



Universidad Abierta Interamericana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Sede Regional Rosario
Carrera de Abogacía

“El Orden Público Internacional Atenuado: figura necesaria en el Derecho Argentino”

2011

Alumno: Raian Ommid Rohani Sheshvan

Título al que aspira: Abogado

Fecha de presentación: Diciembre de 2011

INDICE

Agradecimiento.

Resumen, estado de la cuestión, marco teórico e introducción.

Capítulo I. Introducción al Orden Público Argentino.....8

1.- Concepto de orden público.

2.- Naturaleza jurídica.

3.- El orden público en la Constitución Nacional.

Capítulo II. La familia y el Orden Público en el matrimonio.....20

1.- La familia en la historia de la humanidad.

2.- El matrimonio en Argentina y en el mundo.

3.- La monogamia como figura de orden público.

Capítulo III. Matrimonios Poligámicos.....32

1.- Fundamentos de la bigamia.

2.- Poligamia según culturas religiosas.

3.- Implicancias y sociedades donde se aplica.

Capítulo IV. “El orden público internacional y su límite al reconocimiento de

efectos jurídicos en matrimonios poligámicos.”.....49

1.- Casos Jurisprudenciales.

2.- Derecho comparado.

3.- Fallo argentino.

Capítulo V. Conclusión. Propuesta jurídica.....68

Eterno agradecimiento a:

Mi familia;

Cada docente de la Universidad Abierta Interamericana por darme la oportunidad de crecer intelectualmente en especial a la Dra. Straziuso por su guía y apoyo en esta labor;

A mi amada esposa Mariam quien es mi inspiración y motivación a siempre dar lo mejor de mí.

Resumen

El tema a investigar en este trabajo podría resumirse con la siguiente interrogante: ¿cómo responderá nuestro ordenamiento jurídico ante la solicitud de una familia polígama legalmente contraída en el extranjero, peticionando el reconocimiento de alguno de los efectos matrimoniales en nuestro foro? Para responder a ello hemos dividido la labor en cuatro capítulos:

En el primer capítulo nos adentraremos en el concepto de orden público y su naturaleza jurídica.

En el segundo capítulo trataremos todo lo concerniente a la familia y su relación con las disposiciones y principios de orden público.

En el tercer capítulo repasaremos los fundamentos que sustentan la aplicación de la poligamia en los sistemas legislativos de distintos países.

En el cuarto capítulo analizaremos casos en el extranjero en los que se ha tenido que resolver situaciones similares a las planteadas en nuestra problemática de tesis.

Por último finalizaremos con nuestra propuesta brindada para una solución integral, amplia y jurídicamente adecuada para este problema.

Estado de la cuestión

Si bien no estamos acostumbrados culturalmente a ver una figura como la poligamia en nuestro país, es más, parecería hasta aberrante pensar en términos de bigamia, esta concepción de familia es un concepto que existe en algunos países del mundo y que se viene desarrollando desde hace siglos en la historia de la humanidad.

Tanto así resulta ser, que en determinadas situaciones en países como España e Italia, han tenido dificultades para resolver problemas jurídicos relacionados con esta figura distinta, específicamente al momento en que llegan solicitudes a los tribunales

peticionando el reconocimiento de efectos derivados por parte de varias esposas ligadas legalmente a un solo sujeto masculino a quien llaman marido.

La problemática planteada, lejos de ser impensada para nuestro sistema jurídico, es una realidad que se viene dando especialmente en muchos países europeos como fruto de un oleaje inmigratorio continuamente producido, tal vez, por este mundo globalizado y de constante movimiento entre familias de países con diferentes concepciones culturales y religiosas, es por ello que nos adelantamos a asegurar que en un futuro cercano también nuestros tribunales tendrán que enfrentarse a estas situaciones.

