qué pasa si éstos viven separados? Podría admitirse por tal, el último que tuvieron juntos como lo hace el art. 36 del C.C. El tratado no prevé este supuesto, por tanto, en un caso semejante, habrá que considerar que no existe domicilio conyugal, determinándose independientemente el domicilio de cada cónyuge, de acuerdo a los criterios aplicables a la persona

física. Lo que conduciría a otra cuestión a resolver, ¿la ley de cuál de los cónyuges se va a aplicar, la del demandante o la del demandado?

A pesar de dichos inconvenientes, el último tratado supera criterios adoptados por los anteriores convenios anotados, que sin embargo se encuentran vigentes para aquellos Estados que aún no lo hayan ratificado.

Imaginemos pues, algunas de las situaciones que podrían presentarse al juez peruano:

- Los cónyuges poseen en el Perú domicilio conyugal; fijado consensualmente, la norma funciona plenamente.

- Ambos cónyuges poseen domicilios propios en el Perú. Podría decirse que aunque no exista domicilio conyugal, se cumple la voluntad legislativa, confiriendo jurisdicción legislativa al Estado en que ambos cónyuges tienen su domicilio.

- Si sólo el cónyuge demandado posee domicilio en el Perú, ¿Podría el cónyuge demandante pretender se aplique la ley de su domicilio?

- Si ninguno de los cónyuges posee domicilio en el Perú. El art. 2062 admite la prórroga de jurisdicción en estos casos siempre que la causa tenga vinculación efectiva con el territorio de la República, tratándose de dos peruanos que domicilian en países extranjeros diferentes que desean divorciarse en el Perú, porque aquí contrajeron matrimonio, ¿qué ley de divorcio se va a aplicar?

Una labor muy difícil pero determinante es la desarrollada por los jueces de darse este tipo de litis.

4. JURISPRUDENCIA

4.1. Relativa al Código Civil de 1936 y Código de Procedimientos Civiles derogados.

Apreciemos los efectos prácticos de la modificación del sistema, reconociendo algunas ejecutorias que referidas al C.C. de

1936 y Código de Procedimientos Civiles, nos permitirán ameritar la magnitud del cambio operado en la legislación.

4.1.1. En relación a extranjeros

- No se puede declarar el divorcio de un matrimonio celebrado en el extranjero, en el que el domicilio conyugal no se ha fijado en el Perú.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE SETIEMBRE DE 1951⁵³⁹

La Corte Suprema declaró la insubsistencia de la acción de conformidad con el dictamen fiscal que señalaba:

...don ...interpone demanda de divorcio contra doña ..., por la causal prevista en el inc. 5° del art. 247 del C.C. El hecho del matrimonio, que se pretende disolver, está comprobado con la documentación que corre de fs. ...a ... Dicho acto tuvo lugar en la localidad de White Riper Junction, Estado de Vermouth, de los Estados Unidos de Norteamérica. El domicilio conyugal estuvo fijado en dicho país, hasta fines del año 1946, en que el demandante viajó al Perú, contratado para prestar sus servicios en la International Petroleum Company, habiéndose negado la esposa, así se afirma en la demanda de fs. ..., a acompañarlo en el viaje y a residir en esta Capital.

Por lo que se acaba de exponer, resulta que el domicilio conyugal, en ningún momento se ha establecido en el Perú, por lo que el actor no puede acogerse a las leyes nacionales, por lo dispuesto en el art. V del Título Preliminar del C.C., que dispone que el estado y capacidad civil de las personas, se rigen por la ley del domicilio, con excepción de los peruanos, para quienes rige la ley nacional. Como ninguna de las partes es peruana, no corresponde a la jurisdicción nacional el conocimiento de este juicio.

- El ciudadano extranjero no puede pedir que se declare el divorcio por abandono malicioso del hogar de un matrimonio celebrado en otro país, si resulta que la mujer jamás ha ingresado al Perú.

539 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 96, Enero de 1952, pp. 1579-1580.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 22 DE JULIO DE 1955 ⁵⁴⁰

La Corte Suprema declaró infundada la demanda de conformidad con el dictamen fiscal que expresaba.

A fs. ..., demanda don ...a su esposa ..., sobre divorcio fundándose en la causal de abandono malicioso.

No sólo no ha probado el actor que su esposa hubiera abandonado el hogar común, sino que, como aparece del documento de fs. ..., está demostrado que doña ...no ha ingresado al Perú, desde 1940. No pudo haber, pues, abandono del hogar, ya que el demandante, en su escrito de fs. ...sostiene que en agosto de 1950 ingresó al Perú conjuntamente con la nombrada cónyuge.

- *Es inadmisibile la demanda de divorcio de extranjeros que no domicilian en el país.*

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE ENERO DE 1982 ⁵⁴¹

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal declaró inadmisibile la demanda.

La sentencia de fs. ...teniendo en consideración lo dispuesto en el art. 5° del Título Preliminar del Código Civil, que el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, declara inadmisibile la demanda. Es de advertir que además no se ha acreditado que los cónyuges son residentes en el país.

- *Es improcedente la demanda de divorcio interpuesta por extranjeros, que sólo tienen la calidad de inmigrantes y no de residentes.*

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 23 DE FEBRERO DE 1983 ⁵⁴²

Del informe de fs. ...se establece que los cónyuges en causa tienen la condición de inmigrantes y no la de residentes; en tal virtud no les es aplicable el art. V del Título Preliminar del

540 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 144, Enero de 1956, pp. 63-64.

541 Exp. 3272-80 / Lima

542 Exp. 1500-82 / Lima.

C.C., precepto según el cuál el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Declararon improcedente la demanda.

- Corresponde a la jurisdicción nacional conocer de los juicios de divorcio de extranjeros domiciliados en el territorio.

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE AGOSTO DE 1946⁵⁴³

La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen fiscal, declaró fundada la demanda considerándose que:

La sentencia de fs. ...dictada por el Juez de Piura en la causa sobre divorcio seguida por don ...con su cónyuge, está arreglada a la ley y al mérito de la prueba actuada de la que se desprende, sin lugar a duda, que la mujer incurrió en adulterio, lo que hace aplicable el inc. 1° del art. 247 del Código Civil. No Hay Nulidad en el fallo de vista tanto en cuanto confirma aquella sentencia en su punto principal, y en el régimen a que deben quedar sujetos los hijos del matrimonio, que se declara disuelto, en cuanto a la revocatoria respecto al derecho de usar o no el apellido del ex-marido, que la Corte de Piura resuelve negativamente.

Se argumenta en el sentido de que tratándose de matrimonio contraído por extranjeros en país extranjero, la jurisdicción nacional no está expedita para resolver el caso. Hay error en sostener esto, porque el matrimonio ...estableció su hogar en el Perú, donde ejerció actividades comerciales, donde procreó y tuvo hijos, todos nacidos en Piura de manera que los cónyuges están comprendidos en el precepto 17 del título preliminar del Código Civil.

- No es necesaria la inscripción previa del matrimonio de extranjeros en el Registro de Estado Civil Peruano, no obstante domicilien en el país.

543 Anales Judiciales, t. XLII, Año Judicial de 1946, pp. 297-298.

6. EJECUTORIA SUPREMA DEL 3 DE JUNIO DE 1985 ⁵⁴⁴

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

El art. V del Título Preliminar del C.C. (D), señala que el estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio. Encontrándose acreditada la residencia habitual de los cónyuges en el Perú, están pues tácitamente sometidos a la jurisdicción nacional respecto de los cónyuges y el régimen de bienes de éstos, conforme lo preceptuado en el numeral 17 del Título Preliminar del C.C. (D).

Los Registros de Estado Civil son territoriales, tal como lo señala el art. 2° del Reglamento de los Registros de Estado Civil, siendo prohibido asentar en ellos, actos o hechos que se hayan realizado fuera de su jurisdicción. La excepción a este principio que señala la ley, está reservada única y solamente para el peruano o peruana, que habiendo contraído matrimonio en el extranjero, al establecer su domicilio en el Perú, está obligado a solicitar la inscripción de su matrimonio en el lugar donde precisamente establezca su domicilio tal como lo preceptúa el art. 64 del citado Reglamento.

A la luz de estas disposiciones, y habida cuenta de que para casos como el que viene en grado no es necesario la inscripción previa del matrimonio en el Registro respectivo, los Jueces y Tribunales Peruanos son competentes para conocer de un juicio que sobre separación de cuerpos interpongan dos extranjeros domiciliados en el país.

Declararon fundada la demanda.

- Para que merezca fe un certificado de matrimonio celebrado en el extranjero, debe de estar legalizado y si no está redactado en castellano, debe presentarse acompañado de su respectiva traducción.

7. EJECUTORIA SUPREMA DEL 9 DE SETIEMBRE DE 1971⁵⁴⁵

Vistos y CONSIDERANDO: Que los instrumentos públicos otorgados en el extranjero deben estar legalizados para merecerse; que si tales documentos están redactados en idioma extranjero deben presentarse acompañados de su respectiva traducción al castellano; que el certificado de matrimonio corriente a fs. ...carece de estas formalidades; declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., declara fundada la demanda de divorcio interpuesta por doña ...contra don ...; reformando la primera y revocando la segunda declararon sin lugar dicha demanda; sin costas, y los devolvieron.

- *Se debe declarar improcedente la demanda de exequatur, que pretenda la eficacia de un divorcio de extranjeros no domiciliados en el Perú.*

8. EJECUTORIA SUPREMA DEL 19 DE FEBRERO DE 1985⁵⁴⁶

La Corte Suprema declaró improcedente la demanda de divorcio, con lo expuesto por el Señor Fiscal que opinaba:

..., al amparo del Título XXIX del C. de P.C. solicita a la Corte Superior de Justicia de Piura que la sentencia de divorcio dictada por la Corte del Circuito del Quinto Circuito Judicial del Estado de Illinois en el Condado de Coles, Charleston, de los Estados Unidos de Norteamérica expedida el ...tenga eficacia en el Perú, lugar donde se celebró el matrimonio el ..., según la partida de fs. ...

Por sentencia de fs. ..., se declara infundada la demanda, lo que motiva el recurso de nulidad interpuesto por el mismo demandante.

Las disposiciones del art. 1158 del cuerpo legal acotado son aplicables a los peruanos y extranjeros "domiciliados en el Perú", que no es el caso de autos. Según la copia de la senten-

545 Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 332, Setiembre de 1971, pp. 1110-1111.

546 Exp. 527-84 / Piura.

cia obrante a fs. ..., debidamente traducida a fs. ..., fluye que la sentencia de divorcio fue dictada para personas que tenían establecido su domicilio conyugal en el Estado extranjero de Illinois quienes se sometieron expresamente a esa jurisdicción y obtuvieron la disolución del vínculo matrimonial por la causal de crueldad extrema y reiterada conforme a esa legislación, que no es el caso analizar, pero que tampoco es reñida con el orden público ni las buenas costumbres y lo que es más, guarda similitud con nuestra legislación que admite la disolución del vínculo matrimonial; la calidad de residente en esa ciudad extranjera del demandante, se ratifica con la copia fotostática debidamente legalizada obrante a fs. ...

Si el matrimonio de dos extranjeros, celebrado con arreglo a las leyes del país en el cual se verificó el acto, es válido en el Perú, no hay fundamento para negar la validez del divorcio de personas que han establecido su domicilio en el país donde se obtuvo el divorcio, por hechos constatados en el lugar donde se realizaron, tanto más si, según se desprende de la partida de fs. ...uno de los cónyuges, inclusive, tiene celebrado en 1978 nuevo matrimonio con persona distinta del demandante.

