



MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

**Apellido y Nombres:
Felsen Matías Javier**

Título a obtener: Abogado

Facultad: Abogacía

Fecha: Febrero 2004

**Tutora: Doctora María Fabiana
Raveglia**

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaré un tema de importancia en la vida del hombre actual, tanto personal como patrimonial: El matrimonio y su aplicación en el derecho internacional.

Decimos importancia en la en la vida del hombre actual debido a la gran emigración de argentinos al exterior experimentada en los últimos años como consecuencia de la crisis sufrida no sólo económica, sino también social y jurídica. Esta situación trae como consecuencia que cuando se generan conflictos matrimoniales en el extranjero con personas que contrajeron enlace en el país, va a ser necesario dilucidar muchas cuestiones para saber qué derecho se va a aplicar y por qué, así como también de que forma se va a hacer.

Para el estudio de este tema es necesario en primer lugar una breve reseña del régimen legal argentino del matrimonio, lo que involucra una breve introducción sobre su concepto, análisis detallado de sus caracteres, requisitos internos y externos para su validez, sus efectos personales y patrimoniales y disolución del vínculo matrimonial.

Tan necesario como el estudio previo del matrimonio, es necesario otro análisis fundamental para lograr una correcta interpretación del tema y este análisis se basa en el estudio del Derecho Internacional Privado en sus aspectos generales.

Finalmente, una vez terminado de presentar el panorama, me avocaré al estudio del matrimonio en el Derecho Internacional Privado, su calificación, la ley aplicable a la validez y jurisdicción en caso de conflicto, inscripción de matrimonios celebrados en el

extranjero, ley aplicable a las relaciones personales y al régimen patrimonial del matrimonio. También nuestra labor, incluye un examen acerca de la separación personal y el divorcio sobre jurisdicción, ley aplicable al divorcio, los Tratados de Montevideo, el régimen internacional del divorcio y la eficacia extraterritorial de la separación personal y el divorcio decretado en el extranjero

CAPÍTULO I

MATRIMONIO

MATRIMONIO:

CONCEPTO:

Matrimonio: Es el acto de celebración, por el cual la unión se contrae. Este concepto está haciendo referencia a lo que la doctrina francesa conoce como matrimonio acto o matrimonio fuente. Pero matrimonio también es el estado o la situación jurídica que para los contrayentes deriva de ese acto de celebración, llamada por la doctrina antes mencionada matrimonio-Estado.

CARACTERES:

El matrimonio tiene características que lo determinan y que son comunes a todos los matrimonios. La primera de estas características es la unidad, que está dada por la comunidad de vida a la que se someten el marido y la mujer como consecuencia del vínculo que los liga. Para fortalecer ese vínculo la ley incorpora una división de trabajos y de las facultades, así como también impone que las decisiones más trascendentes sean adoptadas de común acuerdo entre ellos (por ejemplo, la autorización expresa de ambos padres para determinados actos relativos a la patria potestad). Otra de las características del matrimonio es la monogamia que implica la unión entre un solo hombre con una sola mujer. Se excluye toda forma de poligamia, ya sea la unión de un hombre con varias mujeres, o la unión de una mujer con varios hombres. La monogamia significa que la existencia de un vínculo matrimonial impide la constitución de

sucesivos vínculos mientras los anteriores no estuviesen disueltos o anulados. Otra característica es la estabilidad o permanencia en el sentido de que el matrimonio se contrae con la intención de que perdure en el tiempo (permanencia) y su estabilidad esta asegurada por la ley, la que sólo en circunstancias excepcionales permite su disolución. El último de los caracteres que la doctrina reconoce a los matrimonios es la legalidad. Al hablar de legalidad estamos haciendo referencia al acto por el cual se contrae matrimonio y la consecuente situación jurídica que surge para los contrayente de ese acto de celebración. Del matrimonio estado surge un estatuto legal forzoso del cual los contrayentes no se pueden apartar (por ejemplo el régimen de bienes que es legal imperativo y forzoso)

El estado protege al matrimonio que cumple con los requisitos, no le interesa proteger una pareja entre hombres por ejemplo, porque no cumple con los requisitos y la solución que le aplica a esto es la ineficacia; la que será originaria, si afecta al acto de celebración o sobreviviente cuando el problema se lleve a cabo durante el estado. Este último caso va a dar lugar al divorcio.

CONDICIONES DE VALIDEZ INTRÍNSECAS Y EXTRÍNSECAS:

Requisitos que exige el estado para que el matrimonio sea válido y surta efectos. La primera norma que encontramos sobre el tema en el código civil es el artículo 159 que dice que las condiciones

de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.-

Este principio de que se aplica la ley de celebración, prácticamente es un principio adoptado por la mayoría de los estados. Más allá que las partes luego modifiquen su domicilio.

Matrimonios no reconocidos por el estado Argentino: Según el art. 160, en nuestro país no se reconocerán matrimonios celebrados en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1,2,3,4 (de parentesco),6 (de ligámen) ó 7 (de crimen) del artículo 166.- Este artículo está en concordancia con los tratados de Montevideo de los años 1889 y 1940 que analizaremos detalladamente más adelante.

Requisitos intrínsecos del matrimonio:

- diversidad de sexo de los contrayentes
- consentimiento pleno y libre, prestado ante autoridad competente.
- ausencia de impedimentos

Los dos primeros requisitos van a dar lugar en caso de que no se cumplan a que se declare inexistente el matrimonio, en cambio la configuración de ciertos impedimentos y vicios del consentimiento dan lugar a la nulidad del mismo, y la de otros

impedimentos sólo dan lugar a la ilicitud que puede derivar en otro tipo de sanciones, pero no en la nulidad del matrimonio.

El acto al que le faltare al menos uno de estos requisitos no va a producir efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe. Tenemos como excepción a esto el matrimonio a distancia que bien podría darse en el ámbito internacional.

El consentimiento debe ser prestado personalmente. De no ser así los efectos no van a ser los mismos que si estuviera viciado, ya que dan lugar a distintas consecuencias. Si no hay consentimiento es inexistente.

Condiciones de validez:

a. Ausencia de impedimentos dirimentes

b. Ausencia de vicios

c. Posibilidad de consumación. El acto de matrimonio se perfecciona en el registro civil con la proclamación del jefe del registro civil y su transcripción en el acta de matrimonio. Nuestro código no exige que el matrimonio se consuma para perfeccionar el acto, pero una posibilidad para anular el matrimonio será la impotencia de uno o ambos contrayentes. Es decir nuestro código no lo pone como impedimento (porque es un problema muy personal, no cabría que uno se oponga o denuncie) pero al otorgar la posibilidad de anular sería como una condición de validez

d. Ausencia de impedimentos impeditivos

IMPEDIMENTOS¹:

Son hechos, circunstancias o situaciones que implican un obstáculo legal para la celebración del matrimonio, que pueden ser sancionados con la nulidad absoluta o relativa.

El código parte del principio, y con vistas a favorecer la celebración del matrimonio, de que toda persona está habilitada para contraer matrimonio, (por ejemplo: se presume la soltería) excepto las situaciones que están expresamente prevista en la ley. Es decir los impedimentos son taxativos, no pueden ser ampliados por vía de interpretación (al ser una sanción, como tal es de interpretación restrictiva).

Por lo tanto un sacerdote puede contraer matrimonio porque no está prohibido expresamente en el Art. 166

Clasificación:

1º) Diferencia entre impedimentos impedientes e impedimentos dirimentes, según la sanción a que dan lugar:

Impedimentos dirimentes: aquellos que impiden la celebración del matrimonio válido, y si el matrimonio se contrajere no obstante la prohibición de la ley, queda habilitada la acción de nulidad del matrimonio.

Impedimentos impedientes: No habilita el ejercicio de la acción de nulidad. Cumple más bien con una función preventiva o

¹ Balluscio Augusto Cesar, Requisitos intrínsecos. **En:** Belluscio Augusto Cesar. Manual de Derecho de familia. Sexta edición. Buenos Aires Editorial Depalma; 1996. pág 155-186.

correctiva. Si bien el oficial público que conoce un impedimento impediendo debe negarse a autorizar la celebración del matrimonio, una vez contraído es válido, y ninguna consecuencia jurídica produce su inobservancia.

2º) Los impedimentos pueden ser perpetuos o temporales, según el tiempo de vigencia:

Perpetuos: no desaparecen con el transcurso del tiempo (parentesco, de crimen)

Temporales: pueden desaparecer con el transcurso del tiempo (de edad, ligamen).

3º) Dispensables : pueden ser removidos mediante la autorización de contraer matrimonio (dispensa) otorgada por determinada autoridad.

Indispensables: no pueden ser removidos de manera alguna.

4º) Según las personas respecto de las cuales se aplica:

Absolutos: obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona (falta de edad mínima)

Relativos: sólo representan un obstáculo respecto de personas determinadas (parentesco).

Efectos de los impedimentos matrimoniales:

Los efectos operan en dos momentos diferentes:

1º) Antes de contraerse el matrimonio: actúa como causa de oposición a su celebración, y de denuncia de su existencia por parte de los legitimados a oponerse.-

Además es causa para que el oficial público suspenda la celebración del matrimonio.-

2º) Luego de su celebración: opera como causal de nulidad si es un impedimento dirimente o de aplicación de las sanciones civiles o penales. (Art. 134 a 137 del código penal; delitos contra el estado civil, Matrimonios ilegales bilaterales o unilaterales o la simulación del matrimonio)

Impedimentos dirimentes

Están enumerados en el art. 160 y como son una sanción legal su enumeración se entiende que es taxativa y es la siguiente:

Inc. 1º la consaguinidad entre ascendientes y descendientes, inc. 2º la consaguinidad entre hermanos o medios hermanos, inc. 4º la afinidad en línea recta en todos los grados y el inc. 3º el vínculo derivado de la adopción plena y simple en la forma que establece ese mismo artículo. A estos cuatro incisos se los conoce también como impedimentos en razón de parentesco.

El inciso 5º nos dice cuales son edades mínimas que deben tener los cónyuges y se lo conoce como impedimento de edad.

El 6º es el matrimonio anterior, mientras subsista (impedimento de ligamen).

El 7º haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges (impedimento del crimen)

El 8º la demencia y el 9º la sordomudez cuando no sepa

manifestarse por escrito o de otra manera, a lo que se le critica que si no puede manifestar su consentimiento (requisito de validez intrínseco) de ninguna manera, directamente va a ser inexistente el matrimonio porque una de las partes directamente no prestó consentimiento.

Dispensa judicial:

Se da cuando se pretende contraer matrimonio estando por debajo de la edad mínima legal, el código lo prevé con carácter excepcional y siempre que sea en el mejor interés del menor. El juez dispensa a los novios de la edad legal y permite que aún no teniendo esa edad se realice el matrimonio.

Está regulado en los artículos 167 a y es una excepción al impedimento del artículo 166 inciso 5 (de edad)

Disenso

Es un juicio que se lleva a cabo cuando los padres o tutores niegan la autorización para contraer matrimonio de sus hijos que tienen más de 18 el varón y más de 16 la mujer y menores de 21, porque si están por debajo la dispensa la otorga el juez directamente. El padre debe fundar su negativa en los motivos que establece la ley y no en otro. El juicio debe hacerse por la vía procesal más breve que prevea la ley local que en nuestra provincia es el juicio verbal y no actuado, en el cual el juez llama a las partes a una audiencia y resuelve sin dejar actuaciones.-

Impedimentos impeditivos:

1º) Impedimentos eugenésicos :

La eugenesia es la aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana ²

A través de ella se ha demostrado los resultados perjudiciales a los que conducen la procreaciones entre personas afectadas de enfermedades transmisibles, por ejemplo las venéreas, la lepra, la epilepsia, etc.-

Se han conocido en nuestro derecho dos clases de impedimentos eugenésicos, el de la lepra que estuvo legislada en la ley 11359 en su Art. 17, actualmente derogado por la 17711 ya que dictamino la Secretaría de Salud Pública de la Nación que ya no se justifica mantener este impedimento con el estado actual de los conocimientos científicos y técnicos.-

El otro, son las enfermedades venéreas en el periodo de contagio, se encuentra en el Art. 13 de la ley 12321 "No podrán contraer matrimonio las personas afectadas de enfermedades veneras en periodo de contagio"

Este impedimento no es dirimente ya que una vez que se consumó el matrimonio el daño ya se produjo. Por lo tanto el matrimonio será válido.

2º) Carencia de asentimiento de los representantes:

² Real Academia española. Diccionario. BusconRAE. Vigésimoprimer edición. Disponible desde URL: <http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>

Dice el art. 131 en su segundo párrafo que si los menores se hubieran casado sin autorización, no tendrán hasta los 21 años, la administración y disposición de los bienes recibidos a título gratuito. Se entiende que la autorización que habla es la del art. 168.

La sanción es que no tiene la administración y disposición de los bienes recibidos a título gratuito, por eso es dirimente.

3º) Disolución del matrimonio durante la minoría de edad:

Si se disuelve el matrimonio durante la minoría de edad y es de buena fe continúa emancipado para los actos civiles pero no tendrá aptitud nupcial, necesita el asentimiento de los padres para el segundo matrimonio. Es excesiva esta doble autorización. Si es emancipado tendría que poder hacer cualquier acto de la vida civil, e incluso volver a casarse.

4º) Falta de aprobación de las cuentas de la tutela:

El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor que ha tenido o tuviese bajo su guarda , hasta que haya sido aprobada la cuenta de su administración, una vez acabada la tutela. La sanción en caso de violar la prohibición legal es que no cobrará la retribución que le correspondía.

Oposición a la celebración del matrimonio:

Normalmente se realiza frente al oficial del registro que está por celebrar el matrimonio, y como causal son únicamente los impedimentos legales (Art. 166)

Solamente pueden alegarse como motivos de oposición los

impedimentos establecidos por ley.

Los que tienen derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio se encuentran enumerados en el código civil y son: el cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio, determinados parientes muy cercanos, los tutores o curadores y el Ministerio Público.

Denuncia de impedimentos:

Puede hacerlo cualquier persona ante el Ministerio Público o ante el oficial público del Registro correspondiente que se ha de celebrar el matrimonio.

El oficial público la debe remitir al juez civil quien dará vista de ella al ministerio fiscal para que deduzca oposición o manifieste que considera infundada la denuncia.-

EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

Es, junto a la ausencia de impedimentos y a la diversidad de sexos, uno de los requisitos intrínsecos esenciales para que haya matrimonio. El consentimiento debe en principio manifestarse externamente y ante el oficial público encargado del registro civil. También vamos a encontrar casos en que se va a manifestar ante un funcionario judicial en el caso de matrimonio en artículo de muerte cuando no se hallare al oficial del registro civil. (Art. 196).