En este momento una respuesta con cierto simplismo jurídico dirigiría inmediatamente nuestro pensamiento a encontrar una solución en el orden público internacional, es decir, en ese límite al reconocimiento del derecho extranjero por “chocar” con nuestros principios y disposiciones, y en especial con lo que la sociedad, en este caso concreto, llamaría buenas costumbres.

Sin embargo en el desarrollo de esta tesis demostraremos la importancia de encontrar una respuesta jurídica satisfactoria a las solicitudes que pudieran realizar matrimonios polígamos extranjeros para obtener el reconocimiento de efectos en nuestro país y la necesidad de regulación de una manera abierta que proteja a los extranjeros en sus derechos y también a los nacionales en sus costumbres, ya que al aclarar conceptos de figuras jurídicas tan controversiales se aclaran también errores de comprensión que evitan uno de los peores aspectos de cualquier sistema legal que entendemos es “descartar” los casos minoritarios.

Marco teórico

Dentro de esta labor analizaremos el Orden Público Internacional establecido en nuestro ordenamiento jurídico y así mismo la mutación que fue experimentando en la historia de nuestro país, desde su establecimiento como legado que a través del Código Civil Francés nos lleva al derecho Romano, hasta las últimas modificaciones recientes como la ley de matrimonio igualitario por citar sólo uno.

En nuestro ámbito, la jurisprudencia nacional no posee un “leading case” y ni siquiera un caso concreto que haya resuelto planteos problemáticos como la que aquí planteamos, por lo tanto nos remitiremos a soluciones encontradas en legislaciones comparadas y en fallos similares de tribunales extranjeros.

En todos los casos que examinaremos a continuación siempre se han proporcionado respuestas jurídicas a las hipótesis que planteamos aquí, y es justamente hacia ello que nos dirigimos con esta labor, una creación jurídica que intelectualmente ofrezca una respuesta más amplia que un simple violentar del Orden Público Internacional.

Introducción

La motivación personal al momento de elegir el tema fue haber descubierto que: el no reconocimiento de efectos jurídicos a los matrimonios polígamos contraídos legítimamente en el extranjero, es una realidad moderna que no encuentra una respuesta fundamentada en la legislación existente.

Es por ello que examinaremos el tratamiento del tema en la legislación comparada e indagaremos acerca de la existencia de jurisprudencia sobre la problemática, como asimismo analizaremos la posibilidad de legislar en detalle la problemática.

Intentaremos demostrar que la problemática debe ser legislada determinando guías para proporcionar respuestas jurídicas a la problemática.

El área perteneciente a toda esta labor es el Derecho Internacional Privado.

Capítulo I

INTRODUCCIÓN AL ORDEN PÚBLICO ARGENTINO

SUMARIO: 1.- Concepto de orden público. 2.- Naturaleza jurídica. 3.- El orden público en la Constitución Nacional.

1.- CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO.

Definir el orden público no es una tarea sencilla de realizar, ya que muchos juristas renombrados se han encontrado con esta difícil tarea de encuadrar en un sólo concepto todo lo que abarca este instituto jurídico.

Tanto es así, que algunas expresiones de autores enfrentados a esta tarea de conceptualizar el orden público han sido las siguientes: “*verdadero suplicio para la inteligencia*” (Marqués Vareilles Sommieres), “*es un concepto que tiene un contenido elástico y variable y no es unívoco*” (Benjamín Pablo Piñon), “*vemos la dificultad en definir y precisar el concepto de orden público*” (Guillermo A. Borda), “*se encuentran imprecisiones de la terminología*” (Juan P. Cárdenas Mejía) entre otros, hacen que encontremos opiniones parcialmente concordantes o semejantes pero no idénticas.

Comenzando con el origen etimológico debemos remontarnos al Derecho Romano, que ha sido la fuente recibida por nuestro Codificador a través del art. 6 del Código Civil Francés y plasmado en nuestro artículo 21 de igual plexo normativo que dispone: *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres.* Esto muestra a las claras que estamos hablando de una semántica que incluye dos palabras: a) orden: en referencia a la adecuada disposición de las partes y b) público: en referencia a la polis, con los cual podríamos afirmar que etimológicamente estamos hablando de que el orden público sería así la disposición adecuada de las partes para la vida política¹.