En consecuencia tiene fuerza legal en el Perú la sentencia de divorcio dictada por la Corte del 5º Circuito Judicial de Illinois, cuando se trate de matrimonio celebrado en el Perú con domicilio establecido en EE.UU. en cabal aplicación del art. V del Título Preliminar del C.C. de 1936 que señala que el estado de capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio.

Por estas consideraciones este Ministerio Público opina que HAY NULIDAD en la recurrida, y modificándola se declare fundada la demanda.

En lo referido al régimen para extranjeros, como puede deducirse del examen de la legislación y de la jurisprudencia presentada, no habrá mayor cambio en su regulación, al coincidir el criterio del domicilio como factor de conexión para el caso de extranjeros. Cabe anotar, la clara connotación que desde años atrás se asignaba al factor domicilio, comprendiéndose como domicilio conyugal aquél que los cónyuges habían formado de consuno, razón por la cual el contenido de las referidas ejecutorias conserva plena vigencia.

4.1.2. En relación a peruanos

- En el caso de peruanos que han contraído matrimonio en el extranjero, deben de inscribirlo en el consulado peruano de dicha República y en el registro de estado civil peruano; en caso contrario, el matrimonio no surte efectos civiles, declarándose improcedente la demanda de divorcio interpuesta.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 6 DE FEBRERO DE 1984⁵⁴⁷

La Corte Suprema, de conformidad con el Señor Fiscal, declaró improcedente la demanda.

...Conforme es de verse de la partida de matrimonio que en fotocopia legalizada obra a fs. ..., el matrimonio del cual se pide su disolución, ha sido contraído el ...por ante el Registro de Estado Civil de la Provincia de Tucumán de la República de Argentina, sin haberse registrado en el Consulado Peruano de dicha República, tal como lo dispone el art. 63 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Registros de Estado Civil, ni tampoco se ha cumplido con afectar la inscripción del referido matrimonio en el Registro del Estado Civil correspondiente conforme lo dispone expresamente el art. 64 del Reglamento antes citado por lo que, dicha partida de matrimonio no produce efectos civiles, por carecer de valor legal. Consecuentemente tal situación jurídica no concede acción, puesto que no puede acreditarse la existencia del matrimonio dentro de nuestro país; razón por la cual debe declararse la improcedencia de la presente acción, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto ...

- Declárese infundado el exequatur de divorcio invocado por cónyuge de nacionalidad peruana.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 11 DE MARZO DE 1981⁵⁴⁸

...que como se desprende de autos los demandantes, ambos de nacionalidad peruana, contrajeron matrimonio civil en Lima el ...;

547 Exp. 1077-83 / Arequipa

548 Exp. 3249-80 / Lima

que con posterioridad obtuvieron sentencia de divorcio en fallo pronunciado por un Tribunal del Condado de Dade, Estado de Florida, Estados Unidos de Norteamérica; que si bien esa sentencia puede producir plenos efectos en los Estados Unidos y quizás, inclusive, en otros países, aspecto en el cual no se ha pedido pronunciamiento de esta Corte ni es de su competencia, lo que se demanda en la presente acción es la eficacia en el Perú de dicha sentencia de divorcio, aspecto que está regulado por el Título Vigésimo Noveno del Código de Procedimientos Civiles contempla esta situación de manera expresa e inequívoca en su artículo 1158 que estipula que “no tienen fuerza en la República las resoluciones dictadas por un Tribunal extranjero que estatuyen sobre la condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú”, es decir, de los peruanos en todos los casos y de los extranjeros si están domiciliados en el Perú, como se ha interpretado por la Doctrina y la repetida Jurisprudencia de esta Corte Suprema, por lo que resulta totalmente irrelevante en este caso, el hecho de si se da o no la reciprocidad por parte de los Tribunales de los Estados Unidos de Norteamérica en el reconocimiento de los fallos peruanos: declararon NO HABER NULIDAD en la resolución de vista de fs. ..., su fecha ..., que declara improcedente la demanda de exequatur entendiéndose tal declaración como INFUNDADA en los seguidos ...

- Prevalece lo estipulado por los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados sobre normas de Derecho Interno, por lo que debe declararse fundado el exequatur sobre divorcio solicitado.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 16 DE NOVIEMBRE DE 1984⁵⁴⁹

La Corte Suprema declaró fundado el exequatur mientras que el Ministerio Público sostuvo lo contrario, veamos el texto del dictamen fiscal y la ejecutoria suprema.

Dictamen Fiscal:

A fs. ..., doña ..., como apoderada de ..., solicita se declare que la sentencia que disolvió el matrimonio de su mandante, con doña ..., expedita por la Segunda Circunscripción Décima

549 Exp. 521-84 / Lima.

Cuarta Nominación de Rosario-Argentina, su fecha ..., tenga fuerza de ley en la República Peruana. Funda su solicitud en los arts. 1155, 1159 y 1161 del C. de P.C. y el Tratado Internacional de Montevideo de 1889.

Admitida la solicitud por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, corrió el traslado respectivo a doña ..., quien no absolvió el trámite primero por no habersele notificado con arreglo a ley, lo que dió margen a la Sala declarara su nulidad, pero mientras tanto el Sr. Fiscal Superior ya emitió el dictamen de fs. ...Regularizando el trámite, sin que tampoco contestara el traslado, la Sala pronunció la Resolución de fs. ..., declarando improcedente la solicitud, lo que da origen al recurso de nulidad de fs. ...

De conformidad con lo dispuesto por el art. V del Título Preliminar del C.C. concordante con el art. 1158 del C. de P.C., las sentencias dictadas por un Tribunal extranjero, que estatuyen sobre la condición civil, la capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú, no tienen fuerza legal en la República, porque dichas relaciones se rigen por la ley del domicilio, y siendo doña ...de nacionalidad peruana con domicilio en ..., deviene en improcedente la ejecución de la sentencia de fs. ..., sometida a Exequatur.

Ejecutoria Suprema:

Que los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros estados forman parte del derecho nacional y, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero por expresa declaración contenida en el art. 101 de la Constitución Política del Estado; que esta terminante disposición constitucional corrobora la provisión legal materia del ya antiguo Código de Procedimientos Civiles y contenida en su Art. 1155 en el sentido que las sentencias pronunciadas en países extranjeros tienen en la República la fuerza que les conceden los tratados respectivos, que en casos como el presente, antes que a la ley peruana, es preciso acudir a la de carácter internacional, si existiera ésta vinculando las legislaciones del país donde fuera expedida la sentencia con nuestro país, en el que se trata ésa de homologar; que, en esta virtud, cabe pues estudiarse las estipulaciones contenidas en el Tratado sobre Derecho Civil Internacional celebrado el doce de febrero de mil ochocientos ochentinueve, entre otros países, por el de la República Argen-

tina y por el de la República del Perú, aprobado en ésta por el Congreso de la República y dictado respecto de él, orden gubernativa de cumplimiento el cuatro de noviembre del mencionado año; que antes de efectuar el indicado estudio, es preciso apreciar primero: no haberse acreditado el hecho que en la República Argentina no se dé cumplimiento a los fallos de los tribunales peruanos, a fin de desestimar la aplicación de la disposición contenida en el art. 1157 del citado Código Adjetivo en el sentido que, de haberse acreditado ese supuesto, no tendría esa sentencia pronunciada por Juez argentino fuerza alguna en el Perú; segundo: la jerarquía de la norma, en el sentido de no haber contradicción alguna entre el citado dispositivo constitucional materia del numeral ciento uno y los numerales Quinto del Título Preliminar del Código Adjetivo en mención, desde que la Constitución en ese numeral ciento uno deja establecido con claridad: que el tratado prevalece sobre la ley y, aún cuando no existiera esa declaración expresa, de ofrecer aparente contradicción que no se percibe, el art. 87 de la propia Constitución establece que ésta prevalece sobre toda otra norma legal, como esas citadas disposiciones Quinta del Título Preliminar del Código Sustantivo y 1158 del Código Adjetivo y que se contraen a declarar que las resoluciones dictadas por un tribunal extranjero y que estatuyen sobre el estado, condición civil, capacidad personal o relaciones de familia de peruanos o extranjeros domiciliados en el Perú tampoco tienen fuerza en la República, disposiciones que, en virtud del principio de la jerarquía de la norma, no son aplicables por contraponerse a disposición constitucional expresa, y tercero: que la sentencia cuya homologación se pide no se encuentra dentro de alguna de las salvedades a que se refieren los arts. 1159 y 1160 del Código Adjetivo, respecto de las materias cuyo juzgamiento compete exclusivamente a los tribunales peruanos; que, acorde a las precedentes consideraciones, establecido que se trata de un asunto de Derecho Internacional Privado, deben apreciarse las pertinentes estipulaciones estatuidas en el precitado Tratado, de acuerdo a las siguientes normas básicas: primera que el tribunal o juzgado que expidió la sentencia tenga jurisdicción sobre el asunto implicado, segunda que dicho tribunal o juzgado tenga propia jurisdicción sobre la persona del demandado y, tercera que no haya habido fraude para obtener la sentencia; que respecto a la primera norma básica, si bien el art. 56 del citado Tratado establece que las acciones personales -como es la de separación o la del divorcio

de los cónyuges- deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio, la segunda parte del mismo artículo faculta igualmente a entablar este tipo de acción ante los jueces del domicilio del demandado y, de otra parte, el art. 62 del mismo Cuerpo Legal Internacional establece que el juicio sobre divorcio, como cualquiera otra cuestión que afecta las relaciones personales de los esposos, se iniciará ante el Juez del domicilio conyugal y, siendo así que del recurso no contradicho de fs. ..., mediante el cual la abogada del cónyuge argentino ..., debidamente autorizada por éste, según instrumentos tampoco impugnado de fs. ..., solicita la homologación que ahí indica, surge que el matrimonio del citado con la peruana ..., se contrajo en la ciudad de Lima ...y se fijó el hogar conyugal en la ciudad de Rosario, donde nació el hijo de ambos llamado ..., y, sin que exista prueba que acredite el hecho que la cónyuge cambiara desde entonces el lugar de su domicilio, constituido en esa ciudad argentina, al menos hasta la fecha de expedida la sentencia de cuya homologación se trata, o sea, hasta el ..., rebasando con exceso el término de dos años a que se refiere el art. 22 del Código Civil para tenerse por cambiado el domicilio por haber transcurrido ese lapso de residencia voluntaria en otro lugar, es de concluir que resulta pues ser el domicilio de ambos cónyuges el establecido en la ciudad argentina de Rosario, si se considera además que, de acuerdo con el Art. 8º del Tratado que se invoca, el domicilio de los cónyuges es el que tiene constituido el matrimonio y, en defecto de éste, se reputa por tal el del marido, por lo que el Juzgador argentino ha tenido jurisdicción sobre la acción personal entablada ante él, para aplicar la ley del domicilio conyugal que no es otra que la ley argentina; que respecto de la segunda norma básica es de considerar que ambos cónyuges, procediendo de mutuo acuerdo, se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Juzgado argentino con expreso asentimiento y acertadamente, porque si bien la primera parte del art. 12 del precitado Tratado establece que los derechos y deberes de los cónyuges, en todo cuanto afecte sus relaciones personales, se rigen por las leyes del domicilio matrimonial, la segunda parte de este mismo artículo dispone que, si los cónyuges mudaron de domicilio, dichos deberes y derechos se regirán por las leyes del nuevo domicilio, constituido en el presente caso en la República Argentina y porque, además, el art. 13 del mismo Tratado dispone que la ley del domicilio, o sea la argentina, rige la sepa-