El artículo 172 dice que "...es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado

personalmente por el hombre y la mujer ante la autoridad competente para celebrarlo...". Este artículo también hace referencia al requisito intrínseco de la diversidad de sexo.

El código no solamente va a exigir el pleno y libre consentimiento de los contrayentes, sino también que el mismo sea dado en presencia del oficial público, quien tiene una función integradora del acto.

Por su parte, el artículo 193 establece una prohibición de imponer modalidades a dicho consentimiento. Si no obstante ellos lo hicieran se van a tener por no puestas y va a entenderse que esto no afecta la validez del matrimonio.

El consentimiento entre ausentes es válido si se apega a las formas que establece el código. En el matrimonio a distancia, uno de los contrayentes, que se halla ausente de su residencia habitual, expresa su consentimiento ante una autoridad competente especial, y el otro ante la ordinaria.

En Argentina no existe la posibilidad de celebrarse el matrimonio por poder (el contrayente le da poder a un mandatario para que preste su consentimiento ante el oficial público). El consentimiento tiene carácter de personalísimo. Por eso el mismo debe ser prestado personalmente por ambos aunque alguno esté ausente físicamente.

Vicios del consentimiento:

En materia de matrimonio el consentimiento puede ser viciado por el dolo, el error acerca de la persona del otro contrayente y el error acerca de cualidades personales del otro contrayente pero para esto debe probar que quien sufrió el mismo, no habría prestado su consentimiento si hubiese conocido el estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía. El que valora la esencialidad del error considerando las condiciones personales y circunstanciales de quien lo alega es el juez.

NULIDAD

Algunos consideran que las normas relativas a la nulidad son autónomas e independientes, basándose en que el acto jurídico matrimonio tiene características muy específicas, ya que si se disuelve el matrimonio no sólo tendrá efectos patrimoniales como en el resto de los actos jurídicos, sino que tendrá otros efectos que son justamente los que el estado quiere proteger³. Es por ello que según ellos no se aplican las reglas generales de la nulidad de los actos jurídicos en general.

Otros autores ⁴, en cambio dicen que como el matrimonio es un acto jurídico, se aplican subsidiariamente las normas de los actos jurídicos en general ya que Vélez legisló una teoría general para ser aplicado a todos los actos.

La primer postura agrega que cuando se aprueba la ley de

³ Belluscio Augusto Cesar. Manual de Derecho de Familia. Sexta edición. Buenos Aires. Depalma. 1996

⁴ Fassi Santiago. De la inexistencia y de la nulidad del matrimonio. Anales de la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata. 1962

matrimonio civil, se elimina del proyecto la disposición que expresamente determinaba que se aplicarían subsidiariamente las normas generales. Resultando de esto que si bien Vélez tenía la voluntad de aplicar las normas generales al elaborar la teoría de los actos jurídicos en general, esa voluntad se modificó.

Con respecto a las lagunas, la segunda postura responde que en realidad el espacio que intentan llenar no son verdaderos casos (ejemplo de que hay laguna es el caso de ¿qué se hace con un matrimonio que tenga un vicio de forma. en este caso no se declara la nulidad sino que se le hará una sanción al oficial que lo celebró.

Nulidad absoluta⁵:

Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio.

Nulidad relativa:

Se va a poder pedir la nulidad del matrimonio cuando fuere celebrado con el impedimento de edad. Los legitimados activos para pedir la nulidad son el cónyuge incapaz los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. Esta nulidad va a ser relativa porque si el cónyuge o los cónyuges

⁵ Belluscio Augusto Cesar. Causas de nulidad matrimonial. *En: Belluscio Augusto Cesar. Manual de Derecho de familia. Sexta edición. Buenos Aires Editorial Depalma; 1996. pág 283-295.*

hubieren llegado a la edad legal y hubiesen continuado la cohabitación o cualquiera fuese la edad, cuando la esposa hubiere concebido no se va a poder pedir la nulidad y queda confirmado el acto.

El segundo caso de nulidad relativa es el matrimonio celebrado con el impedimento de demencia del inciso 8º del artículo 166. Los legitimados activos van a ser los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, el mismo incapaz cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación, y finalmente por el otro cónyuge si hubiera ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad. Es relativa la nulidad porque puede ser confirmado el acto.

El tercer caso de nulidad relativa es el caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos.

El último caso es cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de algunos de los vicios de error, dolo o violencia. Puede demandarla solamente el cónyuge que sufrió el vicio en el consentimiento si hubiere cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia.

Efectos de la declaración de nulidad:

No se habla de culpa o no sino de buena o mala fe. La buena fe, salvo determinadas circunstancias en las cuales el principio se invierte, por ejemplo de un bígamo no se puede decir que desconocía el impedimento de ligamen.

La anulación del matrimonio por sentencia judicial vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado (el estado de familia de los contrayentes vuelve al anterior) , sin perjuicio de que mientras no se dicte la sentencia, el matrimonio deba reputarse válido.

A diferencia de la disolución del vínculo matrimonial cuya sentencia es constitutiva y por lo tanto no produce efectos retroactivos sino que los produce para el futuro, la anulación es declarativa (y por lo tanto retroactiva). La retroactividad tiene dos excepciones: no se alteran los efectos que el matrimonio había producido con respecto a terceros que de buena fe hubiesen contratado con los supuestos cónyuges; y la otra excepción es cuando los contrayentes hubiesen sido menores de edad al tiempo de contraer el matrimonio anulado, la emancipación producida por éste subsiste hasta la sentencia de nulidad (art. 132).

CONDICIONES DE VALIDEZ EXTRÍNSECAS.

Forma y prueba del matrimonio

Forma del matrimonio: El matrimonio debe celebrarse ante el oficial encargado del registro civil según las formas establecidas por

el código. Los futuros cónyuges deben presentar una solicitud ante el encargado del Registro del Estado Civil y capacidad de las personas del domicilio de cualquiera de los contrayentes. Dicha solicitud debe contener los datos consignados en el artículo 186 del Código civil (Nombre, edad, estado civil, profesión, etcétera). Junto a ella deben presentar los documentos exigidos por ley en el artículo siguiente que son: copia legalizada de la sentencia que disuelve el vínculo anterior (divorcio, nulidad, ausencia con presunción de fallecimiento), o partida de defunción del cónyuge anterior, la declaración del asentimiento de las personas que exige la ley en su caso, presentación de dos testigos y los certificados médicos prenupciales. El matrimonio se celebra en la oficina del encargado del registro civil ante dos testigos que declaren sobre su identidad, y que los crean hábiles para contraer matrimonio.

En la celebración, el oficial del registro público debe leer los artículos 198, 199 y 200 del código civil y recibirá de parte de los cónyuges la declaración de que quieren tomarse por esposos. Luego el oficial público pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio. La celebración queda consignada en el acta de casamiento que va a ser uno de los medios por el que se puede probar el matrimonio. El jefe del registro civil le debe dar una copia del acta a los cónyuges

Prueba del matrimonio: La primera parte del artículo 197 dice que: "...el matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia y certificado, o con la libreta de familia."

Cuando existiere imposibilidad de presentarlos, se podrá probar por otros medios. La posesión de estado por sí sola no prueba el matrimonio, según el Art. 197, sirve para probarlo únicamente cuando hay un vicio en el acto (por ejemplo no firmó un testigo)

La convención de Nueva York, la cual ratificamos por ley 18.444, en su primer artículo establece que para contraer matrimonio, se necesita el pleno y libre consentimiento, expresado por los contrayentes en forma personal, luego de previa publicidad (la costumbre contra legem argentina ha hecho que la publicidad que establece la convención nunca se halla puesto en práctica)

EFFECTOS PROPIOS DEL MATRIMONIO

1º) Efectos personales: fidelidad, cohabitación, asistencia permanente, apellido del marido

2º) Efectos patrimoniales: régimen de bienes, que contratos pueden celebrar, sociedad conyugal.-

Estos efectos no surgen si el matrimonio es inexistente o se declara la nulidad.

Deberes derechos personales que surgen del matrimonio:

El 198 expresa que "los esposos se deben mutuamente

fidelidad, asistencia y alimentos" En base a esto podemos considerar la existencia de igualdad jurídica entre los esposos.

DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

La disolución afecta al matrimonio como estado matrimonial (las nulidades al matrimonio como acto) extinguiendo las relaciones jurídicas. Incluso para que halla disolución del vínculo se presupone que el matrimonio como acto operó conforme a los presupuestos de existencia y de validez exigidos por la ley.

Causales de disolución:

El código da las causales en el art 213 don dice que el vínculo matrimonial se disuelve por muerte de uno de los esposos, por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento y por sentencia de divorcio vincular.

La separación personal no disuelve el matrimonio sino que lo único que cesa es el deber de cohabitación, no recuperándose la aptitud nupcial.

La separación de hecho es la situación jurídica en que se encuentran los cónyuges, quienes sin previa decisión jurisdiccional quiebran el deber de cohabitación sin que una necesidad jurídica lo imponga, en forma permanente, ya sea por voluntad de uno o de ambos de los cónyuges⁶. Es una situación fáctica, no disuelve el

⁶ Aída Kamelmajer de Carlucci. La separación de hecho entre cónyuges. Primera edición. Editorial San Juan. 1995.

vínculo matrimonial.

Separación personal y divorcio vincular:

Ante la existencia de una crisis matrimonial, la ley da dos posibilidades que son la separación personal y el divorcio vincular. La separación personal se limita a autorizar a los cónyuges a vivir separados, sin que ninguno de ellos readquiera aptitud para contraer nuevas nupcias, en tanto que tras el divorcio vincular los cónyuges pueden volver a contraer nuevo matrimonio.

El fundamento de mantener el doble régimen, es por cuestiones religiosas o morales de algunas personas que no quieren divorciarse.

Divorcio vincular

Las causas de divorcio vincular son las establecidas en el Art. 202, la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el Art. 204. También, transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta pueden manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

Separación personal

Se puede dar por las siguientes causales:

- * fundadas en la culpa, o subjetivas
- * causas objetivas
- * mutuo consentimiento o presentación conjunta

Causales subjetivas o culpables:

Deben ser graves (que hagan imposible la vida en común), imputables a uno de los cónyuges y posteriores al matrimonio. Están enumeradas en el Art. 202 del código y son el adulterio; la tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor, cómplice o instigador; la instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos; las injurias graves (que son de amplia interpretación. Por ello el juez tomará en consideración circunstancias sociales y de hecho de las partes) y el abandono voluntario y malicioso.

Por su parte el 214 inc. 1 remite como causa de divorcio a las causales del 202

Casuales objetivas:

Se denominan causales objetivas a aquellas que no suponen necesariamente culpa de uno de los esposos, ellas son: los trastornos de conductas motivados por las alteraciones mentales graves y permanentes, el alcoholismo y la drogadicción (203) y la separación de hecho sin voluntad de unirse por más de dos años (204).

En el primer caso, uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de los motivos antes mencionados, si

tales afecciones provocan trastorno de conducta que impiden la vida en común o la del vida en común.

En el segundo caso, cuando hay separación de hecho sin voluntad de unirse por más de dos años, el juez va a poder decretar la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, no importa que no lo estén pidiendo ambos, ni que lo pida el cónyuge culpable de la separación. Es requisito justamente que hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos suyos similares al cónyuge inocente

Esta disposición permite al que abandona, por el mero transcurso del tiempo, desligarse del matrimonio mediante la obtención de la separación personal y su ulterior conversión en divorcio vincular, el inocente podrá solicitarla por la causal subjetiva de abandono.

Si bien es una causal objetiva el Art. 204, in fine admite que se introduzca un elemento subjetivo en el juicio; la culpa en la separación .

Mutuo consentimiento o petición conjunta:

Se encuentra establecido en el art. 205 el que establece que transcurridos dos años del matrimonio, van a poder los cónyuges conjuntamente presentarse ante el juez competente y manifestarle que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida

en común y en consecuencia de ello pedir su separación personal conforme a lo establecido por el Código Civil en cuanto a este tipo de proceso.

EFFECTOS PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO

Regímenes matrimoniales:

El matrimonio además de tener efectos de carácter personal que son las que vimos anteriormente, tiene también consecuencias de índole patrimonial. Se regulan las relaciones de orden patrimonial entre los esposos para determinar una adecuada contribución, es decir, cómo contribuirá cada uno en la atención de las necesidades del hogar y del grupo familiar. También son normas que refieren a la propiedad y administración de los bienes que los cónyuges aporten o adquieran durante la unión y, con respecto a terceros determinará, la medida en que esos bienes responderán por las deudas contraídas por cada uno. Es por ello que se desprende un doble orden de relaciones: por un lado las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, y las relaciones de los cónyuges con terceros.

Concepto y clases de regímenes matrimoniales⁷

Concepto: sistemas jurídicos que rigen las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio.

⁷ Belluscio Augusto César. Regímenes matrimoniales. En: Belluscio Augusta César. Manual de Derecho de Familia. Sexta Edición, Buenos Aires, Depalma, 1996. segunda parte, Pág 3-23

Distintas clases de regímenes matrimoniales:

El régimen de la absorción de la personalidad económica de la mujer por el marido que deriva del derecho romano y no tiene aplicación en el derecho contemporáneo. La celebración del matrimonio tenía como consecuencia la transferencia del patrimonio de la mujer al marido y finalizado el matrimonio el marido no debía reintegrarle nada a la mujer ni compensarla en dinero.

Otro tipo de régimen es el de unidad y unión de bienes. En el régimen de unidad se hace hincapié en el dominio que tiene el hombre sobre la mujer, el hombre adquiere la propiedad de todos los bienes, pero con la diferencia del antes visto en que este se compromete a devolver el valor de lo recibido en caso de disolución del matrimonio.

En el régimen de unión de bienes, como el hombre no adquiere la propiedad sino solo la administración y disfrute de los bienes de la mujer, a lo que se compromete el hombre en caso de disolución del vínculo es a restituir en especie los bienes aportados al matrimonio por la mujer.

Otro régimen, que es muy usado en la actualidad, es el de comunidad de bienes. Hay una masa de bienes que pertenecen a los dos esposos y que a la fecha de la disolución se reparte entre ambos. Esta clasificación a su vez se puede subdividir según la extensión que tenga esta masa de bienes en universal que se va a dar cuando todos los bienes presentes y futuros de cada cónyuges se hacen comunes.

Las deudas también entra en la comunidad. Otra subdivisión es la comunidad restringida. En ella la masa común se forma con una parte de los bienes de los cónyuges, en tanto que los otros continúan formando parte de su propiedad personal. Hay tres masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer y los gananciales. Los tipos más comunes son: la comunidad de muebles y ganancias, y la comunidad de ganancias. En la comunidad de muebles y ganancias, la comunidad se restringe a los muebles sin consideración a su origen y a las ganancias y adquisiciones luego de la celebración del matrimonio (por ej. inmuebles) siempre que sea a título oneroso. En la comunidad de ganancias, van a ser comunes los bienes que ingresen luego de celebrado el matrimonio a título oneroso, excepto los que los sean por causa o título anterior al matrimonio, por permuta con un bien propio, con el producto de su venta, o con dinero propio.