¹ LAMAS, Félix A. *La experiencia jurídica*, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991, pag. 286-289.

Más interesante que el examen etimológico es comenzar a mencionar los conceptos que se han esgrimido por diferentes autores.

Ha dicho CAPITANT que el orden público “es el conjunto de instituciones y reglas destinadas a mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre particulares, y cuya aplicación en las convenciones no puede en principio ser excluida por los contratantes”.²

Este concepto bastante amplio no nos satisface completamente, pero en relación al presente trabajo rescatamos principalmente sus últimos términos de que el mismo no puede dejarse de lado por los contratantes.

Claramente no es posible dar un concepto global de orden público ya que el mismo tiene sus aristas en cada rama del Derecho, ya sea Civil, Comercial, Laboral, Tributario, Administrativo y por sobre todo el que nos interesa para esta investigación dentro del Derecho Internacional Privado.

Dentro de todos los puntos mencionados anteriormente, si estuviésemos impelidos a la elección de un solo concepto que nos ayude en la presente labor sin lugar a dudas nos quedaríamos con el siguiente: *“el orden público constituye un límite a la autonomía de la voluntad, a la aplicación de la ley extranjera, y sirve, además, para establecer excepciones al principio de irretroactividad de la ley”*³, ya que contiene todos los elementos que comúnmente legisladores, doctrinarios y jueces refieren a esta figura.

² CAPITANT, Henri, *Vocabulario jurídico*, trad. de Aquiles H. Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1961.

³ MAZEAUD, H. J. *Lecciones de Derecho Civil*. Ejea. Buenos Aires, 1959, part I, vol. I, pag. 243.

A los meros efectos de situar o concretar la materia que a continuación se desarrollará, deseamos manifestar con carácter previo que, en adelante, cuando nos refiramos a la cláusula o excepción de orden público estaremos refiriéndonos a ese “conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto.”

No debe confundirse, por tanto, la excepción de orden público a la que aquí nos referimos, con las comúnmente denominadas leyes de orden público, imperativas, de policía, o de aplicación necesaria, esto es, esas leyes que por motivos de interés general regulan intereses estatales demasiado importantes como para que su aplicación pueda ser burlada mediante la aplicación de una ley extranjera, piénsese, por ejemplo, en las normas sobre control de cambios, defensa de la competencia, protección de menores, etc.

En suma, todo lo que a continuación se exponga va referido al orden público entendido como aquel mecanismo técnico que en su aplicación tiene una finalidad correctora y un carácter excepcional y cuyo juego pretende mantener la homogeneidad de las respuestas jurídicas obtenidas a través de la aplicación de un solo sistema –el de la *lex fori*–, al mismo tiempo que defender las condiciones esenciales básicas de ordenación del medio sociojurídico en que tal sistema se aplica.

Entendido así, puede afirmarse que la aplicación del orden público en determinados países europeos ha ido matizándose paulatinamente en los últimos años de forma paralela a como se han ido dando, apareciendo o surgiendo una serie de nuevas circunstancias tanto de carácter social como de carácter jurídico.

Desde esta perspectiva, una de las manifestaciones más relevantes de la cláusula de orden público en la Europa actual son las que doctrinalmente se han venido a denominar orden público atenuado.

2.- NATURALEZA JURIDICA.

Ahora que hemos realizado el intento válido de conceptualizar las definiciones de este instituto jurídico, es oportuno sumergirnos en los mares de la doctrina para analizar la naturaleza jurídica del orden público internacional.

La doctrina iusprivatista internacional es coincidente en señalar el carácter relativo y variable del orden público internacional u orden público en el sentido del derecho internacional privado, como límite a la aplicación del derecho extranjero, al reconocimiento o ejecución de una sentencia de ese origen o a la prestación del auxilio judicial internacional.