ración conyugal y la disolubilidad del matrimonio siempre que la causa alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró, siendo así que el mutuo disenso está admitido tanto en la República Argentina, como en la República del Perú como causal y, por tanto como ambos cónyuges tienen la mutua condición de demandantes, por mutuo consentimiento tiene también la condición de demandados y como tales, han quedado sujetos a la ley y a la jurisdicción argentina que ellos mismos han prorrogado; que, finalmente, en cuanto a la tercera norma básica, no se precisa reclamación previa, para investigación judicial argentina alguna, tendente a declarar que no hubo fraude para obtener la sentencia a homologar, no solo porque la inexistencia de fraude resulta de manifiesto sino por cuanto de las copias certificadas, las que respecto al requisito de legalización cumplen con lo dispuesto en los arts. 3° y 4° del otro Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, también del 1889, surge de aquéllas que el asunto versa sobre una causa de mutuo disenso que, como tal, exige a los cónyuges la conjunta presentación y suscripción de la demanda, lo que se ha cumplido según se aprecia a fs. ..., siendo también que ambos fueron notificados, pues se hicieron presentes en las dos audiencias de conciliación que se llevaron formalmente a cabo, según se aprecia a fs. ..., aunque sin resultado positivo, sin perjuicio de considerar además que los principios de Derecho Internacional Privado, más aún cuando respecto de éste existe tratado que vincula a dos países hermanos, se asientan en la base de la mutua fe y del mutuo disenso crédito del actuar judicial en el Estado originario, al que en todo caso correspondería denunciar la existencia de ese fraude que no se percibe, ni ha sido denunciado; que si bien en autos no se ha presentado la partida de matrimonio de los cónyuges, no es de necesidad este requisito, en el presente caso, en el que lo que se pide es la homologación de una sentencia de divorcio que no se hubiera expedido si la autoridad judicial del país originario no la hubiera tenido a la vista, como en efecto la tuvo, tal como resulta del primer considerando de ese fallo corriente a fs. ..., y en el que se expresa, textualmente: "que con el certificado obrante a fs. ...se acredita el vínculo matrimonial y transcurso del plazo requerido por la citada norma", desde que ilógico sería declarar el divorcio si no se hubiera acreditado el matrimonio, por lo que no resulta congruente en este extremo el dictamen del Señor Fiscal Superior Provisional Adjunto en lo Civil de Lima corriente a fs. ...y de conformidad con

el cual se ha pronunciado la resolución recurrida; que la sentencia expedida en el Estado originario ha pasado en autoridad de cosa juzgada es un hecho, pues de lo contrario no se hubiera expeditado copia autorizada con arreglo a ley y legalizada de acuerdo al precitado Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo para la finalidad que ahora se solicita; que la sentencia expedida el ...en la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe de la República Argentina, se ha basado en lo dispuesto por el art. 67 de la Ley de Matrimonio Civil en vigor en dicho país, pero al haberse declarado en dicho fallo “el divorcio de los cónyuges”, debe entenderse tal declaración como de divorcio limitado y no absoluto desde que la solicitante, como apoderada del cónyuge, no ha acreditado lo contrario para lograr que la homologación que pide se efectúe como divorcio absoluto, pudiendo haberlo hecho sin duda alguna en el caso que la ley argentina así lo dispusiera, bastando para ello que dicha apoderada solicitante se hubiera acogido al art. 11° del Título Preliminar del Código Civil para acreditar la existencia de dicha ley extranjera y su sentido; que en virtud de las consideraciones expuestas se encuentra de justicia amparar la solicitud, pero limitando la homologación únicamente a la separación de los cónyuges; declararon: HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fs. ..., su fecha ..., que declara improcedente la solicitud de fs. ...; revocándola: declararon FUNDADA en parte dicha solicitud y, en consecuencia: que la sentencia expedida por el Juzgado Civil y Comercial de la Segunda Circunscripción, décimo cuarta Nominación de la Ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe de la República Argentina, su fecha ..., en el juicio por mutuo consentimiento seguido en ese país por ...y ..., tiene fuerza en la República a efecto de que se inscriba sólo el divorcio limitado, únicamente a la separación legal de los cónyuges, quedando subsistente el vínculo matrimonial contraído en el Perú el ...y disuelta la sociedad conyugal; MANDARON se archive lo actuado con arreglo a lo dispuesto en el art. 1165 del Código de Procedimientos Civiles, con copia del dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Civil y de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.

La primera ejecutoria es sumamente clara al establecer que, para que el matrimonio de peruanos celebrado en el extranjero tenga efectos legales, en nuestro país, debe de haberse cumplido con las formalidades del caso, inscribirlo en el consulado peruano del lugar de celebración del matrimonio y al retornar al nuestro

debe inscribirse en los registros de estado civil, exigencia que como se ha apreciado no es necesaria en el caso de extranjeros.

La segunda resolución, que deniega la demanda de exequatur, por tratarse de cónyuges peruanos, ha sido la interpretación uniforme que la jurisprudencia aplicara durante la vigencia del C.C. de 1936. A través de ella, se puede considerar la trascendencia de los cambios operados en nuestra ley, al adoptarse como criterio único el domicilio, abandonando el de nacionalidad para los peruanos, que como dijéramos creaba más de una incomodidad al exigir un doble procedimiento.

La solución actual de las causas será inversa a la que los magistrados peruanos han venido disponiendo, ya no podrá denegarse de plano este tipo de procesos, sino que habrá de examinarse en cada caso si ha de proceder o no, pudiendo darse lugar ciertos excesos, como posteriormente se anotará.

La tercera ejecutoria planteó un caso interesante de aplicación del Tratado de Montevideo de 1889, que a excepción de la regla enunciada en la resolución anterior, declaró fundado el exequatur de separación de cuerpos por mutuo disenso de un nacional, en virtud a que la aplicación del Tratado Internacional prevalece respecto a los nacionales de los países que lo ratificaron sobre lo que regulara la ley peruana.

El Tratado de Montevideo, de 1889, fue suscrito por el Perú, Uruguay, Bolivia, Paraguay y Argentina. En estos países, cuando el divorcio, o en su caso la separación de cuerpos, era declarada por uno de ellos, si el juez era competente y se habían cumplido los requisitos de fondo y forma, pese a resolverse sobre el estado civil de un nacional, los tribunales peruanos estaban obligados a reconocer y ejecutar el fallo extranjero.

De acuerdo al Código Civil, esta resolución excepcional se generaliza, ya que tanto para extranjeros como para peruanos se emplea el criterio del domicilio. El inconveniente que conserva el referido tratado, es su definición obsoleta y contraria a nuestro derecho de la determinación del domicilio conyugal en vista de la potestad marital.

Se requiere, al respecto, una renovación legal internacional a fin de uniformizar posiciones, al menos a nivel de los países de América Latina. La Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado sobre el domicilio de personas físicas de 1979, que anteriormente mencionáramos, ha dado el primer paso. Perú, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay y Venezuela han suscrito dicho tratado. El Perú lo ha ratificado, derogando en ese aspecto a los tratados de La Habana y Montevideo, con relación a aquellos Estados que lo han ratificado, pero que aún no son la mayoría.

4.2. Relativa al Código Civil vigente

- *No habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carece de derecho a interponer acción de divorcio ante los tribunales peruanos, conforme a la norma contenida en el art. 2081 del Código Civil.*

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 28 DE MAYO DE 1990⁵⁵⁰

La Corte Suprema de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal declaró:

El actor solicita la disolución del vínculo conyugal en razón de que la emplazada ha incurrido en la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

Sostienen que contrajeron matrimonio el 29 de noviembre de 1967 por ante el Registro Civil de la ciudad de Puente Alto, República de Chile, el mismo que fue inscrito en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, llegando a procrear un menor y constituyendo el hogar conyugal en la ciudad de Barcelona en España; hasta que en el año de 1972 sin motivo justificable hizo abandono del hogar regresando en el mes de julio de 1977 durante un mes para luego abandonarlo. Fundamenta su acción en el inc. 5 del art. 333 del C.C.

550 Exp. 581 - 87 / Lima.

Citadas las partes a comparendo, esta diligencia se llevó a cabo a fs. 44, con asistencia del apoderado de la demandada el mismo que niega y contradice la demanda en todas sus partes manifestando que ella viaja a la ciudad de Chile con consentimiento de su esposo y que al regresar al hogar su esposo se lo impidió.

El abandono injustificado del hogar conyugal, como causal de divorcio, requiere de dos requisitos esenciales y fundamentales. El primero que evidentemente se haya constituido el hogar conyugal, y el segundo, que es como consecuencia de aquel, que producido el abandono, exista en el cónyuge que lo practicó, la intención de sustraerse a las obligaciones y cumplimiento de deberes emergentes del matrimonio.

A este respecto, el art. 33 del C.C., señala que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar; y más concretamente para el caso materia de autos, el numeral 36 del mismo Cuerpo de leyes, define al domicilio conyugal, como aquel en que los cónyuges viven de consuno o en su defecto, el último que compartieron.

Bajo esta premisa, y, de la revisión y examen de lo actuado, se llega a la conclusión que el actor no ofrece prueba idónea suficiente, de que haya constituido el hogar conyugal en el Perú, toda vez que en su recurso de demanda, señala que por razones de trabajo residieron en la ciudad de Barcelona hasta marzo de 1972, y que en julio de 1977, ambos residieron en esta capital, sin señalar de modo concreto y específico, el tiempo que duró este hogar en el Perú, resultando irrelevantes para el caso, las testimoniales de fs. 149, 150, 151 y 152, al margen de que las mismas resultan demasiado escuetas, sin mayor explicación de sus dichos.

Aún cuando en el comparendo, la emplazada a través de su apoderado, admite haber vivido en esta ciudad con el demandante; éste no aporta elemento probatorio idóneo de que se hubiese constituido el domicilio legal en la forma que precisan las citas legales ya glosadas, al margen de que de las instrumentales que en fotocopia obran a fs. 84 y 114, no observados por el demandante, es éste quien se dirige a la demandada con expresiones de una separación definitiva entre ellos. Cabe agregar que el reconocimiento que del primer documento se lleva a cabo a fs. 108, carece de mayor significación, por cuanto

no era el llamado a hacerlo según mandato de fs. 88, y porque de otro lado, el apoderado del actor como es obvio no podía reconocer como suya una firma que no le pertenece.

Cabe significar por otra parte que no habiéndose acreditado fehacientemente la constitución del domicilio conyugal en el Perú, el demandante carecería de derecho a interponer la presente acción ante los Tribunales Peruanos, conforme a la norma contenida en el art. 2081 del C.C.

Al margen de las consideraciones expuestas, y habida cuenta que el matrimonio se celebró en la República de Chile; a la fecha de la interposición de la demanda (29 de abril de 1985) dicho acto no se encontraba inscrito en los Registros de Estado Civil del Perú, lo que recién se hace según la partida de fs. 172, el 8 de setiembre de 1986, el actor por su condición de ciudadano peruano, se encontraba imposibilitado de reclamar derecho alguno.

- *No procede el divorcio de peruanos que no constituyeron domicilio conyugal en el Perú*

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 07 DE JUNIO DE 1991 ⁵⁵¹

La Corte Suprema resolvió de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal que señalaba:

En la demanda de fs. 2, el actor interpone acción de divorcio, por las causales de injuria grave y abandono injustificado de la casa conyugal; manifestando, haber contraído matrimonio con la demandada el 14 de abril de 1976, habiendo sido designado a los pocos días Embajador en ..., viajando sólo; que el año 1977 mediante ruegos logró que la emplazada lo visitara por tres meses, sin haber tenido relaciones íntimas durante ese tiempo; que en suma de los 9 años de casados, solamente han llevado vida en común 4 meses, haciendo cada uno su vida independiente; que al retornar el actor al país en 1977, la demandada se negó a retornar al hogar conyugal, hasta el día de hoy; que anteriormente han seguido dos procesos de divorcio,

551 Exp. 1910-90 / Lima

no habiéndose resuelto en ninguno de ellos el fondo del litigio; que no habiendo procreado hijos, no habiendo adquirido bienes y no existiendo vida en común por decisión de la demandada, en concreto no hay nada que los una.