Régimen de comunidad según el modo de gestión de bienes: de administración marital: Corresponde con el status de incapacidad de la mujer casada de la redacción original del código civil, por lo tanto quien administra y dispone es el marido; de administración separada: cada esposo administra los bienes que adquiere (de los que es titular); de administración conjunta: ninguno de ellos podría administrar o disponer por sí solo, sin el concurso del otro; y por último de gestión indistinta: los actos de disposición y administración pueden ser realizados por cualquiera de los esposos.

Otro régimen es el de separación de bienes, en donde no se

confieren a los esposos expectativas comunes sobre los bienes adquiridos o ganados por cada uno de ellos. El matrimonio no altera el régimen de propiedad de los bienes, cada cual adquiere para sí, y administra y dispone de lo adquirido (como lo hacía de soltero). A su vez, cada cónyuge responde individualmente por las deudas que contrae y los bienes del otro no quedan afectados, por esa responsabilidad.

El régimen de participación, o mixto, opera durante el matrimonio como un régimen de separación pero al disolverse el matrimonio es como un régimen de comunidad. Se otorga a uno de ellos un crédito contra el otro destinado a igualar sus patrimonios.

Los regímenes legales y convencionales: La ley puede a veces imponer un régimen legal, forzoso y único al cual va estar sujeto la sociedad conyugal, o por el contrario puede prever que, antes de la celebración del matrimonio, los contrayentes adopten mediante convención prematrimonial el régimen de bienes. Dentro de los convencionales, la ley puede regular distintos tipos de régimen y los contrayentes adherirse a uno, de adhesión, o puede optar por otorgarle a los contrayentes una total libertad para pactar las cláusulas del régimen.

La mayoría de los estados que admiten el régimen convencional, prevén de todos modos un régimen supletorio a falta de convención prematrimonial al respecto.

Es un régimen legal, imperativo y forzoso, relativamente inmutable, de comunidad de gananciales, de administración separada, con elementos de gestión conjunta, de separación de deudas y de partición por mitades⁸.

Características:

1º) Régimen legal, imperativo y forzoso:

Nuestro régimen es legal, está determinado por la ley, no hay un régimen convencional, como en el derecho europeo

Por ahora es imperativo, ya que la mayoría de las normas son de orden público y en consecuencia, no pueden ser modificadas por la voluntad de los cónyuges.

Es forzoso, nace a partir de un acto jurídico determinado, el matrimonio.

2º) Relativamente inmutable:

El régimen no se modifica por el transcurso del tiempo, porque rigen el Art. 1218 y 1219 que se refieren a la inmutabilidad del régimen patrimonial durante la vigencia de la sociedad conyugal. Es relativamente, ya que por la reforma 23.515 en algunos casos puede pedirse la separación judicial de bienes, regulado en el art 1294 en donde uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes

⁸ Méndez Costa, María Josefa: Estudios sobre sociedad conyugal. Santa Fe. 1981

gananciales, y mediante abandono de hecho de la convivencia matrimonial por parte del otro cónyuge.

3º) Comunidad de gananciales:

Nuestro régimen de todos los antes vistos es de comunidad restringida, solamente a los gananciales (todo lo que se adquiere a título oneroso luego de casado)

4º) Administración o gestión separada: (1276)

El principio general es que el cónyuge "titular" administra los bienes gananciales, aparte de los propios.

5º) Con elementos de gestión conjunta:

Se refiere a los bienes en los que son co-titulares, con lo cual lo administran ambos. Hoy en día se considera que los bienes de origen dudoso debe ser administrado por ambos cónyuges, así lo regula la Convención sobre discriminación de la mujer.

Aparte el código prevé que hay supuesto en el cual para disponer necesita el asentimiento del otro cónyuge.

6º) De separación de deudas

El Art. 5 de la ley 11.357 "Ampliación de la capacidad civil de la Mujer" marca el principio de la separación de deudas. Belluscio lo llama principio de irresponsabilidad: Como regla general cada esposo responde con sus bienes las deudas que contrae.

El Art. 6 de la misma ley marca "Excepción", es decir responderá el cónyuge que no contrato, ya que son deudas comunes

o también llamadas deudas gananciales

7º) De partición por mitades:

La inmutabilidad del régimen rige únicamente durante la vigencia de la sociedad conyugal, pero se pueden hacer acuerdos de división de bienes, una vez que se disuelve la sociedad conyugal, por divorcio o separación con presentación conjunta (Art. 236).

La sociedad conyugal se disuelve por muerte, por divorcio, por separación judicial de bienes, ausencia con presunción de fallecimiento, nulidad de matrimonio, la separación personal (no se disuelve la sociedad conyugal por la separación de hecho, ya que ésta es una situación jurídica fáctica).

Disolución de la sociedad conyugal

Se puede producir por muerte, por sentencia de divorcio o separación, por nulidad de matrimonio o por pedido de separación judicial de bienes, y aunque no lo diga expresamente algún artículo por ausencia con presunción de fallecimiento.

Liquidación de la sociedad conyugal

La liquidación son las operaciones técnicas, jurídicas y contables que se realizan a los efectos de establecer el saldo partible de los mismos para poder realizar la partición de los bienes gananciales, asegurando a cada uno el derecho a obtener la mitad de los mismos.

Las operaciones van a ser concluir todos los negocios pendientes, la enumeración de los bienes, es decir el inventario, fijar el valor o sea la Tasación, luego calificar los bienes dudosos como propio de algún cónyuge o ganancial, pagar las deudas (Art. 5 y 6 según sean propias o comunes) y se establecen las recompensas entre ellos. Luego se arriba a la partición, y por último la efectiva adjudicación de los bienes.

Derecho internacional privado

CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Para poder dar un concepto sobre el Derecho Internacional Privado podríamos optar por una vía que recurre a una concepción compleja, pero a su vez mas completa, del mismo, y es la que considera que el derecho tiene tres dimensiones, según se vea está desarrollada a través de la teoría trialista de Goldschmith.

Así, cabría definirse al Derecho Internacional Privado como el *"...Conjunto de casos ius privatistas con elementos extranjeros y sus soluciones, captados por normas basadas en métodos indirectos analíticos analógicos y sintético judicial e inspirados los casos, las soluciones y las normas por el respeto al elemento extranjero..."*⁹

En el desarrollo de esta tesis, nos urge comenzar aclarando que la primera parte del concepto que habla de conjunto de casos ius privatistas y sus soluciones, se identifica con la **dimensión normológica** la que es captada por normas basadas en métodos.

Seguidamente, se distingue de una manera mas sencilla la **dimensión dikelógica**, al rezar que están inspirados los casos, las soluciones y las normas por el respeto al elemento extranjero, porque el valor, la finalidad última del Derecho Internacional Privado es respetar el elemento extranjero.

Asimismo, la primer parte del concepto se refiere también a la **dimensión sociológica**, ya que tanto los casos como sus soluciones se dan en forma sociológica.

⁹ Goldschmith Wermer. Derecho Internacional Privado. Parte General .9ª edición. Editorial Argentina.

Por ende, y siguiendo un razonamiento lógico de esta breve explicación, podemos encontrar aquí las tres dimensiones del derecho internacional privado, sobre las cuales se puede decir, según la redacción del concepto, que están integradas entre si, no están mezcladas, sino que están relacionadas unas con otras, porque dice que los casos y las soluciones son captados por normas y a su vez los casos, las soluciones y las normas son inspirados por el respeto al elemento extranjero o sea que hay una integración de las tres dimensiones del derecho.

Análisis del concepto.¹⁰

Hay varios aspectos que, por su relevancia, merecen ser analizados detalladamente.

En primer lugar, en la definición podemos apreciar que se refiere a "un conjunto de casos", lo que llevaría a definir al caso como una controversia actual o eventual. Así, cabe decir que al pensar en una controversia también se está hablando de un caso. En el área del matrimonio dentro del derecho de familia, cotidianamente se dan problemas que van a ser necesarios resolver.

La justicia es la constante y perpetua voluntad de DAR A CADA UNO LO SUYO, por lo que el Derecho siempre va a buscar dar a uno beneficio y a otro perjuicio. Esto Goldschmith lo llama en la teoría trialista reparto de potencias e impotencias, repartir, adjudicar, dar a cada uno potencia es lo que beneficia e impotencia, es lo que

¹⁰ Goldschmith Wermer. Derecho Internacional Privado. Parte General .9ª edición. Editorial Argentina

perjudica, entonces **el caso es una controversia actual o eventual sobre un reparto de potencia e impotencia.**

Seguidamente, vale aclarar que de la definición se desprende que esos casos son Ius privatista, o sea que se tiene en cuenta mayoritariamente lo privado. Dentro de esos casos ius privatistas, nosotros nos vamos a ocupar de los que están relacionados con el matrimonio. El derecho privado es extraterritorial, por lo que el derecho privado argentino se aplica en Argentina, pero puede llegar a ser aplicado también en el extranjero y esto va a ser así cuando exista un "caso" que tenga contacto con la Argentina. El derecho público argentino, en cambio, el principio es que se aplica únicamente en la Argentina. Estas situaciones de derecho privado pueden ser de dos tipos: aquellos que contienen elementos extranjeros, y como consecuencia se va a ocupar de ellos el Derecho Internacional Privado. La otra clase son aquellos que no poseen elementos extranjeros, son los casos nacionales y se encarga de ellos el Derecho interno. El primer tipo a su vez se subclasifica en dos tipos más: El primero son los casos relativamente internacionales y son casos que nacen absolutamente nacionales y luego se internacionalizan. El otro tipo son los casos absolutamente internacionales y son los casos que ya nacen internacionalizados.

En la definición se habla también de elementos extranjeros. Estos se clasifican en tres. En primer lugar están aquellos elementos que hacen a la persona, llamados también elementos extranjeros personales: nacionalidad, domicilio y residencia. En el tema que nos

concierno el domicilio es un elemento extranjero de mucha trascendencia (por ejemplo: la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio va a ser el del último domicilio de los cónyuges) . Otra clase de elementos extranjeros son los que hacen a las cosas conocido como elementos extranjeros reales: lugar de situación (importante en cuanto a los efectos patrimoniales del matrimonio), lugar de matriculación y lugar de registración. Y por último están los elementos extranjeros que hacen a la conducta de las partes (elementos extranjeros conductistas): lugar de cumplimiento, lugar de celebración (ley aplicable a la validez del matrimonio), autonomía de la voluntad y lugar de perpetración de un acto ilícito.

Al decir soluciones en el concepto se está haciendo referencia a las soluciones sociológicas. Existen tres clases de soluciones desde el punto de vista de la realidad social. La primer clase es la se que prioriza el elemento nacional en cuyo caso aplico la solución del territorio nacional del juez que entiende en la causa en lugar de aplicar el derecho de la nacionalidad de las partes. Esta se llama solución territorialista. Otra solución en cambio es priorizar el elemento extranjero y entonces aplico el derecho extranjero fuera del lugar de origen y la solución se llama extraterritorialita. Y por último hay otra solución que es que yo no aplico ni el derecho del juez ni el derecho extranjero ni ningún otro derecho sino que hago el derecho para resolver la cuestión. Esta se llama solución no territorializada porque no se identifica con ninguno de los territorios.

La solución **Territorialista** es aplicar el derecho del juez a quien no le importa el elemento extranjero al cual se vincule, sino que él aplica su propio derecho. Esta solución territorialista puede ser de dos tipos: hay un territorialismo que es extremo y otro que es mitigado. **Territorialismo extremo** significa que el juez aplica la ley nacional que es la misma que se aplica a los casos de derecho interno, sin distinguir entre casos internos y casos de Derecho Internacional Privado. Son leyes tan importantes que no pueden ser dejadas de lado por la aplicación del derecho extranjero, protegen intereses muy importantes. Esta solución territorialista extrema se ha dado en llamar leyes de aplicación inmediata o normas de policía o de rigurosa. Estas normas son de orden público a priori y se aplican aun en los casos internacionales. No todo lo que sea de orden público interno también será de orden público internacional, sino que tiene que ser normas internas de relevancia tal que no puedan ser dejadas de lado por aplicación del derecho extranjero. En matrimonio podríamos citar como ejemplo de una norma de este tipo la diversidad de sexo requerida para contraer matrimonio. Este tipo de norma no cuenta con una enumeración legal, y la ley pocas veces dice cuando una norma es una ley de aplicación inmediata, lo que no significa que aunque no lo diga, no sea una norma de policía que se aplicará aún a los casos internacionales. Será una labor más bien jurisprudencial, los jueces serán los que definan cuando una ley es de aplicación inmediata. La calificación de una norma como de policía, termina siendo un criterio subjetivo de cada magistrado. Existe

también un **territorialismo mitigado** que es cuando se aplica el derecho de mi territorio pero que no es aplicable a los nacionales. La ley del juez aplicable especialmente a los extranjeros, a todos los extranjeros por igual. Hay una ley nacional pero que es para extranjeros para todos los extranjeros que iguala a todos los extranjeros. Es territorialista porque evidentemente es una ley nacional pero que se aplica a los extranjeros por eso se llama territorialismo mitigado, (También se llama derecho de extranjería). La diferencia con la ley de aplicación inmediata es que esta se aplica a todos nacionales y extranjeros, y el derecho de extranjería se aplica sólo a los extranjeros. El territorialismo mitigado tiene otra variante y en este caso ya no se trata de una ley nacional, sino que estaríamos frente a un tratado que es compartido por otros países y que regula la relación como si fuera una relación interna, pero común a otros países. El caso sería por ejemplo cuando varios países se ponen de acuerdo acerca de una solución determinada para un determinado caso de derecho privado, entonces también es territorialista mitigado, porque es una ley que se aplica en mi territorio pero además en el territorio de los demás países firmantes. Esto es lo que se llama derecho privado unificado es decir un solo derecho que abarca a varios países y que regula la cuestión como si fuera de derecho interno (Convención de Nueva York sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962.) Hay otra solución territorialista mitigada y consiste en el derecho privado uniforme. Se diferencia del

derecho privado unificado, en que son normas de derecho interno de dos o más países con idéntica solución, basadas en una ley modelo uniforme propuestas por organismos internacionales para regular determinada materia.