Leemos en obras de la filósofa de la política y el derecho Martha C. Nussbaum lo siguiente: en realidad, el orden público es de carácter relativo en todo sentido. No solamente varía con las ideas jurídicas cambiantes (relatividad *ratione temporis*), sino que tiene precedencia sobre la regla extranjera aplicable bajo las normas sobre conflictos de leyes únicamente en la extensión que en la situación concreta, tal regla realmente infringiría el orden público.

En la nota podemos ver la cita de antigua jurisprudencia, ya desde 1914, que alude a esa relatividad en el tiempo. Y luego añade: “Puede generalmente decirse que la regla de la relatividad está implícita en el fondo de la mayoría de los casos vinculados al orden público -norteamericanos o no - aunque aquí y allá los principios locales con

fuertes matices éticos o políticos pueden tener absoluta preferencia sobre normas divergentes extranjeras”.⁴

En la doctrina francesa, Yvon Loussouarn y Pierre Bourel señalan que la noción de orden público varía en función de las reformas legislativas (*Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 1980, n° 250 in fine, pág.339), variabilidad a la que vuelven a referirse para destacar que se manifiesta no solamente en el espacio, sino también en el tiempo, lo que ejemplifican con las reformas acaecidas en su país en materia de filiación (1972) y de divorcio (1975).

En España, Carrillo Salcedo, al referirse a esta característica de relatividad del orden público internacional, recuerda los términos de un pronunciamiento del Tribunal Supremo del 5 de abril de 1966, en el que se alude a la conservación del orden social en un pueblo y época determinada (*Derecho Internacional Privado*, Tecnos, Madrid, págs. 238 a 241). En México, la relatividad del concepto es destacada por Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado*, México, pág. 236.

Ahora bien, abordando el tema del orden público en relación a los tratados en nuestro Derecho, Werner Goldschmidt menciona cómo las concepciones jurídicas del país que aduce el orden público pueden haber cambiado desde el momento de la ratificación hasta aquel en el cual sus autoridades deben aplicar el derecho de otro de los países ratificantes. El concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad.⁵

⁴ SCHOO, Alberto D., *Principios de Derecho Internacional Privado* Depalma, Buenos Aires, 1947, pág. 134, texto y nota 28 y pág. 135.

⁵ KALLER DE ORCHANSKY. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, pág. 142.

Por todas las lecturas anteriores podemos ir aportando nuestras impresiones en torno a esta naturaleza variable del orden público:

La modificación de la realidad socio-cultural fundamenta los caracteres del orden público y bien sabemos que este instituto reviste las cualidades de actualidad, versatilidad y variabilidad.

De todo lo expresado, debe tenerse presente que con cita en algunas de las doctrinas francesas mencionadas anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de nuestro país dijo que cabe señalar que el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino esencialmente variable, pues expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un Estado determinado.⁶

Claramente hemos visto que todos los autores mencionados hacen exacta coincidencia de una característica que ornamenta al orden público, pero no es la única, ya que el orden público tiene otras características que le son propias y dignas de destacar como ser:

- a) constituir una cualidad en ciertas leyes;
- b) ser la regla de excepción y no una regla constante;
- c) hallarse dentro de un género mayor como son las leyes imperativas.

⁶ Sentencia del 12 de noviembre de 1996, S.794. XXIX. Recurso de hecho, JA, 1997-IV-654, con nota de María Josefa Méndez Costa.

Parecería entonces que inmiscuyéndonos en esta última cualidad tal vez podríamos acercarnos a la naturaleza jurídica del orden público identificándolo con las leyes imperativas. La mayoría de la corriente doctrinaria busca diferenciar ambos conceptos, ya que mientras las leyes imperativas inciden e impiden que los particulares prescindan de ella en virtud de su obligatoriedad, las de orden público tienen una especie de “cualidad” por las motivaciones y fundamentos que el legislador les ha otorgado en consideración de intereses superiores.