A fs. 5, aparece el acta de la diligencia de comparendo, en la que el actor se ratifica en los extremos de la demanda; la demandada deduce las excepciones de cosa juzgada y de prescripción, manifestando que los hechos en que apoya la demanda, ya ha sido materia de los procesos anteriores seguidos entre las partes ante el Sexto y el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima; y que el tiempo transcurrido de los imaginarios hechos que esgrime el demandante, ya ha transcurrido más del tiempo señalado en la Ley; que constestando la demanda la niega y la contradice en todos sus extremos; ya que no cabe la causal de abandono injustificado de la casa conyugal, cuando por culpa exclusiva y voluntad expresa del demandante, ya que solamente permaneció tres meses al lado del actor en ..., y por iniciativa del demandante regresó a Lima a casa de sus padres y a los pocos días el demandante envió una maleta con algunas pertenencias de la emplazada y le comunicó que daba por finalizado el matrimonio; que con ayuda de familiares y amigos logró retornar a ...el 05 de febrero de 1977, el actor manifestó estar padeciendo una fuerte depresión y que la persona indicada para acompañarlo era su madre y como en esa circunstancia murió un hermano de la emplazada aceptó retornar a Lima el 05 de marzo de 1977, para lo cual se suscribió un acta de convenio matrimonial, con lo cual el actor demostraba que no actuaba dolosamente; sosteniendo nutrida correspondencia con el demandante intercambio de regalos y revistas; que posteriormente solicitó retornar al lado del actor, recibiendo como respuesta una demanda de divorcio por la causal de injuria grave y de esa fecha es una sucesión de causas de divorcio por diversas causales. A fs. 13 se continua la diligencia, en la que el apoderado del actor constestando el traslado de las excepciones deducidas, manifestó que la causal que se argumenta no es la que invocó el actor en los procesos anteriores y que continuando la separación de los cónyuges deben desestimarse las excepciones deducidas. Seguidamente prestó confesión la demandada la misma que no aporta nada nuevo que merituar. En el proceso acumulado no corre la partida de matrimonio de los cónyuges, obrando la misma a fs. 30 del expediente acompañado No. 350-83, seguido entre las partes, sobre divorcio, ante el Sexto Juzgado en lo Civil.

A fs. 437, ..., interpone demanda de divorcio contra ..., por la causal de conducta deshonrosa; desistiéndose de la acción a fs. 503, amparada por auto de fs. 504, con fecha 06 de febrero de 1989.

Tramitada la causa conforme a su naturaleza, el Juzgado de origen emite sentencia a fs. 510/512, declarando improcedente las excepciones de cosa juzgada y de prescripción deducidas en el comparendo, improcedente la demanda por la causal de injuria grave e infundada por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal.

A fs. 529, obra la sentencia de segunda instancia que confirma la apelada.

Del estudio y análisis de autos y los acompañados que se tienen a la vista, queda fehacientemente acreditado que los cónyuges en conflicto no establecieron hogar conyugal en el territorio de la República y que la demandada retorno al país de mutuo acuerdo con el actor, como aparece de la instrumental que corre a fs. 101; en consecuencia no puede haber ocurrido abandono del hogar conyugal, invocado como causal en la acción incoada; igualmente la causal de injuria grave no ha sido acreditada en la secuela del proceso.

Finalmente se resolvió improcedente la demanda de divorcio, no obstante dos Vocales Supremos fundamentaron sus votos en contra de la siguiente manera:

Que el matrimonio, como unión concertada voluntariamente por un varón y una mujer y amparada por la ley (artículo doscientos treinticuatro del Código Civil) no es simple contrato ya que de él dimanar relaciones jurídicas permanentes que rebasan el interés de los contrayentes para comprender la sociedad misma, surgiendo verdaderos vínculos de afecto entre marido y mujer que revisten también carácter ético trascendentes también a la familia y al grupo social; que en el caso sub litis, de la partida corriente a fojas tres del expediente sobre divorcio absoluto seguido ante el Noveno Juzgado en lo Civil de Lima que se tiene a la vista, aparece que demandante y demandada contrajeron matrimonio el catorce de abril de mil novecientos setentiséis ante el Concejo Distrital de Miraflores (Lima) fluyendo del tenor de la demanda de fojas dos y respuesta que doña ...dá a fojas trece vuelta a la primera pregunta del pliego de posiciones de fojas ocho que ella sólo permaneció en el hogar común alrededor de tres meses añadiendo, al contestar las

preguntas tercera y quinta, que sigue separada de su cónyuge y que ni siquiera sabe donde éste reside; que si bien responsabiliza de la separación a su esposo señalando que con fecha tres de marzo de mil novecientos setentisiete suscribieron en Budapest (Hungría) el documento corriente a fojas ciento uno mediante el que convienen el viaje de la cónyuge a Lima "por una temporada" por motivos familiares y de salud, también lo es que esa situación temporaria no puede convertirse en indefinida hasta el extremo de afectar, sustancialmente, la institución matrimonial, la misma que obliga a la cohabitación y ayuda mutua como se desprende de los artículos doscientos ochentiocho y doscientos ochentinueve del mencionado Código; que, de otro lado, aparece del expediente sobre alimentos que también se tiene a la vista, que doña ..., año y medio después de suscribir el aludido documento, inició a su esposo acción alimentaria en cuya demanda precisa que el domicilio conyugal fue efectivamente, fijado en ...; que ella "de común acuerdo" vino a Lima el siete de marzo de mil novecientos setentisiete desde cuya fecha reside en esta Capital, con la expresa circunstancia que reclamó pensión en cantidad suficiente para mantener su "status de vida" que le irroga gastos considerables, dándose el caso de que, con fecha diez de abril de mil novecientos ochentiséis esto es, ocho años después, solicita aumento de alimentos como también es de verse del acompañado, infiriéndose de todo ello que la demandada no cumplió con sus deberes de esposa y menos hizo vida común con su cónyuge quien, por razones poderosas (función diplomática en el extranjero) necesariamente tuvo que residir en los lugares de su destino, poniendo de manifiesto voluntad de sustraerse a esos deberes pues prefirió recurrir a acciones judiciales de alimentos, en Lima, para vivir con la comodidad inherente -según expresa- a su rango social, situación jurídica ésta que no puede compatibilizarse con los altos fines del matrimonio y sin que del proceso se desprendan elementos de juicio para presumir que don...incurrió en abuso del derecho para impedir a su esposa que se restituyera a la casa conyugal; que, finalmente, habiendo transcurrido mas de catorce años desde la celebración del matrimonio y no habiendo éste cumplido su finalidad, no existe interés social ni práctico o jurídico que aconseje mantener lo ya roto por la fuerza de lo ocurrido y el ánimo de los esposos; NUESTRO VOTO es porque se declare HABER NULIDAD en la sentencia de fojas quinientos veintinueve, en cuanto confirmando la apelada de fojas quinientos diez, declara in-

fundada la demanda interpuesta por don ...con doña ..., sobre divorcio por la causal de abandono injustificado de la casa conyugal; reformando la resolución recurrida y revocando la de primera instancia en este extremo, se declare FUNDADA la referida demanda por dicha causal...

Los tribunales nacionales deben considerar la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero, inscrito en el Consulado peruano respectivo.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 4 DE FEBRERO DE 1993⁵⁵²

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

...que obra a fojas cuarenta la inscripción del matrimonio celebrado por ambas partes en el Consulado del Perú en la República de Colombia, la misma que debe ser apreciada por el inferior, a fin de preservar la instancia plural como garantía constitucional en la administración de justicia; que por lo expuesto y en uso de la facultad contenida en el artículo mil ochentisiete del Código de Procedimientos Civiles: declararon NULA la sentencia de vista ...MANDARON que la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, expida nuevo fallo conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución;

De otro lado el Ministerio Público sostuvo:

Don ...y doña ...interponen a fs. 05 demanda de separación de cuerpos por mutuo disenso, afirmando que contrajeron matrimonio civil y religioso el 31 de julio de 1982 en la ciudad de Medellín, Colombia, que no han procreado hijos y que no han adquirido bien susceptible de partición. Consientes que desean dar por terminado el régimen de sociedad de gananciales. Amparan su demanda en el inc. 11° del art. 333 del Código Civil.

El comparendo se realiza con la presencia de ambas partes, quienes se afirman y ratifican en todos los extremos de su demanda.

Concluídos los trámites de ley, a fs. 12 se dicta sentencia de primera instancia declarándose improcedente la demanda. Por sentencia de vista de fs. 39 se confirmó la apelada.

552 Exp. 104 - 92 / Lima

No habiéndose satisfecho el requisito de procedibilidad consistente en inscribir el matrimonio celebrado por una peruana en el extranjero en los Registros de Estado Civil del domicilio común en el Perú, como lo exige el art. 64 del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de los Registros de Estado Civil, la demanda deviene en improcedente.

No enerva los fundamentos expuestos la legislación de la firma de la Notaría Cuarta del Distrito de Medellín por la Cónsul A.H. del Perú en esa ciudad, que obra a fs. 4, ni el documento consular de fs. 43, que constituye una mera constancia del matrimonio celebrado en Medellín-Colombia.

Es necesario acreditar que el derecho peruano es el aplicable a la relación jurídica en litigio o su vinculación con el territorio de la República, para que pueda admitirse el sometimiento de las partes a la jurisdicción nacional.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 14 DE SETIEMBRE DE 1993⁵⁵³

La Corte Suprema de conformidad en parte con lo opinado por el Fiscal estimó:

Que de acuerdo al artículo dos mil setentitrés del Código Civil, los tribunales peruanos son competentes para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas entre otras, al estado de las personas naturales aún contra personas domiciliadas en el extranjero cuando el derecho peruano es aplicable según las normas de Derecho Internacional Privado o cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción, siempre que la causa tenga una efectiva vinculación con el territorio de la República; que el artículo dos mil cincuentiocho del mismo cuerpo normativo establece la competencia jurisdiccional de los tribunales peruanos para conocer las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional, lo cual no se cumple en el presente caso, pues, se encuentra debidamente acreditado que ambos cónyuges radican en el extranjero, por lo que el primero de los supuestos señalados por el artículo dos mil sesenta y tres no se da en el caso de au-

553 Exp. 320 - 93 / Lima.

tos; que el segundo de dichos supuestos tampoco se cumple debido a que no se ha acreditado vinculación alguna con el territorio de la República, muy por el contrario consta en autos que todos los bienes que posee la sociedad conyugal se encuentran en el extranjero; que de acuerdo al artículo dos mil ochentiuno, las leyes aplicables al divorcio, se rigen por la del domicilio conyugal; que de la documentación presentada en autos se encuentra debidamente acreditado que el domicilio conyugal de las partes se encuentra en los Estados Unidos de Norte América, por lo que tampoco es aplicable al presente caso las leyes peruanas: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de vista de fojas doscientos diez, su fecha treintiuno de marzo de mil novecientos noventidós, que confirmando en parte la apelada de fojas cincuenticuatro, su fecha veintitrés de agosto de mil novecientos noventiuno, declara fundada la demanda de fojas tres y no seis como erróneamente se ha consignado, con lo demás que contiene; REFORMANDO la primera y REVOCANDO la segunda; declararon IMPROCEDENTE la referida demanda; en los seguidos por ...con ... sobre divorcio absoluto; y los devolvieron.