Extraterritorialismo: A su vez se subclasifica en extraterritorialismo ilimitado y otro limitado. El **limitado** va a ser el caso en que aplicamos el derecho extranjero pero obviamente con un límite que van a estar fijados por los principios elementales nacionales. Por lo tanto no se aplicará el derecho extranjero si va contra principios elementales de mi ordenamiento. También se tiene en cuenta el orden público pero a diferencia de las leyes de aplicación inmediata en donde este control se hacía a priori, aquí estamos en presencia de un orden público a posteriori. Va a ser **Ilimitado** cuando se aplica el derecho extranjero sin tener en cuenta el elemento nacional, e inclusive contra el elemento nacional. Este fenómeno se conoce en el derecho comparado como fenómeno de la recepción del derecho extranjero que significa copia del derecho extranjero sin asimilación a lo nacional, no hay ningún límite.

No Territorializada: Juega solamente cuando las partes no se someten a ningún derecho existente, y por lo tanto van a elaborar el derecho para regular sus relaciones a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que para este caso concreto la denominamos autonomía universal, ya que las partes intervinientes no se reconocen como nacionales de ningún país. En el contrato regulan todo a lo sumo lo someten a arbitraje.

En la parte del concepto relacionada con la dimensión normológica (Los casos y las soluciones tienen que estar captados por normas), esa norma debe reflejar la realidad social no debe ser algo abstracto. Va a hacerlo a través de el método indirecto por lo que se deduce que tenemos también un método directo. Cuando aplicamos el método directo la solución del caso me la da la misma norma inmediatamente, por lo tanto el método indirecto va a ser aquel que a la solución la voy a encontrar a través del derecho declarado aplicable y en esté último derecho, al que me remite la norma, vamos a encontrar la solución. En el derecho interno se utiliza el método directo. Las soluciones territorialista utilizan el método directo porque yo voy a la ley de aplicación inmediata que me dala solución, o bien voy a la convención de la ONU y me da la solución la misma norma, no me remite a ningún derecho. El extraterritorialismo utiliza el método indirecto porque la solución la encuentro a través del derecho extranjero declarado aplicable.

La definición de Derecho Internacional Privado, continúa diciendo analítico analógico. Va a ser analítico porque va a descomponer todo el caso para realizar un análisis más detallado y lograr una mayor comprensión. Por eso a un caso tengo que analizarlo y descomponerlo en categorías análogas al derecho privado, con lo que queda explicado el por qué de analógico. En matrimonio vamos a tener que descomponer el mismo en condiciones de validez intrínsecas: consentimiento e impedimentos. Condiciones de validez extrínsecas: forma y prueba. Y luego clasificar también los

efectos personales y patrimoniales. Esto lo hago para analizar mejor el caso. En el derecho internacional privado utilizo las mismas categorías del derecho privado interno, para analizar un problema, por eso se llama analítico analógico o analítico privatista, no utilizo la categoría del derecho público. Esto no nos va a presentar problemas cuando estemos en presencia de un caso relativamente internacional, pero en los casos que son absolutamente internacional la situación va a ser todavía más compleja porque debemos primero ver cada parte del caso y que puede pasar cuando a un caso se le aplica varios derechos distintos. Puede ser que si lo hacemos de esta forma, no concuerden, y las soluciones sean incoherentes y contradictorias. Por lo tanto cuando el caso sea absolutamente internacional, para que no haya incoherencia o contradicción, el juez hará una síntesis del caso, una composición del mismo y es por ello que en la definición se expresa sintético judicial. Es importante la coherencia en las distintas decisiones porque ella es un valor importante en el derecho que ayuda a la justicia. O sea los casos absolutamente internacionales por la aplicación del método analítico analógico puede ser que haya incoherencias en cuyo caso se necesita el método sintético judicial. Esto se va a aplicar siempre a posteriori y no a priori porque no se sabe nunca antes de analizar el caso con que derecho se va a articular. El legislador puede decir en abstracto que derecho se aplica, pero no sabe que derecho ni que solución tiene. El que lo va a saber es el juez por eso el método sintético judicial es un método a posteriori y es un método auxiliar del método indirecto.

La dimensión dikelógica en la definición ya dijimos que la encontramos al final en donde dice: “...*inspirados los casos, las soluciones y las normas por el respeto al elemento extranjero...*”. La justicia exige en el derecho internacional privado, como dice el concepto, que haya respeto al elemento extranjero, La solución territorialista con el método directo no va a estar respetando al elemento extranjero, es una solución nacionalista. La extraterritorialista respeta más al elemento extranjero es una solución abierta al mundo por eso también la llaman cosmopolitismo, porque el mundo es una integración de particularidades y yo me abro al mundo. Por último tenemos la solución no territorializada que no es ni nacionalista ni cosmopolita porque, como no se indica ningún territorio en particular la llaman universalista. Universalista porque no es ciudadano de ninguna parte. Es universalista abstracta porque no distingue particularidades.

El derecho internacional tiene una norma que fue sistematizada por Goldschmith que es la norma generalísima internacional. En la teoría trialista vemos lo que es la norma general y la norma individual. En la norma general lo que hace Goldschmith es hacer la estructura de la norma, el habla de un tipo legal y una consecuencia jurídica:

El tipo legal lo que hace es describir el sector social a reglamentar. La consecuencia jurídica describe la reglamentación del caso planteado en el tipo legal. Las características positivas son

aquellas que siempre deben estar presentes para que la norma se lleve adelante (es positivo porque, la norma entra en funcionamiento, para el derecho tiene importancia). Las características negativas son las que no tienen que estar presentes para poder aplicar la norma. Son negativas para el derecho.

Lo que hace Goldschmith a través del tiempo es sistematizar los problemas relevantes donde se plantearon problemas de Derecho Internacional Privado colocándolos dentro de una norma que el ya tenía como estructura que era la norma general, y la denomina norma generalísima internacional. Esos problemas eran recopilaciones de fallos que se fueron dando en distintas cortes que sentaron un precedente respecto de un tema que hasta ese momento nunca se había dado. La norma tiene una estructura bimembre, y va a colocar por fuera de la norma el problema que el denomina de las calificaciones y por dentro va a ubicar la cuestión previa, fraude a la ley, puntos de conexión, reenvío, orden público a priori, orden público a posteriori, y así va a quedar conformada la norma generalísima internacional como derecho internacional privado clásico.

Calificaciones.

Calificar significa determinar la naturaleza jurídica de una relación y su ubicación dentro del cuadro de categorías de un ordenamiento jurídico. Por ello es que surgen problemas en las

distintas codificaciones.

Lo primero que tiene que realizar el juez cuando le llega un asunto es hacer un análisis para ver de que materia es el problema. Primero determinamos la naturaleza jurídica de esta relación que se nos presenta y luego la ubicamos dentro del cuadro de categorías de un ordenamiento jurídico.

Boggiano, que sigue la tendencia de Goldschmith, se va a plantear dentro de que ordenamiento jurídico vamos a ubicar esa relación jurídica.

Goldschmith dice que calificar será determinar cual será el ordenamiento normativo llamado a definir los términos empleados en la norma indirecta. Pero este sería un paso posterior, porque el primer paso será determinar la naturaleza jurídica, por ejemplo: efectos patrimoniales del matrimonio, para el juez el problema es de derecho de familia entonces va el juez al ordenamiento normativo y dice que se regirá por la ley del primer domicilio conyugal. O sea que ya elegimos la norma indirecta que nos va a llevar a la aplicación o no del derecho extranjero porque ya fue definida cual es la naturaleza jurídica de la relación. Pese a ello puede surgir el problema de las calificaciones porque puede suceder que, por ejemplo, la situación patrimonial concerniente a la sociedad conyugal de una viuda, sea problema de sucesiones para un ordenamiento jurídico y para otro ordenamiento jurídico sea problema de efectos patrimoniales del matrimonio. Si bien en estos ordenamientos hay coincidencia en cual es la ley aplicable a la sucesión, con respecto a los derechos de la

viuda cada uno de los ordenamientos jurídicos puede ubicarlos dentro de un cuadro de categoría diferentes.

Bartin va a decir que la naturaleza jurídica de una relación la determina el ordenamiento jurídico del juez que entiende en la causa y en esos se basan los que van a hablar de la calificación según la *lex fori*, la ley del foro del juez que entiende en la causa. Ellos lo que dicen es que toda calificación de la norma indirecta que el juez encuentre se hace según su ley, por dos motivos: En primer lugar la aplicación de la ley extranjera constituye un atentado contra la soberanía del estado que entiende en la causa, entonces son ellos los que tiene la capacidad de ponerle límites a la aplicación de esa ley. En segundo lugar, el otro motivo, es el que yo no puedo saber que norma indirecta voy a utilizar si primero no califico la relación.

Bartin, dice que la *lex fori* es la que califica pero con dos excepciones: primera la que hace a la ubicación de los bienes inmuebles, rige la ley del lugar de situación de los mismos y la segunda la que hace referencia a la autonomía de la voluntad: la calificación de una relación de derecho contractual debe ser hecha de conformidad a la ley elegida por las partes, siempre y cuando el tipo de autonomía de la voluntad que haya en ordenamiento jurídico se lo permita.

Luego tenemos a los partidarios de la *Lex causa* que son los partidarios de Goldschmith, este nos va a decir que no, que el juez que entiende en la causa es el instrumento para la aplicación de la norma que tenga que aplicar y que va a poder aplicar a una relación

con elementos extranjeros, es decir una relación netamente extranjera la propia naturaleza jurídica de su propio ordenamiento jurídico, Goldschmith es partidario de este tipo de calificaciones en razón de que cada regla legal debe su calificación del sistema jurídico al que pertenece, las relaciones nacidas en el extranjero deben ser calificadas de acuerdo al ordenamiento jurídico del estado donde han nacido y no de acuerdo al sistema jurídico del juez que entiende en la causa. Lo que va a calificar el juez que entiende en la causa según su propio ordenamiento jurídico son los puntos de conexión, entonces en la validez del matrimonio va a entender el juez del lugar de celebración, ese punto de conexión sí o sí lo tiene que calificar el juez que entiende en la causa porque sino no podría acceder al derecho extranjero, porque si no califico como se sabe que derecho le va a tener que aplicar. Si es un problema de sucesiones voy al último domicilio del causante y una vez ahí voy a ver dentro del cuadro de categorías de ese ordenamiento jurídico a cual relación jurídica o a que instituto le cabe esa situación que se me está planteando. Por lo tanto, si por ejemplo me dice ese ordenamiento jurídico que es un problema de efectos del matrimonio será así y no un problema de sucesiones, pero no nos vamos a mover de ese ordenamiento jurídico dice Goldschmith y de acuerdo a ese ordenamiento jurídico yo defino.

El punto de conexión según la *lex fori* y el tipo legal según la *lex causa*: Estas son las doctrinas no autárquicas porque siempre la norma indirecta y el análisis que uno haga de esa calificación me va a enviar a algún derecho que defina el término empleado en la norma.

Luego aparecen las doctrinas autárquicas y los primeros doctrinarios van a decir que el juez que entiende en la causa tiene que tomar todos los ordenamientos jurídicos y pasarlos por un colador y utilizar las generalidades que le queda para calificar. La crítica que se le hacía en su momento es que como un juez puede tomar todos los ordenamientos jurídicos existentes y pasar por un colador es muy engorroso.

Se dan cuenta después que no es la manera esa sino que la manera es lo que nosotros tenemos los tratados de Montevideo, los convenios unilaterales y bilaterales esta es la forma de calificaciones autárquicas que nosotros encontramos, porque en un convenio se define lo que es domicilio, lo que es residencia, para que los estados que forman parte de estos convenios no puedan decir que por domicilio entienden otra cosa.

Kaller de Orchansky dice que sí en un convenio internacional se ha adoptado una calificación uniforme esta se impone a los estados parte aún cuando esta no coincida con la interpretación que los tribunales locales dan a la misma situación jurídica.

El interprete ante una situación de hecho procederá a calificarla en primer término de acuerdo a los conceptos o categorías jurídicas pertenecientes a su propio ordenamiento jurídico. Esta primera operación intelectual configura una calificación conforme a la *lex fori* que por otra parte es la única posible, ya que la formación ética jurídica del intérprete determina y condiciona su actitud frente al caso. Efectuada la calificación *lex fori* el intérprete seleccionará una

norma indirecta cuyo tipo legal contiene la descripción del caso calificado, si la norma indirecta elegida resulta ser de importación habrá que acudir al derecho extranjero declarado competente.

Ahora bien la interpretación de los términos empleados por la norma indirecta en su tipo legal deberá hacerse conforme al derecho declarado aplicable es decir conforme a la *lex causa*.

Puntos de Conexión.

La norma del Derecho Internacional Privado o también llamada norma de conflicto es una norma que tiene una estructura similar pero en esencia diferente a la norma material.

En la norma del Derecho Internacional Privado también existiría un tipo legal pero sería una situación jurídica que hay que esclarecer que hay que determinar. Las calificaciones es un problema mayor del Derecho Internacional Privado porque en una situación jurídica determinada, un hecho o una conducta que en un ordenamiento jurídico de un estado puede estar dentro del cuadro de categoría de sucesiones, en otro estado puede formar parte de los efectos patrimoniales del matrimonio, por eso entonces nos dice que en el tipo legal hay una situación jurídica que se debe determinar.

Y en la consecuencia jurídica ahí es donde vamos a encontrar los puntos de conexión, porque en la consecuencia jurídica de la norma indirecta, nos va a decir cual va a ser el derecho que va a resolver esa situación jurídica, lo va a enviar a ese derecho, es un

tecnicismo del Derecho Internacional Privado el punto de conexión, entonces nos dice por ejemplo los efectos patrimoniales del matrimonio se van a regir por el primer domicilio conyugal, este domicilio va a ser el punto de conexión.

Los puntos de conexión pueden ser:

Personales:

- Nacionalidad.
- Domicilio
- Residencia
- País al que una persona presta su servicio.

Reales:

- Lugar de situación de los bienes.
- Lugar de matriculación (buques y todo otro bien que requiera de matriculación para darse una situación permanente)

Conductistas:

- Autonomía de la voluntad

Restringida del derecho privado.

Amplia: las partes autorizadas por el Derecho Internacional Privado aplican otra ley que ellas eligen.

Universal: los interesados se dan su propio derecho.

- Lugar de celebración
- Lugar de ejecución

- Lugar de perpetración del acto.

Según el carácter de la conexión pueden ser acumulativos o no acumulativos.

Acumulativos se aplica más de un derecho a una misma relación jurídica, que puede ser igual o desigual, por ejemplo el tratado de Montevideo del 40 Art. 2 y 3 nos dice la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes es decir un adoptante argentino y un adoptado uruguayo, en cuanto estas cuestiones que enumera el Art. Se rige cada uno por su ley, entonces puede ser que como son dos derechos diferentes sean iguales porque coinciden esos derechos en cuanto a su interpretación o que sean desiguales, la cuestión es que se aplica más de un derecho.