Otro aporte fundamental lo da Jorge Llambías cuando la diferencia mencionando que el orden público apunta a la razón, fundamento y causa que da origen a esa categoría de norma, sin embargo en la imperatividad se nota el efecto de imponer la aplicación normativa plasmando políticas jurídicas sin que se vea involucrado el orden público. Entendemos que esta diferencia marcada por Llambías nos hace alejarnos de esta ribera jurídica y acercarnos a algún otro puerto donde encontrar la naturaleza jurídica del orden público.

Veamos a Werner Goldschmidt en este interesante acercamiento al tema: Menciona este autor que existen defensores del orden público que lo ven como conjunto de disposiciones y están aquellos que lo consideran como conjunto de principios.⁷

Para el primer grupo la totalidad de las disposiciones nacionales se dividen en dos grupos: las que pueden ser descartadas por el derecho extranjero y aquellas otras que a su vez descartan al derecho extranjero.

Esto nos hace concluir que si concebimos al orden público como un conjunto de disposiciones significa proclamar su aplicación *a priori*, o sea, con total independencia

⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1970.

del derecho extranjero por lo que rechazamos esta concepción que echaría por tierra toda la labor de este trabajo.

Ahora bien, veamos que ocurre con la concepción de orden público para aquellos que lo consideran un conjunto de principios.

Parten diciendo que apenas se hace alusión al “orden público” automáticamente se concluye que estamos en la presencia de principios inalienables del derecho propio. Entonces siendo el orden público un conjunto de principios no es posible partir de ellos por carecer de fuerza operativa y por lo tanto habría que partir con la búsqueda del derecho aplicable, viendo luego la solución que ese derecho presenta al caso y finalmente *–a posteriori–* será posible controlar la compatibilidad de aquélla con nuestros principios inalienables.

De a poco nos vamos acercando más a una idea de la naturaleza jurídica del orden público que nos satisface, ya que parte del objetivo de este trabajo es el respeto y la tolerancia hacia el derecho extranjero, lo cual es claramente aceptado por esta concepción “a posteriori” y descartamos la postura “a priori” que destierra por completo al mismo, habiéndose además comparado esta concepción de conjunto de disposiciones con la actitud que según la leyenda tomó el profeta Omar cuando ordenó incendiar la biblioteca de Alejandría: *“Una de dos –dijo Omar - o los libros coinciden con el Corán, entonces sobran...o ellos discrepan con el Corán, entonces son nocivos”*.⁸

Excelente narración histórica para aclarar cómo el orden público como conjunto de disposiciones deja afuera de todo al derecho internacional lo cual está totalmente en contra de la orientación y solución al problema que deseamos arribar en este trabajo.

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, 1970.

3.- EL ORDEN PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Comenzaremos esta explicación partiendo primariamente con la clara idea de que el orden público tiende a salvaguardar las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas.

Por una cuestión jerárquica nos vemos obligados a iniciar esta exposición con aquella norma que se encuentra en la cima de la pirámide de todas las normas: la Constitución Nacional; la cual reúne todos los supuestos básicos para ser considerada de orden público. Claro está que los principios constitucionales son operables sin necesidad de leyes que las reglamenten y las ausencias de estas no pueden tornar inoficiosos los derechos y garantías que allí constan.

La reforma de 1994 ha concedido jerarquía constitucional a los tratados internacionales enumerándolos en su artículo 75 inc. 22, superando la discusión si los mismos constituían normas supra o infra constitucionales. Es por eso que podemos concluir que se ha constitucionalizado el derecho, tanto público como privado, que contienen esos tratados, como normas de orden público de una jerarquía superior a las leyes inferiores de la Nación.