El Dictamen Fiscal sostuvo:

Es materia del recurso de nulidad, la resolución de vista de fs. 210 que confirma la sentencia apelada de fs. 54 en cuanto declara fundada en parte la demanda interpuesta a fs. 6, y en consecuencia disuelto el vínculo matrimonial contraído por ...y ...por las causales de sevicia, atentado contra la vida del cónyuge e injuria grave, y sin lugar la demanda por la causal de conducta deshonrosa; dispusieron, revocando en este extremo la apelada, que el menor ..., quede en poder y bajo la conducción de su progenitora pudiendo el demandante visitarlo los días martes y jueves de seis a ocho de la noche, sacarlo del hogar materno el primer y tercer domingo de cada mes, entre las diez de la mañana y las cuatro de la tarde, establecieron como pensión alimenticia a favor del menor la suma de cincuenta nuevos soles y precisaron que los gananciales perdidos por la emplazada son los que proceden de los bienes del otro cónyuge.

Del análisis y revisión de los actuados aparece que el demandante está solicitando la disolución del vínculo matrimonial que lo une a la demandada por haber incurrido ésta en la comisión de las causales previstas en los incs. 2°, 3°, 4° y 6° del

art. 333 del Código Civil, esto es sevicia, atentado contra la vida del cónyuge, injuria grave y conducta deshonrosa, ofreciendo para acreditar los fundamentos de su demanda los documentos de fs. 27, 28, 29 y 30.

Los de fs. 28 y 29 son certificaciones policiales de las denuncias presentadas por éste con fecha 17 de julio de 1991, la primera por abandono de hogar de su esposa y la segunda es prácticamente una petición para que se constate el retiro voluntario de sus prendas personales del domicilio de los padres de su esposa; siendo los documentos de fs. 29 y 30 fotocopias de una denuncia presentada en la Fiscalía Provincial de Turno de Lima, y la otra una solicitud de garantías presentada a la Prefectura de esta misma ciudad, ambas con fecha 27 de junio de 1991, que por no estar legalizadas carecen de valor legal y además contienen solo el dicho del denunciante sin que se haya demostrado la veracidad de los hechos que en ellas se narran.

Que asimismo se ha ofrecido como prueba la declaración testimonial actuada a fs. 35, 36 y 37 con arreglo al pliego interrogatorio de fs. 34 de la cual se advierte que los declarantes se han limitado a responder monosílabas, sin dar mayor explicación o referencia de los hechos que se les pregunta, los que por otro lado resultan expuestos en forma genérica en las preguntas que contiene el pliego, sin indicaciones de fechas, lugares o transcripción de frases que se han considerado injuriosas o descripción de las lesiones inferidas.

Que, con relación a la confesión de la demandada, se debe dejar constancia que según los asientos de notificación de fs. 32 vta. y 33, la resolución admitiendo dicha prueba fue notificada a ésta en ..., San Miguel, el día 31 de julio de 1991, fecha en la cual no se encontraba en el país, según consta del certificado de movimiento migratorio que obra a fs. 80, por lo que al no haber sido notificada personalmente no obstante haberse exigido su confesión personal, no puede surtir ningún efecto legal en su contra.

Que es evidente que la prueba actuada no ha sido debidamente analizada, de ahí que se haya amparado la demanda del actor, pues de ninguna de ellas se infiere que se haya ocasionado intencionalmente al accionante grave daño físico que haya puesto en riesgo su vida, o que por lo menos haya sido vícti-

ma de agresiones leves por parte de su cónyuge, menos aún que ésta le haya proferido ofensas, insultos o palabras vejatorias, que hayan lesionado su dignidad, su decoro o buena reputación, etc. que hagan insoportable la vida en común, advirtiéndose mas bien de los documentos de fs. 84 a 104, de 144 a 204 el carácter agresivo del actor y el hecho de haberse encontrado comprometido en diferentes investigaciones policiales por la comisión de hechos delictivos.

Que con relación a las notificaciones de la demandada con la resolución admisorio de la demanda es de advertir que el asiento de la notificación aparece firmada por ésta, con fecha 1° de julio de 1991, oportunidad en la que se encontraba en el país según consta de la certificación de su movimiento migratorio que obra a fs. 80 y estando además al hecho de haber salido a juicio mediante apoderado y haber hecho uso de su derecho a la defensa, no es procedente la nulidad de actuados que propone, por así disponerlo el inciso 1° y 3° del artículo 1086 del Código de Procedimientos Civiles.

Por las consideraciones expuesta, esta Fiscalía es de la opinión que HAY NULIDAD en la recurrida, la que reformándose y revocando la sentencia de primera instancia, deberá declararse INFUNDADA la demanda de fs. 6 en todos sus extremos.

El pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tiene para hacerlo.

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 17 DE AGOSTO DE 1998⁵⁵⁴

FUNDAMENTOS DEL RECURSO: el recurrente sustenta el recurso de casación en los incisos segundo y tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal Civil referidos a las causales de inaplicación de una norma de derecho material y la contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señalando que el Organismo Jurisdiccional admitió, tramitó y resolvió la demanda contraviniendo el artículo sesenticuatro del Registro de Estado Civil y el artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú, afectando su derecho al debido proceso; CONSIDERANDO: Primero.-

554 Casación N° 2530-97/Lima

Que, concedido el recurso de casación a fojas seiscientos cincuentinueve, mediante resolución de fecha veintiséis de enero último se ha declarado su procedencia únicamente por la causal del inciso tercero del acotado; Segundo.- Que para la validez en el territorio nacional, del matrimonio celebrado por un peruano en el extranjero, es indispensable que éste sea escrito con las formalidades de ley en el Registro de Estado Civil del Perú, así como lo informaba el derogado artículo sesenticuatro del Reglamento de Organización y Funciones de los Registros de Estado Civil, de fecha quince de julio de mil novecientos treintisiete, y lo que establecen actualmente los artículos cuarentisiete y cuarentiocho del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Decreto Supremo número cero quince-veintiocho- PCM, de fecha veintiséis de abril último, normas que encuentran concordancia en el artículo cuatrocientos cincuenta del Reglamento Consular del Perú número cero cero cero dos - RE/ mil novecientos setentinueve; Tercero.-Que además, la copia certificada de la partida del Registro de Estado Civil constituye la prueba del matrimonio y deberá presentarse para reclamar los efectos civiles de éste, como lo establece de manera expresa el artículo doscientos sensentinueve del Código Civil; Cuarto.- Que, el argumento central del impugnante para alegar la contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso radica en que la Sala ha admitido la copia certificada de la partida de matrimonio debidamente inscrita, como una subsanación, considerando un medio probatorio después de dos años de presentada la demanda, en infracción de las normas antes citadas; Quinto.- Que, si bien al interponerse la demanda de divorcio por causal con fecha veinte de mayo de mil novecientos novecuatro, el documento que acreditaba el vínculo matrimonial era el certificado de matrimonio expedido por la Corte de Tulsa, Oklahoma, Estados Unidos de Norteamérica, que aún no había sido inscrito conforme a las precisiones efectuadas en los considerandos precedentes, dicha deficiencia no fue cuestionada por el impugnante mediante la articulación procesal o medio de defensa pertinente, razón por la cual con fecha veintinueve de agosto del mismo año se declaró saneado el proceso y válida la relación judicial procesal existente, decisión que no fue impugnada por las partes, quedando firme; Sexto.-Que, el cumplimiento de lo ordenado por el A quo en la audiencia de fecha once de febrero de mil novecientos noventisiete, se cumplió con presentar copia certificada de la partida de matrimonio, inscrita con las formalidades de la Ley, en el Registro de Estado Civil correspondiente, decisión que tampoco

fue impugnada por el demandado; Sétimo.-Que, si bien es cierto las formalidades previstas en el Código Procesal Civil son imperativas también lo es que el juzgador como director del proceso tiene la potestad de adecuar tales exigencias formales para el logro de los fines del proceso; en consecuencia, si bien éste se inició afectado por un vicio sustancial, dicha irregularidad no fue advertida y menos cuestionada por el impugnante, por lo que con la inscripción de la misma y su incorporación válida al proceso se ha producido la convalidación de dicho vicio, que ha hecho viable la expedición de fallos válidos y jurídicamente posibles; Octavo.- Que siendo ello así, es evidente que la sentencia de vista no ha incurrido en violación alguna de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, por lo que no presentándose la causal casatoria prevista en el inciso tercero del artículo trescientos ochentiséis del Código Procesal mencionado; de conformidad con lo dispuesto en el artículo trescientos noentisiete del mismo Código: declararon INFUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas ..., su fecha ...,

4.3. Reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio extranjeras

Hemos conjeturado sobre algunos casos hipotéticos, que podrían presentarse de iniciarse en nuestro país una acción de divorcio que suponga una relación jurídica internacional. Pero, pensemos en el caso inverso, es decir, ¿Cómo operaba y opera el reconocimiento y ejecución de sentencia de divorcio pronunciadas en el extranjero?

“Llámesese exequatur al procedimiento que conduce a admitir judicialmente la fuerza obligatoria en un país de una sentencia dictada en un país extranjero ...

En principio la comunidad jurídica internacional exige el reconocimiento de la validez de la sentencia extranjera, pero el orden local se reserva un poder de control o de revisión antes de prestarle la fuerza para su cumplimiento. Esto lleva a distinguir

los efectos extraterritoriales de la decisión judicial extranjera según que haya obtenido o no el exequatur”.⁵⁵⁵

El procedimiento de exequatur se encuentra previsto en el Código Procesal Civil artículos 837 al 840 en concordancia a los artículos 2102 al 2105 del Código Civil.

4.3.1 La reciprocidad como requisito para la homologación de sentencias extranjeras

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 1989⁵⁵⁶

La Corte Suprema de conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal declaró:

...la solicitud de Exequátur o resolución judicial de reconocimiento de sentencia extranjera, presentada por..., al Presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, a fin de que sirva declarar haber fuerza legal en el Perú de la sentencia expedida por el Tribunal de Relaciones Familiares de Delaware del Condado de New Castle (The Family of the State of Delaware) de los Estados Unidos de Norteamérica, de una demanda de divorcio interpuesta por ... contra el recurrente, que terminó con fecha 22 de julio de 1980 ordenando “DISOLVER LOS LAZOS MATRIMONIALES ENTRE LA DEMANDANTE Y EL DEMANDADO”. Acompaña como recaudo, la partida de matrimonio civil de las partes y la sentencia expedida por el referido Tribunal, con su respectiva traducción al Castellano, realizada por Traductora Pública Juramentada, corriente a fs. 2 a 6. Ampara su acción en lo prescrito por los arts. 2050, 2081 y 2082 del Código Civil y los arts. 1155 y 1159 del Código de Procedimientos Civiles.

Dictado el admisorio se corre traslado a la parte demandada por el término de ley; al no ser absuelto por ésta, se tiene por cumplido dicho trámite en su rebeldía según resolución de fs. 10.

555 Ministerio de Relaciones Exteriores, Ejecución y Reconocimiento de Sentencias Extranjeras. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 1995, p.13

556 Alberto Retamozo y Ana María Ponce, Op. Cit. pp.107 - 108.

A fs. 15, obra el Oficio N.4-1-c/001 del Ministerio de Relaciones Exteriores, en respuesta al cursado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el que da cuenta que no existe ningún convenio suscrito entre el Gobierno del Perú y el de los Estados Unidos de Norteamérica, que regule la ejecución de resoluciones de Divorcio emitidas entre ambos países.