Los no acumulativos: pueden ser simples, un mismo derecho desde el principio, y condicional, un mismo derecho pero alternativo o subsidiario, como por ejemplo el art. 227 del código civil (efectos del matrimonio): Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio (alimentos, restitución o exclusión del hogar conyugal, etc...), deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado. (subsidiario)

El artículo siguiente da una opción diciendo que van a ser

competentes en los juicios de alimentos: el juez que hubiere entendido en el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad; a opción del actor el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado, si se planteara como cuestión principal. (alternativo)

Según la situación fáctica de orden temporal: Según cuando acontezca el hecho pueden ser instantáneos o continuados. Los instantáneos son aquellos que se dan en el mismo momento, se agotan en el tiempo con su acontecer mismo, como el lugar de celebración (el contrato se celebra ahora y se termina), el lugar de ejecución, el lugar de cumplimiento.

Los continuados a diferencia de estos pueden ser permanentes o variables. Permanentes los que se mantienen constantes como la situación de un bien inmueble o los muebles con situación permanente, etc. Variables tiene que ver porque son continuados, continúan en el tiempo pero pueden ser variables, uno puede mudar de nacionalidad, puede mudar de domicilio, cuando habiéndose constituido bajo un sistema jurídico determinado puede abandonar aquella localización y constituirla o mudarla a otro sistema jurídico.

Co vigencia o vigencia simultánea de Derechos **aplicables**.

Hemos dicho que cuando aplicamos derechos extranjeros es posible que nos encontremos con un sistema plurilegislativo en el derecho extranjero como los Estados Unidos donde en cada estado hay un derecho, o en España donde en cada región autónoma hay un derecho.

Cuando tenemos un punto de conexión nacional que nos remite a un sistema plurilegislativo y no está resuelto en el propio estado el problema, entonces el juez tendrá que optar por otro punto de conexión que lo localice en un determinado lugar entonces se reemplazará el punto de conexión nacionalidad por el domicilio o la residencia, esto es muy común en la materia de familia, donde la nacionalidad tiene bastante más que ver que en contratos. Pero por allí en alguna excepción puede ser que tengamos que aplicar el derecho de la nacionalidad, entonces en este caso tenemos que recurrir a estas soluciones que son prácticas y que quedarán a discreción del juez.

Vigencia sucesiva de derechos aplicables

Problema que se da en cualquier derecho no solamente en los plurilegislativos sino que en cualquier derecho puede pasar que el derecho aplicable cambie. Entonces aquí no tenemos ya el problema de la covigencia sino de la vigencia sucesiva de derechos declarados aplicables, no cambia el punto de conexión porque sigue siendo el

lugar de celebración sino que cambia el derecho aplicable. No cambia tampoco el derecho internacional privado sino que cambia el derecho aplicable. La Teoría de la Petrificación intenta solucionar el problema petrificando el derecho en el momento crítico del punto de conexión, cristaliza el derecho.

Hay otra teoría que acepta los cambios del derecho que se denomina teoría de la mutabilidad porque se supone que todo tiempo nuevo es mejor que el anterior, que por algo se cambia el derecho. Esta teoría dice que hay que aplicar el derecho actual del lugar de celebración, a lo mejor lo óptimo habría sido que se aplicará el derecho nuevo salvando los derechos adquiridos, pero lo mejor sería aplicar el derecho que las partes tuvieron en miras al celebrar el acto en el caso de actos jurídicos . (En matrimonio el del lugar de celebración)

El segundo problema es cuando lo conectado es derecho extranjero una vez que yo ya sé que derecho será aplicable porque ya resolví el problema de la vigencia simultánea o sucesiva, entonces el segundo problema es el problema de que parte del derecho extranjero tengo que aplicar.

Como el derecho privado tiene dos partes, el derecho interno y otro el derecho internacional privado, entonces cuando yo digo que tengo que aplicar el derecho extranjero debemos dilucidar si se hace referencia al derecho interno extranjero o al derecho internacional extranjero. Existen al respecto distintas teorías:

1) Teoría de la referencia mínima: Donde se está haciendo

referencia sólo al derecho interno extranjero, como es el mecanismo, de donde parto siempre para todos los casos, voy del derecho internacional privado del juez al derecho interno extranjero. Esta teoría no es respetuosa del elemento extranjero.

2) Hay otra teoría intermedia que entonces la llamamos teoría de la referencia media. Dice esta teoría que del derecho internacional privado del juez voy al derecho internacional privado extranjero pero sólo a sus normas de exportación, porque si aplica normas de importación vuelvo a mi derecho y yo hago lo que quiero, o sea que yo voy sólo a las normas de exportación, si no tiene normas de exportación no interesa lo que diga el derecho extranjero hago yo según mi parecer

3) La tercer teoría se llama de la referencia máxima. Dirá que del derecho internacional privado del juez voy al derecho internacional privado extranjero y de ahí a donde él me mande, porque él tiene también normas indirectas y entonces tendré que ver a donde me envía el Derecho Internacional Privado extranjero, ya sean normas de importación y de exportación. Esta teoría es totalmente respetuosa del elemento extranjero. El elemento extranjero me dirá a donde tengo que ir para solucionar el caso, a donde me envía y en esta teoría se presenta el problema del reenvío.

El reenvío se da únicamente entonces en la teoría de la referencia máxima y significa que se envía de nuevo.

En la teoría de la referencia máxima existe la posibilidad cuando yo voy al derecho internacional privado extranjero que suceda

que este diga que aplica su propio derecho interno porque tiene normas de exportación. Esto se llama aceptación, porque acepta aplicar su propio derecho, porque tiene normas de exportación.

Otra posibilidad son las normas de importación es decir significa que aplica otro derecho, que puede, según el Derecho Internacional Privado extranjero, volver al derecho del juez. Cuando vuelvo al derecho del juez puede haber dos posibilidades: que vuelva al derecho interno del juez, o al derecho internacional privado del juez, si vuelvo al derecho interno del juez se llama reenvío de primer grado o retorno, la otra posibilidad es que vuelva al Derecho Internacional Privado del juez y ahí llega a donde me va a mandar el Derecho Internacional Privado del juez al derecho extranjero ahí se da el ping pong internacional o teoría del doble espejo, o reenvío doble, o del tribunal extranjero. Resolvemos este tema, con el método sintético judicial o sea el juez tendrá que hacer una síntesis del caso, tratar de lograr coherencia y solucionarlo de la manera más coherente y justa posible.

Puede suceder también que el Derecho Internacional Privado extranjero me envíe al derecho extranjero de un tercer estado, porque va a volver siempre al derecho del juez. Puede ser que le aplique el derecho de otro país que no tiene que ver con el derecho del juez, entonces cuando aplico derecho de un tercer estado se llama reenvío de segundo grado

Orden público.

Conjunto de principios eminentes religiosos, económicos, políticos y culturales que hacen a la digna subsistencia de la sociedad.

Es un conjunto de principios y no de normas porque el principio es mucho más amplio que la norma, el principio ilumina las normas.

Eminentes es decir que son principios que tienen un fundamento una jerarquía superior a cualquier otro. Ese orden público tiene tres grupos de leyes que lo interpretan:

1. Derecho público y las constituciones políticas del estado.
2. Principales instituciones del derecho privado (derechos personalísimos, derechos reales (dominio), derecho de familia (matrimonio y divorcio), dentro del derecho sucesorio (legítima).
3. Normas que hacen a la moral y a las buenas costumbres.

Varios autores identificaban al orden público con el derecho público, la crítica que se les hace es que el derecho público es parte del orden público es superador.

Este orden público en cuanto a las convenciones hechas por las partes hay que tener en cuenta el art. 21 del Código Civil que dice que las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.

El Art. 14 establece que las leyes extranjeras no serán aplicables cuando su aplicación se oponga al derecho público imperante en la república, la religión del estado, es decir cuando

afecten el orden público.

Dentro de lo que es el derecho internacional existe un planteo que surge con Savigny en donde se establece dos posturas:

- Las que entienden al orden público como un conjunto de principios (a priori)
- Las que entienden al orden público como un conjunto de disposiciones (A posteriori).

La diferencia entre ambas posturas está dada en el tratamiento y la ubicación que se le da a la cuestión dentro y fuera de la norma es decir su aplicación a priori o a posteriori

Matrimonio en el Derecho Internacional Privado

1. Matrimonio

1. Calificación

La calificación del matrimonio debe efectuarse según el Derecho Privado vigente en el país donde el matrimonio se celebró, para Goldschmith según vimos en la parte de este trabajo que habla de calificaciones como problema en la norma generalísima internacional.

Para Boggiano¹¹, la calificación dependerá del concepto que le dé el Derecho Internacional Privado vigente en el Estado donde el matrimonio se celebró a diferencia de Goldschmith.

Según Kaller de Orchansky¹², la calificación corresponde a la ley del lugar donde el matrimonio se celebró. Pero para que funcionen las normas de Derecho Internacional Privado que deciden acerca de la validez del matrimonio, es necesario que dicha unión encuadre dentro del tipo legal de la norma indirecta.

La función de la calificación es otorgar una definición de los términos empleados por la norma indirecta que resuelve un caso internacional, ya sea en el tipo legal o en la consecuencia jurídica.

Si la solución que brinda el Derecho extranjero indicado por la norma es inaceptable para el criterio imperante en la sociedad en

¹¹ - BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", 3a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1991.

¹² Manual del Derecho Internacional Privado. KALLER de ORCHANSKY, Berta. Plus Ultra. 1976

la cual debe efectivizarse, debe rechazarse en virtud de la aplicación del orden público que, en definitiva, cumple su finalidad de coto a la aplicación del Derecho extranjero indicado por la norma indirecta.

Las normas de Derecho Internacional Privado someten las condiciones constitutivas del matrimonio a un determinado Derecho Privado nacional, pero para que funcione la norma de Derecho Internacional Privado es preciso que la unión encuadre dentro del tipo legal de la norma indirecta, o sea, que el concepto responda a la calificación de "matrimonio".

Por lo tanto caben dentro de la calificación las uniones poligámicas, incestuosas, consensuales y disolubles mediante el divorcio; aunque, como queda dicho, ciertos requisitos pueden llevar al desconocimiento de la validez del matrimonio en otro Estado.

Conforme a lo expresado, el artículo 159 del Código Civil (texto según ley 23.515) sienta el principio de la validez internacional del matrimonio: "Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el Derecho del lugar de su celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen". Se impone, por lo tanto, una calificación *lex causa*, sin perjuicio de que la aplicación del orden público internacional argentino provoque el desconocimiento de la validez de tal unión.

2. Ley aplicable a las condiciones de validez

intrínsecas y extrínsecas¹³

Las condiciones de validez intrínsecas comprenden los presupuestos del acto jurídico, es decir: consentimiento, capacidad y ausencia de impedimentos.

a) Consentimiento

La ley del lugar de celebración del matrimonio determina la regulación de sus efectos cuando éste es sólo aparente, o de su imperfección por causa de error o cuando no fue prestado libremente.

El artículo 172 determina que el consentimiento debe ser prestado indispensablemente en forma personal por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo.

Con la ley 23.515 se recepta el matrimonio a distancia en los artículos 173 y 174, que se encontraba ya adoptado por la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por la Argentina en 1969 (ley 18.444).

Desde la fecha de entrada en vigor de la misma, 27 de mayo de 1970, no podían celebrarse ya matrimonios "por poder" (Art. 15 y 37, ley 2393, y 1881, inc. quinto del Cód. Civ.). La Convención dice en su primer artículo, como ya lo expresamos en la primera parte: "No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre

¹³ BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", capítulo: "Validez e invalidez de los matrimonios" 3a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1991

consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona...”

También determina que “no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente”. Para nosotros la autoridad competente es el encargado del Registro Civil como ya lo hemos mencionado al hablar de forma del matrimonio.

El artículo 173 define en su primera parte el concepto de matrimonio a distancia. Se entiende por tal aquel en el que el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente ante la autoridad competente para celebrar matrimonios en el lugar en que se encuentre.

En la segunda parte del mismo artículo se determina que la documentación que acredita el consentimiento deberá presentarse dentro de los noventa días de la fecha de su otorgamiento.

La Convención no establecía plazo alguno de validez, pudiendo producirse la retractación en cualquier momento.

La ley argentina no prevé plazo de retractación pero es evidente que, producida la misma antes del perfeccionamiento del acto matrimonial, éste deviene imposible. Por ello, el plazo de noventa días sólo supone la caducidad automática del consentimiento.

Así también el fallecimiento del cónyuge, luego de haber prestado el consentimiento ante la autoridad y antes del cumplimiento del plazo de noventa días del artículo 173, impide el perfeccionamiento del acto matrimonial.

El artículo 174 determina el lugar de celebración del matrimonio, diciendo que es el lugar donde se presta el consentimiento que perfecciona el acto”.

La autoridad competente deberá verificar que los contrayentes no estén impedidos legalmente para contraer matrimonio y juzgará los motivos de la ausencia.

Si el oficial público se negara a celebrar el matrimonio, podrá recurrirse al juez competente.

Entre el 174 de la ley 23.515 y la Convención hay diferencias. En la convención, la eficacia del matrimonio a distancia está condicionada a que la autoridad competente se encuentre convencida de que existen circunstancias excepcionales que justifican la modalidad matrimonial, por ejemplo, en caso de guerra.

En el régimen argentino la autoridad juzgará las causas de la ausencia, por lo que subsiste la obligación de acreditar las circunstancias excepcionales a que se refiere la Convención.

b) Capacidad

En el Derecho Internacional Privado argentino la ley del lugar de celebración del matrimonio rige la capacidad de los

contrayentes. Por lo tanto, el régimen general de los artículos 6º y 7º, fundado en la ley personal del domicilio, queda desplazado por aquélla.

Sin embargo, la ley del lugar de celebración del matrimonio puede determinar la regulación del instituto por la ley personal de las partes: en ese caso debe imitarse la solución del derecho extranjero considerando como tal no sólo al Derecho Privado sino también al Derecho Internacional Privado, que remite al Derecho del domicilio o de la nacionalidad de los contrayentes.

Si la capacidad se rige por la ley del lugar de celebración del matrimonio, ésta misma rige las condiciones que deben reunir los contrayentes.

Los Tratados de Montevideo (el de 1889 en el Art. 11 y el de 1940 en el Art. 13) rigen la validez del matrimonio por la ley del lugar de celebración.

Ambos Tratados consideran que la capacidad para contraer matrimonio es especial y por lo tanto ajena a lo normado por el artículo 1º del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional que la somete a la ley del domicilio.

c) Ausencia de impedimentos

La capacidad depende de la ausencia de impedimentos, que son diversos según las legislaciones.

Todos los impedimentos establecidos por la ley de un Estado

son de orden público interno y por lo tanto deben ser observados por los que contraen matrimonio con arreglo a dicha ley.