Entonces, determinando si las normas constitucionales pueden y deben ser impuestas de oficio por los jueces constituiría uno de los problemas más opinables. Los jueces deben confrontar la validez de las leyes inferiores con las normas constitucionales para determinar su inconstitucionalidad, es decir la pérdida de efectos de esa ley. Esto se da en el contexto del orden público cuando esa ley inferior viola el interés general de la sociedad: imaginemos una ley que permitiera la renuncia a la patria

potestad, la renuncia anticipada a los derechos de defensa en juicio o renuncia del trabajador a sus derechos esenciales ¿imposible verdad?, esto es a lo que llamamos el Orden Público en la Constitución Nacional.

Ahora bien, quizás la pregunta que podríamos hacernos es si existe sanción por la inobservancia del orden público “constitucional”. Y la respuesta es afirmativa. Cuando las leyes o decretos se confrontan con las normas contenidas en el derecho constitucional, que como mencionamos son de orden público, debe darse primacía siempre al texto supremo declarándolas inconstitucionales y por lo tanto las mismas se tornan ineficaces, es decir que pierden su efecto, y si estamos hablando de actos o negocios jurídicos en los que no se observan las normas de orden público, su sanción es la nulidad, cuyo significado es que priva al acto de sus consecuencias naturales en virtud de contar con la existencia de un vicio originario.

Cabe destacar que a partir de la reforma constitucional de 1994 se han incorporado nuevos derechos y principios -a través del art. 75 inc. 22- que llevan a reformular el contenido del Orden Público Internacional en la Argentina.

Por ello se puede afirmar que todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por la República Argentina, ya sea que gocen de jerarquía constitucional o supra legal, integran el contenido del orden público internacional, se trate de cláusulas operativas o programáticas, ya que en este caso no cabe hacer la distinción pues este instituto se compone de principios y no de normas.

Por esto último el abanico de principios que conforman el orden público en nuestra Constitución Nacional encuentra ahora una amplia gama de nuevos y adecuados derechos consagrados en base a una idea amplia de comunidad más allá de las fronteras

argentinas, lo cual es fundamental para la concepción amplia de razonamiento ante nuestra propuesta jurídica final.

Capítulo II

LA FAMILIA Y EL ORDEN PÚBLICO EN EL MATRIMONIO

SUMARIO: 1.- La familia en la historia de la humanidad. 2.- El matrimonio en Argentina y en el mundo. 3.- La monogamia como figura de orden público.

1.- LA FAMILIA EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD

La importancia de conocer la evolución que a través de la historia humana sufrió la organización de la familia, permite comprender el rol que los individuos desempeñaron en distintas etapas de ella y asimismo revisar conductas que nacen de concepciones impregnadas de preconceitos o motivaciones ideológicas y no tanto así de conclusiones basadas en un análisis objetivo y en la aplicación de métodos científicos para su comprensión.

Un conocimiento de la evolución y de las transformaciones de las organizaciones familiares en su devenir histórico, permite evaluar críticamente la estructura y el desenvolvimiento que, en la actualidad, presenta la familia y ayudarnos a poder comprender mejor las ideas completamente distintas que tienen lugar hoy día en distintas pueblos del mundo.

Al principio, la organización poblacional del hombre se asentaba sobre relaciones casi de carácter exclusivo entre determinados sujetos, predominando la relación sexual (de la que en última instancia deriva la familia) indiscriminadamente entre todos los varones y mujeres que componían una tribu. Esta clase de relación determinaba desde el nacimiento del niño el paradero de su madre, pero no así el de su padre; por lo que podemos afirmar que, en su origen, la familia tuvo carácter matriarcal, lo cual contrasta a la idea de paternalismo predominante como derecho natural.

Posteriormente este modelo de sociedad organizada alrededor de una tribu se fue extendiendo cada vez más, entrando en contacto con iguales grupos organizados a la distancia.