Tramitado el expediente, conforme a su naturaleza, se dicta sentencia a fs.19 declarando improcedente el exequátur planteado de fs.7, por lo que el actor solicitante interpone recurso de nulidad.

Del estudio y análisis de los actuados y de la legislación sobre la materia se infiere:

1. Las sentencias extranjeras tienen en el Perú el valor que les conceden los tratados. (art.2102 Cód. Civ. Primera Parte y art. 1155 del Cód. Proc. Civ).
2. No existe tratado suscrito entre Perú y Estados Unidos de América sobre ejecución de sentencias.
3. Si no hay tratado con el país en el que se pronunció la sentencia, tiene ésta la misma fuerza que en aquel país se da a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos (art.2102 Cód. Civ. Segunda Parte y art. 1156 Cód. Proc. Civ).
4. En conclusión, al no existir tratado sobre esta materia, es indispensable acreditar que en el Estado de Delaware, Condado de New Castle de los Estados Unidos de Norteamérica, de donde proviene la sentencia, rige el principio de reciprocidad con relación a las sentencias expedidas en el Perú; y, la prueba en este caso incumbe al solicitante interesado. Es menester tener presente en este caso, que el sistema jurídico imperante en los EE.UU. es el Anglosajón (asumido por los países del "Common Law") en el que el derecho no es codificado como el nuestro, sino jurisprudencial, por lo que la reciprocidad a probarse será mediante sentencias jurisprudenciales; pero puede darse el caso de que el Tribunal de ese Estado, no haya ejecutado ninguna sentencia expedida por los Tribunales Peruanos, en tal virtud, lo que debe demostrarse es que se ejecutan los fallos extranjeros y que por lo tanto podría ejecutarse un fallo peruano.

Se declaró IMPROCEDENTE el exequatur planteado.

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 26 DE MARZO DE 1993 ⁵⁵⁷

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el exequatur o procedimiento judicial para la homologación de sentencias extranjeras, tiene por finalidad darle fuerza ejecutiva en el Perú al fallo pronunciado en el extranjero con la finalidad de evitar la duplicidad judicial o en aras del principio internacional de la reciprocidad o también denominado “de cortesía internacional”; que, es por ello que en el presente procedimiento la autoridad jurisprudencial peruana se limita a reconocer fuerza ejecutiva -o negársela en su caso- a dicho fallo siempre que concurran determinados presupuestos, desde que por el mismo principio no se puede -no es el lugar- para declarar la nulidad de lo fallado en el exterior, no se puede revisar el fondo de la sentencia a homologar, pues ello contraría el espíritu mismo del exequatur haciendo del propio proceso homologante la duplicación que, la prueba de la reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa, desde que es la no reciprocidad la que debe ser acreditada, no al contrario; que, de conformidad con la Teoría General de la Prueba, los hechos negativos no pueden ser acreditados, invirtiéndose la carga de la prueba hacia los hechos positivos; que, en consecuencia, el inciso octavo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que es la no reciprocidad la que determina la improcedencia del exequatur y, por lo tanto, la que debe ser acreditada por el que lo contradice, de manera tal que a falta de contradicción, debe presumirse *juris tantum* que, por el propio principio de cortesía internacional ya referido, existe reciprocidad máxime si la reciprocidad judicial se da en cada caso, no existe un estado permanente de reciprocidad, no forma alguna de autoridad extranjera que certifique dicho requisito; que las exigencias legales deben ser racionales y razonables de manera tal que no puede plantear una que, siendo de imposible cumplimiento determine la inexistencia fáctica de una institución jurídica que el ordenamiento jurídico consagra, como es en este caso, el procedimiento judicial de homologación de sentencias extranjeras, o también denomi-

557 Exp. 453 - 90 / Lima.

nado exequatur; que estando a las previsiones antes expuestas de tal manera, que al haberse cumplido con las exigencias legales previstas por el artículo mil ciento cincuentinueve del Código de Procedimientos Civiles, conforme es de verse de fojas tres a treinta; procede amparar la solicitud de fojas treintiuno; y, estando a lo prescrito por los artículos dos mil ochentiuno, dos mil ochentidós y dos mil ciento cuatro, inciso cuarto del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la apelada ...que declara improcedente la solicitud ...revocándola la declararon FUNDADA y, en consecuencia que la sentencia de divorcio expedida en los seguidos por ...con ..., a que se contrae el documento de fojas tres a treinta, ante el Juzgado Primero de lo Familiar de la Heroica Puebla de Zaragoza, Ciudad de México tiene fuerza en el Perú; MANDARON: se cursen los partes respectivos, para su anotación en el Registro del Estado Civil del Concejo Distrital de San Isidro (partida número trescientos cincuenta), del veintisiete de octubre de mil novecientos sesenticuatro, así como al Registro Personal de los Registros Públicos; en los seguidos por ... con ...sobre exequatur; y los devolvieron.

El Ministerio Público en el mismo sentido opinó:

Viene para vista fiscal, la causa seguida por doña ..., sobre exequatur.

La actora solicita a fs. 31, el reconocimiento de la sentencia de divorcio que puso fin al vínculo matrimonial con don ..., emitida por los Tribunales de Justicia Mejicanos de la ciudad de Puebla.

De fs. 4 a 29, obran los actuados respecto al juicio de divorcio por mutuo consentimiento que siguieran doña ...y don ...ante el Juez Primero de lo Familiar de la ciudad de Puebla.

A fs. 34, aparece la partida de matrimonio de las partes, ceremonia realizada ante la Municipalidad de San Isidro.

A fs. 40, la Sala emite sentencia que declara improcedente la solicitud de exequatur, lo que motiva el recurso de apelación que interpone ...

Siendo uno de los requisitos para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, además de los que señalan los arts. 2102 y 2103 del Código Civil, es que se pruebe la reciprocidad, conforme lo señala el art. 2104 inc. 8º, y apareciendo de los actuados que la solicitante no ha cumplido con acreditarla, por lo cual no resulta amparable la presente solicitud.

Por lo expuesto, este Despacho es de opinión que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 7 DE MAYO DE 1993 ⁵⁵⁸

La Corte Suprema con lo expuesto por el Señor Fiscal declaró:

Que el exequatur o procedimiento judicial para la homologación de sentencias extranjeras, tiene por finalidad darle fuerza ejecutiva en el Perú al fallo pronunciado en el extranjero con la finalidad de evitar la duplicidad judicial o en aras del principio internacional de la reciprocidad o también denominado "de cortesía internacional"; que, es por ello que en el presente procedimiento la autoridad jurisdiccional peruana se limita a reconocer fuerza ejecutiva -o negársela en su caso- a dicho fallo siempre que por el mismo principio no se puede -no es el lugar- para declarar la nulidad de lo fallado en el exterior, no se puede revisar el fondo de la sentencia a homologar, pues ello contraría el espíritu mismo del exequatur haciendo del propio proceso homologante la duplicación; que, la prueba de la reciprocidad constituye en esencia una prueba negativa, desde que es la no reciprocidad la que debe ser acreditada, no al contrario; que, de conformidad con la Teoría General de la Prueba, los hechos negativos no pueden ser acreditados, invirtiéndose la carga de la prueba hacia los hechos positivos; que, en consecuencia, el inciso octavo del artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil debe ser interpretado en el sentido de que es la no reciprocidad la que determina la improcedencia del exequatur y, por lo tanto, la que debe ser acreditada por el que lo contradice, de manera tal que a falta de contradicción, deber presumirse *juris tantum* que, por el propio principio de cortesía internacional ya referido, existe reciprocidad máxime si la reciprocidad judicial se da en cada caso, no existe un estado permanente de reciprocidad, no forma alguna de autoridad extranjera que certifique dicho requisito; que las exigencias legales deben ser racionales y razonables de manera tal que no puede plantear una que, siendo de imposible cumplimiento determine la inexistencia fáctica de una institución jurídica que el ordenamiento jurídico consagra, como es en este caso, el procedimiento judicial de homologación de sentencias extranjeras, o también denominado exequatur; que estando a las previsiones antes expuestas de tal manera, que al haberse cumplido con las exigencias legales previstas por el artículo

mil ciento cincuentinueve del Código de Procedimientos Civiles, conforme es de verse de fojas dos a siete; procede amparar la solicitud de fojas once; y, estando a lo prescrito por los artículos dos mil ochentiuno, dos mil ochentidós y dos mil ciento cuatro, inciso cuarto del Código Civil: declararon HABER NULIDAD en la apelada de fojas treinta, su fecha quince de abril de mil novecientos ochentiocho, que declara improcedente la solicitud de fojas once; revocándola la declararon FUNDADA y, en consecuencia que la sentencia de divorcio expedida en los seguidos por ...con ..., a que se contrae el documento de fojas dos a siete, traducida de fojas cuatro a siete, ante la Corte Superior de Miami, Condado de Dade, Estado de Florida, de los Estados Unidos de Norteamérica tiene fuerza en el Perú...

En el mismo sentido el Ministerio Público opinó:

Viene para vista fiscal, el exequatur planteado por doña ...a fin que se reconozca en el Perú, la sentencia que declara la disolución de su vínculo matrimonial, contraído con ..., expedida por la Corte de Circuito del Décimo Primer Circuito Judicial del Condado de Dade, Estado de Florida, Exp. N° 85-52088 FC17.

El art. 1156 del Código de Procedimientos Civiles, al igual que los arts. 2102 y 2104, inc. 8° del Código Civil establecen que si no existe tratado con la nación en que se ha pronunciado sentencia, ésta tiene la misma fuerza que en aquel país se dá a las sentencias pronunciadas por los tribunales peruanos, así mismo, el art. 1162 del Código de Procedimientos Civiles establece que corresponde al accionante probar la reciprocidad existente entre ambos países; en el caso de autos, no existe tratado entre Perú y Estados Unidos de América sobre la ejecución de las sentencias pronunciadas por Juzgados y Tribunales de ese país, por tanto, o tienen fuerza legal en el Perú y para su reconocimiento el demandante debe probar la reciprocidad existente, de acuerdo a las normas anotadas.

Por otro lado, es preciso indicar que la resolución de vista que declara improcedente la solicitud de fs. 4, se refiere única y exclusivamente a la falta de cumplimiento del art. 1156 del Código de Procedimientos Civiles por parte del accionante a fin de reconocerse la referida sentencia en el Perú; que la accionante confunde la competencia jurisdiccional, la ley aplicable prevista en títulos distintos del Código Civil con el reconocimiento

de sentencias extranjeras señalados en el Título III del Libro X del mismo cuerpo de leyes.

Por las consideraciones expuestas, este Ministerio Público opina que NO HAY NULIDAD en la recurrida.

En materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras el Código Procesal Civil introduce una modificación sustancial en cuanto a los requisitos para la homologación de estos fallos, al establecer que se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, correspondiendo la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.

En este aspecto, conservaría plena vigencia el sentido en el cual se pronunciaron las dos últimas ejecutorias.

4.3.2 Selección de Resoluciones de Exequatur

- El derecho al divorcio o la separación de cuerpos se rige por la ley del domicilio conyugal.