Pero los Estados suelen atribuir especial importancia a algunos de ellos, a los que por motivos superiores comprometen el orden público internacional y, por lo mismo, las prohibiciones establecidas se imponen no sólo internamente sino también a los matrimonios celebrados en el exterior que son juzgados por los jueces locales.

A la inversa, cuando un impedimento, establecido por una ley extranjera contraría los principios de la legislación local, será desechado por motivo de orden público internacional.

La división entre los impedimentos de orden público interno e internacional sólo puede hacerse conforme a un ordenamiento jurídico positivo nacional determinado.

En nuestra legislación son de orden público internacional los enumerados en el artículo 166, incisos 1º, 2º, 3º, 4º, 6º y 7º a los que, en definitiva, podemos resumir en impedimentos de parentesco, ligamen y por causa de crimen.

Son de orden público interno los contemplados en los incisos 5º, 8º y 9º de la misma norma.

Resulta difícil hacer una clasificación a priori de cuáles son los impedimentos de orden público internacional de una legislación extranjera desechados en nuestro país, pero podemos generalizar diciendo que son aquellos que implican una discriminación injusta, o los establecidos en un Estado que se fundan en motivos políticos o

sociales, o religiosos o étnicos desconocidos o repudiados por nuestra legislación.

3. Inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero

La inscripción de partidas extranjeras de matrimonio está reglamentada en el decreto-ley 8204/63 (ratif. por ley 16.478).

En un capítulo especial que se denomina Documentos de extraña jurisdicción se dispone el modo de anotación, el requisito de legislación y el de traducción si el documento fuera redactado en idioma extranjero (Art. 63 y 64).

Se pueden registrar las certificaciones de matrimonios celebrados en otros países, siempre que se ajusten a las disposiciones legales en vigor, tanto en lo que respecta a las formalidades extrínsecas como a su validez intrínseca. El registro debe hacerse por orden del juez competente previa vista a la Dirección General (del Registro). El juez de primera instancia del domicilio del peticionante es el competente para decidir sobre la validez intrínseca y extrínseca del matrimonio cuyo registro se pide. Se debe dar vista al Ministerio Público (Art. 71, Ley del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas).

4. Nulidad del matrimonio

Las condiciones constitutivas del matrimonio, intrínsecas y extrínsecas, se rigen por la ley del lugar de su celebración. Por lo tanto, el matrimonio que es válido en el lugar de su celebración es internacionalmente válido. A la inversa, si se han violado condiciones constitutivas en el lugar de celebración, el matrimonio es internacionalmente inválido por más que según nuestra ley sea válido. Estas afirmaciones en relación a la validez o invalidez internacional del matrimonio chocan con el hecho de que el matrimonio no siempre es juzgado por los jueces del Estado donde se contrajo. Si el juez o tribunal competente para juzgar la validez o invalidez del matrimonio fuese sólo el del lugar de su celebración, la aplicación exclusiva de la *lex fori* no sería perturbada por ninguna excepción de orden público internacional y por ninguna norma de procedimiento.

Pero la ley 23.515 atribuye al juez del último domicilio conyugal efectivo la competencia para juzgar la validez del matrimonio. Este domicilio puede no coincidir con el lugar de celebración. Los tratados de Montevideo consagran igual solución (Art. 62 y 59).

La intervención de la *lex fori* (ley del domicilio conyugal), con sus condiciones y prohibiciones de orden público internacional, justifican que el juez que entiende en la causa decrete el desconocimiento de la validez del matrimonio, desconocimiento que, en principio, sólo tenía fuerza dentro del territorio donde se dictó la sentencia. Resulta así que será nulo el matrimonio que se haya celebrado violando principios de orden público en el Estado donde se

lo juzga, aunque no fuera así en el Estado donde fue celebrado.

El artículo 219, concordando con el 160, establece la nulidad absoluta del matrimonio celebrado con impedimento de ligamen, parentesco o crimen. El segundo artículo citado establece que no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediara alguno de esos impedimentos.

También son de orden público internacional los impedimentos establecidos por los artículos 13 de la ley 12.331 y 315 del Código Civil, texto según ley 24.779 de adopción (vínculo de la adopción plena). Su comprobación acarrea la nulidad del matrimonio celebrado en violación de esas prohibiciones. Los Tratados de Montevideo. en sus artículos 11 y 13, reproducen los impedimentos del Código Civil con el agregado de la falta de edad legal de alguno de ellos: "...los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle afectado de alguno de los siguientes impedimentos..." (enumera: ligamen, crimen, parentesco, falta de edad legal, que se establece en 14 para el varón y 12 para la mujer).

5. Régimen o relaciones personales: ley aplicable

Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos según el código civil. También hace a las relaciones personales la cohabitación y la fijación del lugar de residencia familiar (Art.. 198, 199 y 200).

Estas relaciones personales de los cónyuges dependen de la validez del matrimonio que las genera, pero su determinación no influye en la determinación de la ley aplicable. Ésta es la ley personal, salvo prescripciones de orden público internacional de la lex fori.

La ley personal se bifurca en ley del domicilio y ley de la nacionalidad. Es preferible la primera porque evita que la ley aplicable a las relaciones personales de los cónyuges sea ajena a la establecida por el país donde tienen su hogar.

Asimismo, establece que las relaciones personales de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio efectivo. Unifica criterios con el Tratado de Montevideo que adopta el domicilio conyugal y se aparta de la ley 2393 que tomaba el punto de conexión residencia.

El artículo 162 hace una calificación autárquica del punto de conexión: es el lugar en que las partes viven de consuno, y establece un punto subsidiario para el caso de duda o desconocimiento de éste, fijando la ley de la última residencia.

El Tratado de Montevideo de 1889 contempla el cambio de domicilio: en tal caso rige la ley del nuevo.

6. Alimentos

En la segunda parte del artículo 162 se fija la ley del domicilio conyugal para regir la admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, y el derecho a pedir alimentos.

En cuanto al monto hay un punto alternativo: el domicilio del

demandado si fuera más favorable al acreedor alimentario.

Las medidas urgentes, precisamente en razón del peligro en la demora, son juzgadas por el Derecho del país del juez que entiende en la causa. En general es la ley aplicable a los procesos cautelares.

Los Tratados de Montevideo, en sus artículos 12 y 14, rigen los derechos y deberes de los cónyuges y las relaciones personales por las leyes del domicilio matrimonial.

El de 1889 contempla el cambio del mismo determinando que en tal caso rigen las leyes del nuevo.

Convención de las Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero (Nueva York 1956¹⁴): La Convención adopta un procedimiento ágil a través de Autoridades Centrales designadas por cada país, cuyo objeto es facilitar la obtención de alimentos por parte del demandante que se encuentre en el territorio de una de las partes contratantes; la obtención de alimentos que pretende tener derecho a recibir del demandado que está sujeto a la jurisdicción de otro Estado contratante.

CIDIP IV¹⁵ sobre obligación alimentaria: Esta convención tiene como objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el deudor de alimentos tenga su

¹⁴ Convención de la ONU sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos de Nueva York 1956

¹⁵ Ley 25593 Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en Montevideo el 15 de Julio de 1989

domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el acreedor en otro. Se diferencia de la anterior en que aquella es una convención celebrada en el ámbito de las Naciones Unidas y por lo tanto con mayor vigencia en el resto del mundo. La CIDIP en cambio es una convención desarrollada dentro del ámbito de la Organización de Estados Americanos (OEA) que está integrada naturalmente por menos cantidad de países que la ONU y por lo tanto va a ser de menor aplicación en la práctica.

7. Régimen patrimonial matrimonial ¹⁶ ¹⁷

El régimen matrimonial puede ser legal o convencional pero aun en este último caso es también legal, porque es el ordenamiento jurídico el que faculta a los cónyuges a optar por un determinado régimen matrimonial entre varios enumerados por la ley o a dotar la convención de cierto contenido.

Existen, dos sistemas diferentes en las legislaciones positivas para el régimen de bienes matrimoniales.

1) Unas lo regulan en detalle y lo imponen como una consecuencia indeclinable de las nupcias.

2) Otras lo dejan librado a la voluntad de las partes permitiéndoles concertar libremente y estableciendo otro que es obligatorio sólo en defecto de estipulación.

¹⁶ BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", capítulo: "relaciones patrimoniales de los cónyuges" 3a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1991

¹⁷ ZANNONI, Eduardo A., "Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio", Bs.As., Astrea, 1993

Estos últimos someten esta materia al régimen de los contratos.

El artículo 163 dice: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal, en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de ubicación de los bienes..."

Reproduce casi literalmente los Tratados de Montevideo y los rige por la ley del primer domicilio conyugal sea cual fuera la naturaleza de los bienes: muebles, inmuebles o registrables.

Este sistema de unidad se contrapone con el de pluralidad o fraccionamiento, según el cual el lugar de situación de los bienes determina el derecho aplicable.

Era el sistema que respecto de los inmuebles establecía el artículo 60 de la ley 2393, la cual para los muebles determinaba la mutabilidad: producido el cambio de domicilio se generaba el cambio de ley aplicable.

El principio de la inmutabilidad sostiene que el Derecho aplicable al régimen matrimonial debe mantenerse inalterable aun cuando se opere un cambio anterior del punto de conexión que sirvió para designar ese Derecho (por ej., el cambio de domicilio conyugal no altera el estatuto legal primitivo).

El principio de la mutabilidad, por el contrario, sostiene que cada cambio operado en el punto de conexión somete el régimen matrimonial al nuevo Derecho señalado por la norma indirecta.

El artículo 163, segunda parte, sienta el principio de la inmutabilidad del régimen: "El cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los esposos en cuanto a los bienes, ya sean adquiridos antes o después del cambio".

Dice Zannoni que por aplicación de este artículo, aunque los cónyuges cuyo primer domicilio conyugal fue en el extranjero se trasladen a la República, corresponde aplicar a relaciones matrimoniales patrimoniales la ley de aquel primer domicilio conyugal.

Sólo se exceptúan las materias de estricto carácter real que estuviesen prohibidas por la ley del lugar de situación de los bienes (en este caso Argentina) respecto de los cuales no se aplicaría el Derecho extranjero. Por ejemplo: la exigencia de publicidad del dominio respecto de los bienes registrables que adquieren los cónyuges para oponerlo a terceros, o la exigencia de la tradición para, la adquisición del dominio o del título suficiente para la constitución de derechos reales.

8. Las convenciones matrimoniales^{18 19}

En virtud de lo expuesto vemos que la ley 23.515 deroga los artículos 4º, 5º y 6º de la ley 2393 y también el 1220 del Código Civil (validez de las convenciones matrimoniales regidas por las disposicio-

¹⁸ ZANNONI, Eduardo A., "Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio", Bs.As., Astrea, 1993.

¹⁹ BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", capítulo: "relaciones patrimoniales de los cónyuges" 3a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1991

nes del Código Civil respecto de los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nación).

Aquél asimilaba las condiciones matrimoniales a los contratos y remitía al 1205: contratos hechos fuera de la República que se rigen en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por la ley del lugar de su celebración.

Esto da certeza y seguridad jurídica.

En nuestros usos y costumbres no se utilizan las convenciones matrimoniales. Pero las cosas difieren en el Derecho Comparado donde los cónyuges celebran convenciones respecto al régimen patrimonial al casarse.

Frente a los desplazamientos y a las interrelaciones humanas que suelen darse en la vida conyugal, es necesario prever qué ley ha de regir las convenciones y así lo ha hecho la 23.515.

Por eso cabe admitir la eficacia extraterritorial de las convenciones que se hubieran concertado fuera del país aunque no coincidan con lo reglado por el artículo 1217 del Código Civil porque éste es una norma de orden público interna: "Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

1) La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio.

2) Las donaciones que el esposo hiciere a la esposa".

El artículo 1277 requiere el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar bienes gananciales en el caso de

inmuebles o muebles registrables. Es de orden público interno y, por lo tanto, estos dos artículos no pueden obstar a la extraterritorialidad de que gozan las convenciones matrimoniales en función del primer domicilio conyugal.

Por consiguiente, los aspectos atinentes a administración y disposición de los bienes propios y gananciales de la sociedad conyugal pueden quedar reglados por el contenido de la convención matrimonial nacida a la luz de un derecho extranjero aplicable por declaración del artículo 163.

El Tratado de Montevideo de 1940 declara la inmutabilidad del régimen matrimonial en cuanto al Derecho aplicable: primer domicilio conyugal.

La ley 23.515 ha derogado los artículos 4º, 5º y 6º de la ley 2393.

II. Separación y divorcio²⁰

A causa de factores religiosos, morales y sociales que influyen en la política legislativa, los Estados adoptan una postura divorcista o antidivorcista.

El divorcio vincular o absoluto disuelve el vínculo matrimonial y hace renacer la aptitud nupcial, sin perjuicio de la subsistencia de algunos efectos patrimoniales, como la obligación alimentaria y la vocación hereditaria. Por el contrario, la separación personal, si bien produce el debilitamiento del vínculo matrimonial, extingue algunas obligaciones personales entre esposos pero no produce la disolución del vínculo.

La legislación comparada muestra diferencias en cuanto a la admisión de la institución, la concepción en que se inspira, las formas y el procedimiento para su obtención:²¹

a) La mayoría de los Estados prevén la ley de la separación y el divorcio. Es común que transcurrido un determinado número de años la separación pueda convertirse en divorcio.

b) Entre los Estados que admiten el divorcio hay divergencias en cuanto a la concepción del mismo. Hay regímenes que parten del incumplimiento de los deberes matrimoniales, por parte de uno de los esposos, y la sentencia constituye un "castigo" al culpable. Es el divorcio sanción. Otros regímenes lo adoptaron como

²⁰ BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", 3a.ed., Bs.As., Abeledo-Perrot, 1991

²¹ Belluscio Augusto César. Regímenes matrimoniales. En: Belluscio Augusta César. Manual de Derecho de Familia. Sexta Edición, Buenos Aires, Depalma, 1996. segunda parte

remedio y se obtiene (con diversos plazos y requisitos) por la voluntad concurrente de los esposos, sin necesidad de ventilar las causas de la desavenencia conyugal. Hay legislaciones que además de admitir el divorcio sanción aceptan el divorcio remedio (por mutuo consentimiento). Por ejemplo: Argentina, Nueva York, Inglaterra e Italia.

c) Los Estados que optan por el divorcio sanción requieren que éste se alegue y se pruebe una de las causales en un procedimiento contradictorio: es variado en la legislación comparada el número de causales.

También existe el divorcio unilateral (en que la disolución depende de un solo cónyuge), pudiendo reclamarlo por los dos. Por ejemplo, el repudio divorcio rabínico o el divorcio por voluntad unilateral de la mujer en la legislación uruguaya.

En cuanto a los procedimientos para obtenerlo, también hay variedades en la legislación comparada.