Esta relación entre miembros de una tribu y otra – independientemente de las causas que la originaban – conforma el segundo estado de avance familiar. En esta etapa, con el descubrimiento de la agricultura y la propiedad, la mujer pasó a formar parte de la esfera de las pertenencias del hombre, donde el trato que recibía no difería significativamente del dado a sus demás propiedades.

La mujer era comprada y vendida, también era acumulada, siendo esta actividad una condición normal en todos los pueblos y confirmada por muchos documentos de la época. Por ejemplo en la historia vemos que Jacob sirvió catorce años al padre de Lía y Raquel para poder casarse con ellas.⁹

De este modo, el hombre avanza rápidamente hacia la conformación de grupos familiares basados en relaciones que, cada vez más, tienen características que las distinguen de las dos anteriores: están individualizadas y con carácter de exclusividad.

Es aquí donde empezamos a ver la idea abstracta de monogamia, sin embargo, aun en las etapas posteriores, cuando ya se ha afirmado en los grupos humanos este tipo de relación, se observan resabios de aquellas formas primitivas de las relaciones grupales como por ejemplo “en grupos de Abisinia (actual Etiopía) y de las Islas Baleares, se detectó la costumbre de que, tras la boda, en la primera noche, la relación sexual fuera mantenida por la desposada con los parientes y amigos, y recién a partir del día siguiente, las mantuviese exclusivamente con el esposo.”¹⁰

Los historiadores no han podido conocer con certeza si existía o no reciprocidad en cuanto a las relaciones abiertas entre hombres y mujeres, pero es posible suponer que

⁹ SAGRADA BIBLIA, Génesis (29:15-37) .

¹⁰ ZANNONI, Eduardo A., Derecho civil. Derecho de familia, 2a ed., Bs. As., Astrea, 1993.

en aquellas primeras etapas de la evolución familiar basadas en la exclusividad de la relación de la mujer con un solo hombre, no haya existido tal reciprocidad, es decir, la libertad de relaciones del hombre con diversas mujeres pero no que las mujeres hayan tenido la misma libertad de elegir parejas.

Se podría suponer que de esa etapa histórica provengan hábitos sociales y hasta criterios admitidos durante la posterior etapa monogámica respecto de la diversa exigencia que, en materia de fidelidad, la sociedad hace al marido y a la mujer, cosa que en nuestra sociedad argentina vemos aún con bastante arraigo cultural.

Un hecho muy importante es que durante la historia de la humanidad cada vez que ha aparecido la luz de una nueva religión, ésta ha intentado generar cierto grado de influencia en las situaciones de las relaciones familiares.

En la religión musulmana la relación que tendría que tener el hombre con la mujer, a la luz de las palabras y hechos de su fundador Mahoma, fue muy diferente a lo que ocurrió después, en especial a partir de la decadencia del Islam. El revelador del Corán apareció en medio de un pueblo cuya actitud hacia la familia – en especial hacia la mujer – constituye una de las maneras más singulares de la milenaria tragedia sufrida por ella. El trato dado a la esposa era el mismo que se le daba al ganado y, como en otros pueblos, no había un límite para tener mujeres. Cuando el esposo fallecía, sus herederos dividían a sus esposas al igual que sus demás propiedades. En tal escenario irrazonable, el profeta Mahoma teniendo en cuenta el grado en que se podían civilizar esas tribus, restringió la acumulación indiscriminada de mujeres (harenes) y les ordenó como máximo cuatro esposas, lo que en esas culturas se podría ver como un primer

acercamiento a la estructuración de la monogamia debido a la restricción de la cantidad de esposas y la obligación consecuente de la fidelidad a ellas.

Concluimos finalmente mencionando que la familia ha evolucionado hacia su organización actual en occidente donde predomina la relación monogámica en la que: “un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completará el núcleo familiar”.¹¹

2.- EL MATRIMONIO EN ARGENTINA Y EN EL MUNDO.