1. EJECUTORIA SUPREMA DEL 25 DE OCTUBRE DE 1996⁵⁵⁹

DICTAMEN FISCAL:

Es materia del Recurso de Apelación la Resolución de fojas 107 que declara Procedente el petitorio de fojas 33 y, en consecuencia, que tiene fuerza y validez legal en el Perú la Sentencia de fojas 11/14, 15/19 pronunciada el 25 de agosto de 1994 por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo, República Dominicana, que disuelve el vínculo matrimonial existente entre don HAM y doña CIR a que se contrae la Partida de Matrimonio de fojas 10, en los seguidos por Ham sobre Reconocimiento de Sentencia Extranjera en el Perú. De la revisión de los actuados se advierte que el objeto de la pretensión del solicitante es el reconocimiento de la Sentencia Civil N° 61994 de fecha 25 de

559 Diálogo con la Jurisprudencia N° 6 Año III p. 133-135

agosto de 1994, expedida por el Juez de Primera Instancia del Distrito Nacional de Santo Domingo, República Dominicana, mediante la cual se declara el “Divorcio Final y Definitivo” entre el peticionario y su cónyuge CIR por la causal de incompatibilidad de caracteres y, en consecuencia, disuelto el Matrimonio que contrajeron el 27 de junio de 1976, ante el Juez de Circuito en la ciudad de Chicago, Condado de Cook, Estado de Illinois, Estados Unidos de Norteamérica. Conforme con lo dispuesto por el artículo 2104 del Código Civil, para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103 del mismo ordenamiento, que se haya cumplido con determinadas condiciones, entre ellas la contenida en el inciso segundo del citado artículo, referida a la Competencia de los Tribunales Extranjeros para conocer el asunto de acuerdo a las normas de Derecho Internacional Privado y a los Principios Generales de la Competencia Procesal Internacional. Los artículos 2102 y 2103 del Código Civil dan a las Sentencias Extranjeras la fuerza que le conceden los tratados y, a falta de ellos, la que en el país extranjero se da a las sentencias pronunciadas por los Tribunales Peruanos. Habiendo suscrito el Perú y la República Dominicana el Código de Derecho Internacional Privado o Código Bustamante y las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado I y II de Panamá (1975) y Montevideo (1979), que fueron ratificadas por el Perú mediante Decreto Ley N° 22953 del 15 de Marzo de 1980, constituyen la base legal aplicable al caso. El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que forma parte del CIDIP, establece que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras, tendrán eficacia extraterritorial en los Estados Partes si reúnen determinadas condiciones, siendo una de ellas la contenida en el inciso d), esto es: “Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deben surtir efecto”, norma esta que guarda perfecta concordancia con el citado artículo 2104 de nuestro Código Civil. Ahora bien, con relación a la Competencia Jurisdiccional Internacional Privada, el artículo 2057 del Código Civil determina que “Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional”, vinculándose por tanto la competencia con el hecho objetivo del domicilio, el que de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre este particular se determina por el lugar de la residencia

habitual o del centro principal de los negocios y, tratándose de cónyuges, está determinado según el artículo 4 por el lugar en el cual éstos vivan de consuno, norma que ha sido recogida por los artículos 36 y 2081 de nuestro Código Civil. Que siendo así y apareciendo del Acta de Audiencia y Declaración Judicial de fojas 95 a 98 que el solicitante ha declarado al responder la primera y segunda preguntas del Pliego de fojas 94 que el último domicilio conyugal ha estado ubicado en la calle ... de la Urbanización San Ignacio de Monterrico del Distrito de Surco de la Provincia de Lima-Perú y asimismo al responder la tercera pregunta del mismo pliego, que su trabajo habitual está en el Colegio ... de esta ciudad y por ende que reside en el Perú, los Jueces Peruanos son los competentes para conocer de la Disolución del Vínculo Matrimonial que lo une a doña ...

En consecuencia, la petición de fojas 33 NO ES PROCEDENTE, desde que las normas de la República Dominicana, que amparan o sustentan el fallo cuyo reconocimiento se solicita, lesionan principios generales de competencia procesal internacional. Además, porque no aparece en autos que las partes de este proceso hayan tenido algún vínculo real con los tribunales de ese país, pues nunca residieron en dicho lugar y, el solo hecho de que el peticionario haya viajado al mismo para tramitar su divorcio, no hace surgir dicha vinculación. Por tanto, esta Fiscalía es de opinión que se REVOQUE la Sentencia Apelada y se declare IMPROCEDENTE la solicitud de fojas 33.

La Corte Suprema opinó:

VISTOS; De conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal Supremo en lo Civil; Y CONSIDERANDO: Que, conforme es de apreciarse de fojas treintitrés el actor solicita el reconocimiento y consiguiente ejecución de la Resolución Judicial emitida en el extranjero, respecto de la sentencia judicial de divorcio número sesentitú mil novecientos noventa y cuatro por la Cámara en lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de la República Dominicana, de fecha veinticinco de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, que disuelve el vínculo matrimonial del recurrente con doña CIR; Que, por escrito de fojas setentinueve la emplazada ha formulado contradicción en base a la competencia jurisdiccional por razón de domicilio, que si bien de acuerdo al artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República se requiere además de los requisitos

previstos en los artículos dos mil ciento dos y dos mil ciento tres, los requisitos que la propia disposición legal señala, lo es también que el derecho al divorcio o a la separación de cuerpos se rigen por la ley del domicilio como lo indica el artículo dos mil ochentiuño del Código Civil; que, abona esta consideración lo previsto en el artículo dos mil setenta del Código Civil cuando establece que el estado y la capacidad de la persona natural se rigen por la ley del domicilio, agregando dicha norma legal que el cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley de domicilio; Que, la propia declaración de parte actuada en la audiencia de fojas noventicinco consta de modo incontrovertible que el domicilio conyugal fue fijado en la calle ..., San Ignacio de Monterrico, Surco Lima, que, de igual forma, el actor es domiciliado y residente en el Perú en la calle ..., Surco, Lima Perú, tal como fluye de la sentencia de fojas quince, materia de reconocimiento judicial; Que, la residencia temporal en la ciudad de Costa Rica, no se ajusta a los requisitos señalados para hacer viable la solicitud de su propósito: que, por estas razones: REVOCARON la sentencia recurrida a fojas ciento seis, su fecha veintiuno de setiembre de mil novecientos noventicinco, que declara procedente la petición de fojas treintitrés, y dispone que tiene la fuerza y validez legal en el Perú, la sentencia pronunciada el veinticinco de agosto de mil novecientos noventicuatro por la Cámara de lo Civil y Comercial de la Quinta Circunscripción del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Nacional de la República Dominicana, con lo demás que a este respecto contiene; REFORMANDOLA, declararon IMPROCEDENTE la solicitud de fojas treintitrés; en los seguidos por don HAM con CIR sobre Exéquatur y los devolvieron.

- El convenio de conciliación no puede ser materia de reconocimiento toda vez que no se trata propiamente de una sentencia, por lo que carece de objeto pronunciarse en este sentido".

2. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1998⁵⁶⁰

DICTAMEN FISCAL:

Señor Presidente:

... interpone recurso de apelación contra la resolución de fecha 10 de julio de 1998, a fojas 83, que declara improcedente la solicitud

560 Casación N° 50-98/Lima

de la recurrente sobre reconocimiento de “los autos de los hechos, conclusiones de ley, sentencia de divorcio, convenio de conciliación y acuerdo” (sic), seguidos ante la Corte Suprema de Nueva York-Condado de Kings, Estados Unidos de Norteamérica, con ... sobre divorcio. Atendiendo a que, el artículo 2102° del Código Civil señala que sólo las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en el Perú la fuerza que les conceden los tratados respectivos, resulta improcedente el petitorio de la recurrente por estar dirigido a que el órgano jurisdiccional peruano reconozca un convenio que no tiene la calidad de sentencia y que tampoco se encuentra incorporado a la sentencia expedida con fecha 10 de junio de 1992, por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings; por lo que este Ministerio es de opinión que se declare INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto.

La Sala Suprema se pronunció:

VISTOS; con lo opinado por el Señor Fiscal; y ATENDIENDO: 1°) Que de conformidad con el artículo dos mil ciento dos del Código Civil sólo las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros tienen en la República la fuerza que le conceden los tratados respectivos; 2°) Que de la solicitud de fojas treintiséis aparece que la recurrente solicita en forma expresa el reconocimiento de la sentencia de fecha diez de junio de mil novecientos noventidós, expedida por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, Condado de Kings, denominada Autos de los Hechos- conclusiones de Ley- Sentencia de divorcio, así como del Convenio de Conciliación y Acuerdo de fecha diecinueve de diciembre de mil novecientos noventiséis, celebrado entre las partes; 3°) Que en cuanto al reconocimiento de la sentencia extranjera antes referida, cuya copia íntegra corre de fojas ocho a diecisiete, se aprecia que la misma se encuentra debidamente legalizada y traducida oficialmente al castellano, de conformidad con el artículo dos mil diecisiete del citado Código sustantivo; 4°) Que asimismo, la solicitud de exequatur cumple con los requisitos previsto en el artículo dos mil catorce del citado Código ya que del documento de fojas dieciocho, Convenio de Conciliación y Acuerdo en su primer punto, se extrae la conclusión que la sentencia sub-materia tiene la autoridad de cosa juzgada, al convenirse que no se formulará ningún reclamo sobre la validez de la sentencia de divorcio; 5°) Que de acuerdo a lo que prescribe el artículo ochocientos treintiocho del Código Procesal Civil se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos

arbitrales pronunciados en el Perú, correspondiendo la prueba negativa a quién niegue la reciprocidad, presunción que no ha sido desvirtuado en autos, por lo que cabe amparar la solicitud de fojas treintiséis, en cuanto al reconocimiento de la sentencia extranjera; 6º) Que el Convenio de Conciliación y Acuerdo del diez de diciembre de mil novecientos noventiséis, tiene efectos entre las partes, y no puede ser materia de reconocimiento toda vez que no se trata propiamente de una sentencia, por lo que carece de objeto pronunciarse sobre este extremo:

REVOCARON la resolución de fojas ochentitrés, su fecha diez de julio de mil novecientos noventaiocho, que declara improcedente la solicitud de fojas treintiséis, subsanada a fojas cuarentiocho, REFORMANDOLA declararon FUNDADA dicha solicitud sobre reconocimiento de sentencia extranjera; en consecuencia se reconoce los efectos legales a que se contrae las sentencia extranjera de fecha diez de junio de mil novecientos noventidós, expedida por la Corte Suprema del Estado de Nueva York Condado de Kings, denominada autos de los Hechos-conclusiones de Ley-Sentencia de divorcio; SIN OBJETO pronunciarse sobre el extremo referido al reconocimiento del Convenio de Conciliación y Acuerdo, en los seguidos con don ..., sobre reconocimiento de sentencia extranjera; ENTREGUESE las copias certificadas del expediente al interesado; manteniéndose el original en el archivo de la Sala de origen; y los devolvieron.

- El pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo.

3. EJECUTORIA SUPREMA DEL 20 DE NOVIEMBRE DE 1998⁵⁶¹

CONSIDERANDO: 1º) Que conforme al Artículo ciento setentiséis del Código Procesal Civil, el pedido de nulidad debe formularse en la primera oportunidad que el perjudicado tuviera para hacerlo; 2º) Que, tanto la apoderada del demandante como la demandada, comparecen en juicio en nombre de sus respectivos poderdantes, y si bien en esos apersonamientos, no hacen declaración expresa de aceptación, tal formalidad omitida no fue observada por ninguna de las partes en cuanto conocieron el defecto, por lo que se operó la convalidación tácita prevista en el tercer párrafo del artículo ciento setentidós del

561 Casación N° 55-98/Lima

Código Procesal Civil, a más de que no influye en el sentido de la resolución prevista en el párrafo siguiente de ese artículo; 3º) Por estos fundamentos, CONFIRMARON la sentencia de vista ..., su fecha quince de julio de mil novecientos noventa y ocho, que declara fundada la solicitud de fojas doce subsanada a fojas ..., con lo demás que contiene; en los seguidos por ... con ... sobre reconocimiento de sentencia extranjera; y los devolvieron.