Existen diversos procedimientos que pueden resolverse en:

1) Judicial: un juez entiende en los casos contenciosos y mutuos y unilaterales. En el caso de jueces o tribunales religiosos es también judicial el procedimiento porque estas autoridades religiosas están investidas y poseen competencia otorgada por el Estado para entender en las causas atinentes al estado civil de las personas.

2) Legislativo: el Parlamento está facultado para conceder al cónyuge inocente el permiso para contraer nuevas nupcias (Canadá e Inglaterra —siglo XIX—).

3) Administrativo: se realiza ante autoridades especiales (por ej., oficiales del Registro Civil, funcionarios registradores de divorcios, etc.). Fue previsto por la Convención de La Haya de 1902.

Dentro de éstos deben incluirse los consensuales (por ej., soviéticos hasta 1944), porque el consentimiento debía ser registrado por la autoridad pública.

1. Jurisdicción

Se trata de saber cuál es el Estado cuyas autoridades poseen competencia para decretar el divorcio. Al decir autoridad nos referimos al órgano que dentro del Estado internacionalmente competente está facultado para entender en tales causas, según el ordenamiento interno.

a) La jurisdicción del Estado donde se celebró el matrimonio. En si no tiene razón valedera porque el divorcio se relaciona con la ejecución del matrimonio y sus efectos; no con la celebración que acaso por accidente se celebró allí.

b) La del Estado al cual pertenecen los cónyuges por su nacionalidad o la de uno de ellos: Posee tantos inconvenientes que puede considerarse definitivamente abandonada: de aceptarse habría que denegar justicia cuando se demandara el divorcio ante un Estado distinto del de la nacionalidad, cuando los cónyuges poseen distinta nacionalidad, cuando se es apátrida o polipátrida, cambios de nacionalidad fraudulentos, etcétera.

c) La sumisión voluntaria o prórroga de jurisdicción debe descartarse porque convierte la función jurisdiccional en un asunto privado y facultativo, cuando en esta materia tiene carácter imperativo y coactivo.

d) La del domicilio es la solución que adopta la mayoría de los países. Es la más conveniente porque las autoridades del domicilio son las más accesibles para los cónyuges y las que están en mejores condiciones de recibir las causas y las pruebas. Los hechos y causales se producen en el Estado donde transcurre la vida matrimonial y es allí donde repercuten los efectos del divorcio (ley aplicable al divorcio).

El artículo 227 de la ley 23.515 dispone: "Las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado".

Esta solución hace a la igualdad jurídica de los cónyuges. El artículo 104 de la ley 2393 y los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 consagraban la jurisdicción del domicilio conyugal en materia de separación y divorcio absoluto. Este criterio de solución reclama, para su correcta aplicación, que se defina domicilio conyugal" (así lo hace el Art. 162).

Hoy el domicilio se establece de común acuerdo entre los cónyuges (Art. 200).

En la ley anterior al artículo 104. en concordancia con el

artículo 90. inciso 9º, se establecía que la mujer casada tenía el domicilio del marido, aun cuando se hallare en otro lugar con licencia suya, y el artículo 53 de la ley 2393 obligaba a la mujer a vivir con su marido dondequiera que éste fijara su residencia. En tales circunstancias el marido, mediante un cambio de domicilio, hace factible la disolución del matrimonio o impide que la esposa se pueda divorciar, ocultando su domicilio o fijándolo en un país no divorcista. Al establecer el artículo 227 el último domicilio conyugal efectivo queda salvado el inconveniente.

Anteriormente, la jurisprudencia interpretó y juzgó que en todos los casos el domicilio del marido es el domicilio conyugal al que aludía el artículo 104 y algún fallo dijo que el principio debía aplicarse aunque mediase separación voluntaria y maliciosa, por mucho que ella hubiere durado antes del juicio. Por lo tanto, la esposa debía interponer la demanda de divorcio o separación siempre ante el juez del actual domicilio del marido, aunque no fuese ése el que durante la unión hubiera servido de domicilio conyugal.

Entonces el marido, con el fin de trabar la acción de su esposa, se mudaba haciendo incierta la competencia del juez ante el cual la esposa iniciaba la demanda. Y no podía hacerlo si el marido abandonaba el hogar o se ignoraba su paradero. En 1960 la Corte determinó que el domicilio conyugal, a los efectos de la jurisdicción internacional argentina se halla en el último lugar de efectiva convivencia de los cónyuges. Tal es la solución adoptada por el artículo 227 del Código Civil (texto según ley 23.515), aun cuando

uno u otro cónyuge hubiese trasladado su domicilio al exterior al tiempo de promover la acción.

Se ofrece a opción del actor un punto alternativo, el del domicilio del cónyuge demandado (jurisdicción).

Los Tratados de Montevideo determinan la jurisdicción de los jueces del domicilio conyugal.

2. Ley aplicable al divorcio

Al tratar sobre la jurisdicción llegamos a la conclusión de que las autoridades del Estado donde se encuentra el domicilio de los cónyuges deben ser competentes para entender en las acciones de separación y divorcio. Por iguales razones que las que se invocan para justificar la jurisdicción corresponde aplicar la ley del divorcio.

Se llega así a la coincidencia entre jurisdicción y ley aplicable. Esta identificación trae aparejada la aplicación por parte de la autoridad competente de su propio Derecho (lex fori), con las ventajas prácticas que ello significa en una materia que, generalmente, es considerada por los Estados como de orden público.

Si, por el contrario, una vez aceptada la jurisdicción del domicilio se declarara aplicable al divorcio una ley distinta, como la del lugar de celebración del matrimonio, la ley nacional común o la ley nacional del demandante, podrá ocurrir que en el país donde se inicia la acción la institución no estuviera contemplada, o tuviera una concepción distinta, o se desconociera la causal invocada, o el

divorcio tuviera consecuencias diferentes. Tal falta de coincidencia entre el Derecho aplicable y la *lex fori* concluye casi siempre con el predominio de la *lex fori* que impone sus preceptos en razón del orden público. De allí que en esta materia la determinación de la jurisdicción resulta decisiva: indica, por una parte, cuál es el Estado que debe conocer y, simultáneamente, determina el Derecho material, que resulta ser el propio y que desplaza a cualquier otra ley extranjera.

3. Los Tratados de Montevideo

El artículo 8º de ambos tratados define el domicilio matrimonial. El del Tratado de 1889 dice: "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".

Por su parte, el del Tratado de 1940 establece: "El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido".

Los artículos 13 de ambos tratados consagran la ley aplicable a la separación personal y al divorcio vincular. En 1889 se resolvió: "La ley del domicilio matrimonial rige:

- a) La separación conyugal:
- b) la disolución del matrimonio, siempre que la causa

alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró”.

El Tratado de 1940 regla: “La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo. se rigen por la ley del lugar en donde se celebra.

“Sin embargo, los Estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos:

a) La falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como *mínimum* catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer.

b) El parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legítimo o ilegítimo.

c) El parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos.

d) El hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite.

e) El matrimonio anterior no disuelto legalmente”.

Y el artículo 40 del Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado prevé una cláusula general de orden público internacional: “Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

En 1889 ninguno de los Estados signatarios tenía divorcio, pero el Tratado de Montevideo lo incorpora denominando divorcio a la separación y disolución al divorcio vincular. Y define el domicilio: el

que tenía constituido el matrimonio o el lugar donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido.

En el artículo 9º se refiere a la mujer casada abandonada por el marido, la que conserva el domicilio conyugal. Salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país. domicilio propio.

La separación pronunciada en un Estado parte del Tratado tiene eficacia en los demás cuando es regular, es decir, cuando fue pronunciada por la judicatura competente con arreglo a la ley aplicable. Si es irregular, carece de eficacia internacional. Una sentencia que no reúne los requisitos del artículo 5º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 no tiene eficacia internacional. Y por último, a pesar de ser regular, una separación puede carecer de eficacia en un Estado que le oponga una excepción de orden público internacional.

El artículo 13. inciso b, establece que el domicilio conyugal rige la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en el cual se celebró. Dio lugar a distintas interpretaciones, una de las cuales exigía completa coincidencia entre las dos legislaciones: la del dominio conyugal y la del lugar de celebración del matrimonio (es una norma acumulativa). Engendró dificultades prácticas por lo que fue objeto de revisión por el Tratado de Montevideo de 1940, habiendo perdido actualidad.

El Tratado de Montevideo de 1940 determina la competencia: juez del dominio conyugal. Lo define en el artículo 8º y

en el artículo 9º al referirse a la mujer separada y abandonada.

En relación a la ley aplicable, sustituye la norma acumulativa del de 1889 por una simple: "La ley del domicilio conyugal rige [...] la disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal" (Art. 15, TM de 1940).

Frente a la reforma queda inoperante para el juez argentino, ya que se admite el divorcio vincular.

4. Régimen internacional del divorcio. Eficacia extraterritorial del divorcio decretado en el extranjero

Según lo establece el artículo 213 de la ley 23.515. "El vínculo matrimonial se disuelve:

- 1) Por la muerte de uno de los esposos;
- 2) Por el matrimonio que contrajere el cónyuge declarado ausente con presunción de fallecimiento;
- 3) por sentencia de divorcio vincular.

Por lo tanto, el ordenamiento actual otorga plena eficacia extraterritorial a la sentencia extranjera de divorcio vincular dictada por el órgano competente en la esfera internacional y que haya aplicado el Derecho del último domicilio conyugal, tal como surge de la armonización de los artículos 227 y 164 actuales.

Conforme al artículo 164, la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges.

Entonces, siempre que el último domicilio conyugal, o bien el domicilio del demandado, coincidan con la jurisdicción del órgano judicial extranjero que dictó el pronunciamiento de divorcio vincular, el mismo habrá sido emitido por un juez con competencia en la esfera internacional, a tenor de los principios del artículo 227 del Código Civil.

Y, a su vez, si dicho órgano decidió el caso aplicando la ley del último domicilio conyugal, la sentencia que ha dictado sobre divorcio vincular tiene plena eficacia extraterritorial en la República (según el Art. 164).

En consecuencia, ya se trate de un matrimonio celebrado en el país o en extraña jurisdicción, si concurren los presupuestos que hemos señalado (jurisdicción interna y Derechos aplicables), la sentencia de divorcio goza de eficacia extraterritorial sin perjuicio de que deban cumplirse los recaudos del exequátur.

En función del artículo 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se debe verificar:

1) Que la sentencia extranjera esté en autoridad de cosa juzgada en el Estado donde se pronuncie.

2) Que reúna los requisitos necesarios para ser considerada tal en el lugar donde se dictó y las condiciones de autenticidad exigidas por la ley nacional.

3) Que se haya garantizado el debido proceso legal (defensa en juicio).

4) La prevalecencia de cosa juzgada argentina.

Lo relativo al orden público internacional perdió vigencia desde la aceptación del divorcio vincular: no opera el artículo 14, inciso 20, del Código Civil.

Con respecto a la prevalecencia de cosa juzgada argentina, esto será así siempre y cuando los hechos litigiosos se correspondan con una situación fáctica anterior o simplemente en la República, desde que cabe entender que si las cuestiones que anidaron en la litis del proceso que tramita en el extranjero son ulteriores a las que nutrieron el proceso argentino, no puede considerarse que existe un menoscabo a la autoridad y eficacia del pronunciamiento emitido en la Argentina.

Los recaudos exigidos para que una sentencia de divorcio vincular dictada en el extranjero tenga eficacia extraterritorial se dividen en:

Formales:

- * Presentar copia íntegra de la sentencia extranjera, debidamente legalizada, autenticada y traducida.

Y procesales:

- * Emanar de autoridad internacionalmente competente.
- * Haberse garantizado la defensa en juicio.
- * Tener autoridad de ejecutoriado o pasado en autoridad de cosa juzgada.

Si no hay Tratados rigen los artículos 517 y 55 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Entre los Estados partes fundamentales de CIDIP II para la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros se debe cumplir con los requisitos sobre eficacia de sentencias, acreditados con los documentos indicados en el artículo 3º de la misma Convención.

Requisitos de eficacia (Art. 2º):

a) Que contengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de donde procede.

b) Que estén traducidos (la sentencia y los documentos anexos) al idioma oficial del Estado donde deben surtir efecto.

c) Que estén legalizados de acuerdo al Estado donde deben surtir efecto.

d) Que se hayan dictado por juez o tribunal competente internacional según la ley del Estado donde debe surtir efecto.

e) Que se haya notificado al demandado.

f) Que se haya asegurado la defensa de las partes.

g) Que esté ejecutoriada o tenga fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fue dictada.

h) Que no contraríen leyes de orden público del Estado donde se pide reconocimiento o ejecución.

Documentos para solicitar cumplimiento de sentencias, laudos y resoluciones judiciales. Son (Art. 3º):

1) Copia auténtica de la sentencia.

2) Copia auténtica de piezas necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos "e" de (notificación) y "f" de (defensa).

3) Copia auténtica del asunto que declare que la sentencia está ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada.

Dicha convención fue firmada y ratificada por Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En Bolivia rige el Tratado de Montevideo de 1889: sentencia en laudos en materia civil y comercial.

5. Eficacia extraterritorial de la separación personal decretada en país extranjero

La separación personal puede llevar a los efectos del divorcio vincular siempre que medie petición expresa de parte interesada, luego de transcurridos los plazos del artículo 238 (un año desde la separación personal en presentación conjunta y tres si la presentación es individual, conforme al Art. 216, conversión de separación personal en divorcio vincular).

Estos aspectos de las normas de Derecho material han gravitado en la limitación que consagra el artículo 164 ("la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 161").

El artículo 161, segunda parte, dice: 'El matrimonio celebrado en la República cuya separación personal haya sido legalmente decretada en el extranjero, podrá ser disuelto en el país en las condiciones establecidas en el artículo 216, aunque el divorcio vincular no fuera aceptado por la ley del Estado donde se decretó la separación. Para ello cualquiera de los cónyuges deberá presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada”.

Se trata del matrimonio:

- Celebrado en la República.
- Separado en el extranjero legalmente.
- Habilitado para divorciarse en la República.

Para eso, cualquiera de las partes puede presentar ante el juez de su actual domicilio la documentación debidamente legalizada

Significa que si el pronunciamiento lo dictó un juez con competencia en la esfera internacional que aplicó el Derecho del último domicilio conyugal y decretó la separación personal, pero en ese Estado no se admite la conversión de la sentencia en divorcio vincular (porque no hay disolución del vínculo), si los cónyuges contrajeron matrimonio en la Argentina, pueden ejercer el derecho de opción que contempla el artículo 216 para obtener aquí la disolución del vínculo en los plazos del artículo 238.

6. Conversión

Cualquiera de los cónyuges debe presentarse ante el juez competente, o sea el de su actual domicilio, acompañando el testimonio auténtico de la sentencia con la constancia de que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y demás requisitos (Art. 2º y 3º CIDIP II), debidamente traducida si no estuviera redactada en castellano, y acompañada de la pertinente legalización, salvo que este último recaudo quedara excluido en virtud de la existencia de tratados o convenios internacionales.