- Procede amparar la solicitud de exequatur de divorcio en el extremo que declara la disolución del vínculo, más no en cuanto dispone la transferencia de bienes ubicados en la República.

4. EJECUTORIA SUPREMA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1998⁵⁶²

DICTAMEN FISCAL:

Es materia del Recurso de Apelación interpuesto a fojas 288 a 234, por don ... al que se adhirió la parte demandante a fojas ..., la Sentencia de fojas ... dictada el ... por la ..., que declaró INFUNDADA la Contradicción efectuada por el emplazado ..., mediante escrito de fojas 58-59, ampliando a fojas 123 a 127, en el extremo que se sustenta en la existencia de una Sentencia anterior de Divorcio dictada por un Organismo Jurisdiccional extranjero; FUNDADA la referida contradicción respecto a que la solicitud pretenda resolver ambos asuntos de exclusiva competencia peruana y en consecuencia FUNDADA EN PARTE la demanda de fojas 26 a 29, subsanada a fojas 32, interpuesta por doña ..., representada por don ... y en CONSECUENCIA que tiene fuerza legal en el Perú la Sentencia de Divorcio, dictada por la Corte Suprema del Estado de Nueva York de los Estados Unidos de América con fecha 10 de Noviembre de 1997 que CONCEDE el Divorcio a ... y ... que se contrae la Partida de Matrimonio de fojas 22, asimismo, que tiene fuerza legal en el Perú, los extremos de la referida Sentencia, respecto a la custodia de los hijos habidos en el matrimonio, régimen de visita de los mismos y pensiones alimenticias señaladas e IMPROCEDENTE el extremo de la demanda en cuanto solicita el reconocimiento de la Sentencia materia de autos, referida a la designación de la demandante para que sea receptora sin pago de honorarios o registro de titularidad de las propiedades de la sociedad conyugal, así como para que en dicha con-

dición venda los citados bienes y que el asesor legal de la demandante conserve el saldo de los fondos de dicha venta en una cuenta con intereses hasta nueva orden del Organismo Jurisdiccional extranjero que expidió la referida Sentencia. De la revisión del expediente, se advierte que la solicitud de fojas 26 a 29, subsanada a fojas 32, interpuesta por doña ..., mediante la cual pretende el reconocimiento en el Perú de la Sentencia de Divorcio dictada el 10 de Noviembre de 1997, por la Corte Suprema del Estado de Nueva York, de los Estados Unidos de Norteamérica (fojas 12 a 17) traducida oficialmente a fojas 1 a 11, que disuelve el vínculo matrimonial que contrajeron el 4 de Abril de 1978 en la ciudad de Queens del Estado de Nueva York (Estados Unidos) don ... y doña ..., que se refiere el documento de fojas 22, reúne en parte los requisitos exigidos por el artículo 2104 del Código Civil, como puntualiza acertadamente en la Sentencia de fojas 163 a 165, la que ha sido dictada con arreglo a ley, debiendo anotarse que de conformidad con el artículo 838 del Código Procesal Civil, se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, resultando asimismo de aplicación el artículo 2081 del Código Civil, que establece que el derecho al divorcio y a la separación se rigen por la ley del domicilio conyugal, ya que doña ... y don ... tuvieron como domicilio conyugal en la ciudad de Nueva York de los Estados Unidos de Norteamérica.

La Corte Suprema se pronuncia:

VISTOS; por sus fundamentos, y de conformidad con lo opinado por la señorita Fiscal; y CONSIDERANDO además: 1º) Que doña ... comparece representada por don ..., según poder ... 2º) Que los documentos relativos a una sentencia expedida por la Corte Suprema de la Mancomunidad de las Bahamas, que corren de fojas cuarenta a cuarentiocho, no pueden ser apreciados, pues las sentencias extranjeras para tener valor en el Perú deben ser homologadas judicialmente, además que, como se aprecia de la sentencia expedida por la Corte del Estado de Nueva York del tres de noviembre de mil novecientos noventa y siete, de cuyo reconocimiento se trata, en su último considerando rechaza y no reconoce la sentencia de la Corte de Bahamas, por las razones que indica, de tal manera que se trata de la reiteración de un argumento que fue analizado y resuelto, y no hay interpretación errónea del artículo doscientos treinta y cinco del Código Procesal

Civil; 3º) Que el emplazado no ha probado que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada suspendida por una autoridad competente del país en que se dictó, y la certificación expedida lleva constancia de haber sido archivada, por lo que satisfice las exigencias de los artículos dos mil ciento cuatro inciso cuarto del Código Civil, cuatrocientos veintitrés inciso cuarto del Código de Bustamante; 4º) Que la sentencia de vista señala con toda precisión cual es la parte de la sentencia a la que se le da fuerza legal en el Perú; 5º) Que conforme al artículo dos mil cincuentiocho inciso primero del Código Civil, la competencia de los Tribunales del Perú es exclusiva tratándose de derechos reales sobre bienes situados en la República, y a fojas sesentiuno la parte actora reconoce que actualmente sigue un proceso de separación de patrimonios ante el Segundo Juzgado de Familia de Lima, como resulta también de las copias de foja cien a ciento seis y ciento cuarentiséis a ciento cincuentitrés; CONFIRMARON la sentencia apelada de ... del ... declarando INFUNDADA la contradicción efectuada por la emplazada a fojas ..., en el extremo que se sustenta en la existencia de una sentencia anterior de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional extranjero; con lo demás que contiene y es materia del recurso; ...

- No procede otorgar el exequatur de un divorcio declarado en el extranjero por causales no previstas en la Ley Nacional, por cuanto las normas relativas al matrimonio y la familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público y por ende, de cumplimiento obligatorio.

5. EJECUTORIA SUPREMA DEL 21 DE DICIEMBRE DE 1998⁵⁶³

DICTAMEN FISCAL:

De la revisión del expediente, se advierte que la solicitud de ... interpuesta por don... en nombre y representación de doña ..., mediante la cual pretende el reconocimiento en el Perú de la Sentencia de Divorcio dictada el 5 de Diciembre de 1996, por la Corte Superior del Condado de Fulton, del Estado de Georgia de los Estados Unidos de América (fojas 26 a 35)traducida oficialmente a fojas 7 a 25, que disuelve el vínculo matrimonial que contrajeron el 8 de Mayo de 1981, ante el Concejo Distrital de San Isidro (Lima-Perú) don ... y doña ..., a que se refiere el

563 Casación N° 59-98/Lima

documento de fojas 36, reúne los requisitos exigidos por el artículo 2104 del Código Civil, como se señala correctamente en la Sentencia de fojas 59-60 debiendo anotarse que de conformidad con el artículo 838 del Código Procesal Civil, se presume que existe reciprocidad respecto a la fuerza que se da en el extranjero a las sentencias o laudos pronunciados en el Perú, resultando asimismo de aplicación el artículo 2081 del Código Civil ya que las partes tuvieron como domicilio conyugal en el Condado de Fulton (Estado de Georgia de los Estados Unidos de América). Por lo tanto, la Primera Fiscalía Suprema en lo Civil, es de Opinión que debe CONFIRMARSE la Sentencia apelada a fojas ..., de fecha ...

La Corte Suprema resuelve:

VISTOS; con lo expuesto por la Señorita Fiscal Supremo, y CONSIDERANDO: 1º) Que, son principios del derecho internacional privado, recogido por nuestra legislación en el artículo dos mil ciento cuatro del Código Civil, que pueden homologarse sentencias expedidas por tribunales extranjeros, siempre que estas no resuelvan asuntos de competencia peruana exclusiva, que no sean contrarias al orden público, ni a las buenas costumbres, entre otras; 2º) Que, las normas relativas al matrimonio y familia como instituciones naturales y fundamentales de la sociedad, son de orden público y por ende, de cumplimiento obligatorio; 3º) Que, en el Perú las causales para demandar divorcio absoluto son *númerus clausus*, y no existe causal por incompatibilidad de caracteres y separación de hecho, que sirve de fundamento de la sentencia expedida por la Corte Superior del Condado de Fulton; 4º) Que, habiéndose celebrado el matrimonio en el Perú bajo su legislación, no puede accederse al divorcio por causales que no considera la misma; REVOCARON la sentencia apelada de fojas ... su fecha ..., que declara fundada la solicitud interpuesta por ... REFORMANDOLA declararon IMPROCEDENTE dicho pedido, en los seguidos con ... sobre *exequatur* ...

4.4. Efectos de las reformas legales operadas en esta materia

La consecuencia de mayor repercusión en este tema, es que los jueces nacionales de acuerdo al actual régimen legal, admiti-

rán divorcios que antes no prosperaban, el de los peruanos que hayan sido otorgados en el extranjero, según la ley de su domicilio, más, cabría preguntarnos ¿han de prosperar todos los divorcios que se amparan en la ley del domicilio?

Nuestros tribunales no permitirán la aplicación de la ley extranjera en dos casos:

- Excepción de orden público.- Está prevista en el art. 2049 que establece:

Las disposiciones de la ley extranjera pertinente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, serán excluidas sólo cuando su aplicación sea incompatible con el orden público internacional o con las buenas costumbres.

Rigen, en este caso, las normas de derecho interno peruano.

Concepto de orden público internacional, de alcances más restringidos que la tradicional excepción de orden público, que legislaba el art. X del Título Preliminar del C.C. de 1936, que señalaba genéricamente: "las leyes extranjeras no son aplicables cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres", que operaba cuando los magistrados consideraban transgredido el orden público de nuestro Estado y que no siempre puede afectar principios de orden internacional, ya que como expresa Alfonsín: "si bien todo precepto del Orden Público Internacional, es a fortiori de orden público interno, la inversa no es igualmente verdadera, por lo cual no basta con que una norma sea de Orden Público interno para fundar en ella una excepción de Orden Público Internacional"⁵⁶⁴

En tanto, el art. 2104, inc. 7º, se refiere específicamente a la ejecución de sentencias extranjeras en el país, no procediendo aquellas que sean violatorias del orden público y de las buenas costumbres.

564 Citado por Delia Revoredo de Debakey. Código Civil, Lima, Industria Avanzada, 1985, t. VI, p. 903

- Excepción de fraude de la ley.- El Código Civil de 1984 no la recoge de manera expresa, lo que resulta una grave omisión, y más en los casos de divorcio, donde se convierte en un peligro latente, porque los cónyuges pueden impedir la aplicación de nuestra ley, alterando maliciosamente el factor de conexión domicilio; logrando divorcios sin mayores exigencias y en tiempo récord en los llamados paraísos divorcistas, Santo Domingo, Estado de Morelos en México, Reno y Nevada en EE.UU., en donde la calificación de domiciliados y el divorcio es cuestión de pocos días.

La operatividad práctica de ambos medios deviene difícil, en especial la del fraude de la ley, por requerirse acreditar la intención fraudulenta que burle la aplicación de la ley debida.

Como se aprecia, el panorama jurídico en esta parte ha variado, el juez peruano va a tener que acoger divorcios declarados en el extranjero, que antes denegaba de plano -el de los peruanos-. Divorcios que podían darse en el país según nuestra ley, y en esos casos va a ser beneficioso porque va a evitar un doble trámite; pero también es posible que se introduzcan otros, que según nuestra reglamentación no se admitirían, ante los cuales en algunos casos será factible oponer las excepciones, mientras que en otros no podrán hacerlo y, por lo tanto, habrán de declararlos procedentes.

He ahí que el efecto no deseado, tal vez, el actualizar nuestros criterios legales, va a ser el de una posible apertura divorcista en este rubro. Más efectiva en ciertos niveles económicos y sociales, que la de las modificaciones introducidas en la parte sustantiva.