La ley 23.458 ratificó la Convención de La Haya (1961) que suprime la exigencia de la legalización de documentos públicos extranjeros, entre los cuales quedan incluidos los instrumentos públicos emitidos por un tribunal de los Estados partes (Art. 1º). Basta que contenga la apostilla.

CONCLUSION

Cabe comenzar esta conclusión refiriéndonos al matrimonio como institución fundamental dentro del Derecho de Familia, el que a su vez es pilar, no solamente de la rama mas importante del Derecho Privado (como lo es el Derecho Civil), sino de la Sociedad en sí, ya que la misma, en la opinión de los juristas más importantes de la materia, es el comienzo y base para una sociedad organizada.

Esto es razonablemente explicable.

Al mencionar los caracteres de la institución del matrimonio lo hicimos haciendo principal hincapié en la UNIDAD, la MONOGAMIA, la PERMANENCIA y la LEGALIDAD.

Desde los orígenes de la humanidad el derecho fue evolucionando de distintas formas, según distintas fueron las civilizaciones que a lo largo de su historia lo fueron experimentando, esto debido a la característica de "social" que reúne la ciencia del Derecho, lo que lleva a ésta materia jurídica a relacionarse muy estrechamente con el tipo de sociedad en la que es ejercida.

Asimismo, y siguiendo un mismo hilo de pensamiento, cabe continuar explicando que la cultura jurídica argentina actual está basada en la escuela de la exégesis, modelo jurídico francés basado en el culto excesivo a la letra de la ley, sufriendo modificaciones con el transcurso del tiempo, dando lugar a fuentes complementarias (y a veces excluyentes).

Este desarrollo apunta al hecho de que instituciones como la "venganza", la "justicia por mano propia", la pena de muerte, los motines, rebeliones y revoluciones, y demás instituciones de ese tipo

no son permitidas en nuestro derecho, debido a las bases sobre las que nuestra sociedad nacional está constituida.

Estas bases, en todo momento tratan de erradicar aquellas figuras anteriormente mencionadas y las sustituye por varios cuerpos legislativos basados en la vida en comunidad, que a su vez, encuentra sus fundamentos en la UNIDAD.

De allí que el legislador, según distintas interpretaciones históricas, orgánicas y sistemáticas llevadas por los juristas y demás científicos del derecho, hizo de la FAMILIA el elemento fundacional y necesario para la subsistencia de la sociedad, convirtiéndola a esta última en un modelo a escala de aquella.

Siendo la familia la base para la formación de la sociedad, dentro de esta institución podemos mencionar su parte principal o "medular" al referirnos al Matrimonio. Esto es así porque las relaciones de "afecto" existentes entre los miembros de una familia, el cuidado al que los cónyuges mutuamente se comprometen, conjuntamente con el complejo de derechos y obligaciones al que se someten los esposos, sumados a las responsabilidades que deben asumir respecto de sus personas, sus hijos, sus bienes y los de las personas que guardan relación de parentesco por afinidad (tipo de parentesco creado desde la celebración del matrimonio) hacen de este particular instituto el mas afín a la gama de derechos, obligaciones y responsabilidades que en la sociedad se busca que sus integrantes respeten.

Al mencionar al comienzo de esta conclusión los caracteres

del matrimonio, mencionamos a la UNIDAD en primer lugar.

Esa UNIDAD buscada (no siempre lograda) en la familia es la que se pretende también lograr en la sociedad. Una sociedad puede ser vista como una gran familia, de aquí es que se señaló la gran importancia que tiene el entorno y la cultura e historia de cada estado al momento de delimitar los parámetros sobre los que su Derecho será enmarcado, de manera de que éstos sirvan como pilares fundamentales para la organización social.

Decir que la familia, y el matrimonio como institución más importante dentro de ésta, es la base de la sociedad no solamente se explica como anteriormente nosotros lo he hecho a lo largo de esta tesis, sino que además lo podemos comprobar por el tipo de normas que regulan estas figuras jurídicas.

Así podemos mencionar al segundo elemento característico del matrimonio que es la MONOGAMIA.

Aquí ya no interesa saber por qué el legislador da fundamental importancia a la familia y al matrimonio como ejemplos para una sociedad organizada, aquí lo que nos importa son los motivos morales y religiosos que nuestros conquistadores, con su cultura y religión católica (hace mas de cinco siglos), los mentores de nuestro derecho, con sus experiencias legislativas, judiciales y fundamentos doctrinarios basadas en grandes filósofos y pensadores de la época, como KANT (hace mas de dos siglos) fueron imponiendo a lo largo de nuestra historia y que son, en definitiva, los pilares sobre los que nuestras generaciones anteriores fueron

asentándose y llegan hoy a ser fundamentales en la forma de vida adoptada por la gran mayoría de la población argentina (no podemos pretender que todo un estado comparta una misma cultura o costumbres).

Así, UNIDAD y MONOGAMIA llevan la nota característica de la institución del matrimonio en los que se refleja el antes y el después, es decir, lo que se busca de una sociedad (unidad) y lo que creó una parte de su cultura (monogamia), la causa y el efecto de imponerse una figura jurídica como fundamental dentro de un sistema.

Otro de los caracteres del matrimonio es el de la PERMANENCIA.

La relación entre éste y el Derecho o la sociedad tiene un punto de conexión muy particular.

Las tres funciones de poder, en relación al tiempo en el que rigen, se diferencian fácilmente: La función legislativa apunta al futuro, la función ejecutiva al presente y la función judicial al pasado (revé situaciones ocurridas y determina si fueron o no llevadas adelante conforme a derecho).

La que evaluamos en nuestra obra es la función legislativa, y el hecho de que el matrimonio es incluido como fundamental en una ley.

Así, podemos aclarar que tanto las leyes como, en mayor medida, la Constitución de un Estado, tienen el fin de perdurar en el tiempo. En general no son formadas o creadas para regir por corto

plazo o por tiempo determinado (salvo excepciones de leyes temporarias), sino que son creadas para regir a un Estado (Constitución) y las determinadas situaciones que en él se comprueban (leyes) por tiempo indeterminado, es decir, el objetivo de éstas es regir para siempre, hasta que una costumbre o una nueva ley las deje sin efecto por ser ya inaplicables por razones de oportunidad o utilidad.

De la misma forma, el matrimonio tiene como objetivo ser instituido con la premisa de que sea "para siempre" (hasta que la muerte los separe), con el propósito de lograr estabilidad respecto de aquella gama de derechos, obligaciones y responsabilidades a las que los cónyuges se sometieron al contraer matrimonio, sin obviar, por supuesto, las relaciones afectivas que dentro de una familia se observan y que, por su magnitud, se destacan de las demás relaciones que los seres humanos experimentan con otros semejantes fuera del ámbito familiar.

La permanencia en una determinada situación (en este caso en la familia formada en base al matrimonio) tiene como fin otorgar mayor seguridad en las actividades que sus miembros realicen, sabiendo de antemano las obligaciones y responsabilidades a las que están sujetos y los derechos a los que se hacen acreedores (que este término no otorgue un significado económico a la idea que intentamos plantear) al formar parte de un matrimonio.

Ésta relación entre la perdurabilidad de las leyes y la permanencia del matrimonio queda patente en el último de los

caracteres que mencionamos sobre el matrimonio, éste es el de LEGALIDAD.

Aquí se puede observar que esa importancia que venimos recalcando respecto del matrimonio y su influencia en la sociedad fue llevada y traducida por el legislador a términos legislativos, dándole un papel fundamental tanto en la ubicación dentro del Código Civil como en las relaciones entre la figura del matrimonio y el resto de las normas, generales y particulares, que contienen éste y los demás códigos y leyes que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, y luego de evaluar lo fundamental de la institución del matrimonio para la sociedad, tanto en sí mismo como por ser parte del derecho de familia, cabe relacionar este tema con el Orden Público.

Esa importancia que venimos recalcando respecto de la familia en la historia y formación de un Estado, hace que a ésta institución se la considere de Orden Público.

Siendo éste el conjunto de principios eminentes a los cuales se vincula la digna subsistencia del orden social establecido²², cae de maduro aclarar que la familia es la parte principal o el pilar fundamental de este orden pretendido.

Aquí es donde comienzan los conflictos respecto a la aceptación o no de matrimonios celebrados en el extranjero y los demás inconvenientes que se crean respecto de figuras jurídicas relacionadas (y que nacen) con el matrimonio y que también

²² Llambías, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Parte General. Editorial Abeledo Perrot. Año 1997 BsAs

revisten el carácter de Orden Público, tales son, por ejemplo, los divorcios, nulidades, tenencias, y otros institutos distintos al del derecho de familia, léase los derechos reales y el derecho sucesorio.

Para poder abordar este tema fue necesario comentar, anteriormente, los distintos sistemas que se deben tener en cuenta al momento de considerar la ley aplicable en caso del matrimonio celebrado en territorio extranjero o entre nacionales extranjeros.

De allí que debemos tener en cuenta que existen estados que utilizan el sistema de la nacionalidad y otros el de la territorialidad.

En Argentina, el sistema que se utiliza es el de la territorialidad. Esto surge del artículo 1 del Código Civil (y en materia penal surge también del artículo 1 del Código Penal).

Sabiendo que las disposiciones del Código Civil son aplicables supletoriamente a las demás ramas del Derecho que específicamente no tratan un determinado tema y, sabiendo también, que lo incluido en la parte general del Código Civil se aplica para interpretar orgánica y sistemáticamente el resto del articulado, cabe concluir que la intención del legislador fue instituir este sistema territorialista en todo el derecho privado.

Igualmente, en el derecho de familia está específicamente aclarado (tal cual lo tratáramos anteriormente) que los matrimonios se rigen en cuanto a las condiciones de su validez, tanto intrínsecas como extrínsecas, por la ley del domicilio de su celebración.

Ahora, el problema se hace mas agudo cuando a los distintos

efectos del matrimonio se les prevé aplicar legislaciones distintas (ya sea la del último domicilio conyugal, la del lugar de los bienes, etc.).

Cuando mencionábamos los distintos modelos a los que Goldschmidt se refiere al mencionar el territorialismo, el hace referencia al territorialismo extremo y al territorialismo mitigado en sus distintas variantes.

En el caso del derecho argentino, hicimos hincapié en esta conclusión respecto de la importancia fundamental de la familia como base, creadora, modelo y consecuencia de nuestra sociedad, de manera que al tratar la ley aplicable para solucionar los conflictos que sobre la materia se suceden no se nos tendría que hacer necesario recurrir a otras legislaciones, ya que por tratarse de una cuestión de orden público (la mas importante de todas las que nuestro derecho privado puede prever) no debería aceptarse la solución, para algunos casos, de que la aplicación de la ley sea la extranjera y no la argentina, cuando la cuestión se está decidiendo aquí.

Esta es una afirmación que hacemos debido a que hay casos en que la solución parece dejar de lado lo fundamental de la familia para ser substituida, jerárquicamente hablando, por institutos de menor "valor", ya sea porque las leyes que protegen a la familia en un estado se dejen de lado para proteger a los extranjeros que intentan acciones en otro país (derecho de extranjería) o para mantener en buen estado las relaciones internacionales mediante la celebración de tratados que traten estas materias, o por dársele mayor importancia a principios del derecho real de un estado y

aplicar una solución *lex loci sitae* y desviar la aplicación legal de una cuestión que debiéndose resolver en el estado en el que se está planteando se lo hace, en cambio, en otra.

No tratamos de decir que sobre la materia se aplique un territorialismo extremo, pero sí intentamos hacer hincapié en que la nacionalidad de las partes no muestran casi ninguna importancia en nuestro derecho y, sin embargo, sí la demuestran las instituciones fundamentales del Derecho Privado, entre las cuales aquí estamos destacando a la familia y, principalmente, a los efectos y situaciones que, por la celebración del matrimonio, pueden llegar a ocurrir y que al darse esas cuestiones llegan a producirse los grandes inconvenientes sobre jurisdicción y ley aplicable, debido a normas tan imprecisas como la del artículo **227** del Código Civil que da opción entre 5 direcciones distintas.

Así, concluimos que nuestro Derecho debería aplicarse a todas las cuestiones referidas al matrimonio y sus efectos siempre que se planteen en nuestro Estado, sin considerar en que Estado se contrajo el matrimonio y mas allá de que sean las partes nacionales o extranjeros. Así, estaríamos protegiendo el interés principal dentro del derecho privado interno, que es el del Derecho de Familia.

Si bien es cierto la existencia de una comunidad y un orden público internacionales, ésta, creemos, nunca debería pasar por encima del orden público interno, y al considerar a la familia eje fundamental de la organización de una sociedad no podemos mas que terminar por aceptar que las normas que regulen a este instituto sean

aplicables SIN EXCEPCIÓN cuando cuestiones relativas a ésta se planteen en nuestro país.

Igualmente, cuando los nacionales argentinos o extranjeros residentes en Argentina deseen plantear estas cuestiones en el exterior podrían hacerlo sin ningún inconveniente, mas cuando pretendan el reconocimiento de estos actos en nuestro país se debe cotejar esas acciones con los lineamientos normativos internos de nuestro estado para ver si ese orden público interno se vio damnificado o no.

No sería la primera vez que una materia del derecho de familia queda excluida por Argentina de los Tratados Internacionales.

Podemos mencionar como ejemplo el caso de las adopciones internacionales en donde (que por razones que no hacen al desarrollo de contenidos de esta obra no vamos a comentar) la Argentina no firmó tratados con los demás países que sí lo hicieron en convenciones sobre esta materia (La Haya) y la única normativa internacional a la que nuestro estado se adhirió fue al Tratado de Montevideo.

De manera que la solución planteada no suena tan poco posible de ser aplicada o tan poco creíble, ya que estaríamos protegiendo el orden público interno.

Por lo tanto, cabe que concluyamos nuestro trabajo recalcando que lo que proponemos es que siempre que exista un conflicto internacional en materia de matrimonio o de alguno de sus efectos no se apliquen las soluciones del derecho internacional

privado (por las cuales se debe verificar si entre los estados de las partes existe un tratado internacional sobre la materia y, en su defecto, aplicar el ordenamiento jurídico internacional privado interno) sino que se invierta esta solución y se recurra, en primer lugar, al ordenamiento interno de nuestro estado y, cuando éste específicamente lo determine, acudir a los Tratados Internacionales.

En caso de hablar de nacionales en el exterior o de extranjeros que pretendan hacer valer sus acciones interpuestas y resueltas en países extranjeros deberá verificarse, previamente, que las mismas hayan sido previstas por nuestra legislación o esas resoluciones no violen normas de nuestro ordenamiento jurídico interno.