Como señalamos anteriormente, en nuestro país el derecho de familia está contenido básicamente en el Código Civil. La Sección Segunda del Libro Primero está referida a los derechos personales en las relaciones de familia, y en sus catorce títulos Vélez Sarsfield incluyó la regulación del matrimonio. Con posterioridad, se dictaron las leyes que organizaron los registros del estado civil de las personas y en 1888 se sancionó la ley 2393 que secularizó el matrimonio, sustituyendo las disposiciones primigenias del Código Civil que había dispuesto las formas religiosas obligatorias para su celebración.

Ya en este siglo, se creó el patronato de menores, la ley 11.357 incidió en el *status* jurídico de la mujer casada, consagrando numerosas excepciones a la incapacidad que establecía el art. 55, inc. 2, dándole plena capacidad al igual que la gozada por el varón.

La reforma constitucional de 1994, al enumerar las atribuciones del Congreso, a éste le confiere la de aprobar o desechar tratados con otras naciones y con

¹¹ BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de Familia, 6º edición actualizada. Astrea. 2004.

organizaciones internacionales, así como con la Santa Sede. Seguidamente, el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional enuncia una serie de tratados que tendrán jerarquía constitucional y a los que se debe entender complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Entre esos tratados y declaraciones internacionales hay varios que contienen preceptos, ahora operativos, concernientes al derecho de familia.

Es oportuno para abordar este tema afirmar que uno de los “modelos” de familia propios del siglo XXI es la institución del matrimonio concebida como “la familia matrimonial” sea donde sea que nos ubiquemos en el globo terráqueo.

En nuestro derecho existe un sistema matrimonial único al que se accede mediante distintas formas de prestar el consentimiento a nivel civil.

En relación a las ceremonias religiosas hay una clara apertura a cualquier tipo de celebración, ya que ninguna tiene un impacto vinculante en la validez o no del matrimonio argentino y a pesar de que el gobierno federal “sostiene el culto católico apostólico romano”, el art. 14 de la Carta Magna nos declara el derecho de profesar libremente nuestro culto.

Claramente en el matrimonio argentino - y específicamente en su regulación jurídica - debe primar siempre el principio de no discriminación por razón de ideología y/o creencias y, más aún, ya que recientemente con la creación de la ley de matrimonio igualitario se ha sumado el principio de no discriminación por razón de sexo.

El derecho a contraer matrimonio a partir de la edad legal es un derecho subjetivo y un derecho humano reconocido en nuestro plexo legal interno como así mismo en Convenios y Declaraciones Internacionales.

Sin embargo el legislador argentino no ha tenido en cuenta que el “matrimonio” es una institución cuyo contenido varía enormemente según sea el círculo cultural examinado.

Así, por ejemplo, el matrimonio en el Derecho Islámico es un contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer y cuya finalidad es convertir en lícitas las relaciones sexuales entre los esposos.

Como se observa, es algo muy distinto de lo que se entiende por matrimonio en Occidente. Y aún así, en el mismo círculo cultural, las diferencias en el concepto de matrimonio son muy agudas de un país a otro: algunos países lo configuran como una institución indisoluble (ejemplo: Malta), otros como una institución disoluble (ejemplo: España); algunos países lo limitan a la unión entre hombre y mujer (ejemplo: Paraguay), mientras que otros permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo (Holanda y actualmente Argentina), etc.

Todo ello indica que detrás de los posibles conflictos de leyes laten poderosamente los diferentes modos de entender las relaciones de familia y esto redundaría en que indefectiblemente existen fuertes “conflictos de civilizaciones”.

La ausencia de una perspectiva comparatista y abarcadora entre todas las culturas en el Derecho Internacional Privado argentino - a nuestro humilde entender - conduce a resultados negativos, que pueden concretarse en las siguientes situaciones:

a) problemas de calificación y consiguientes lagunas legales en relación a “instituciones desconocidas” en el derecho argentino (como la poligamia, la dote islámica, etc.)

b) posible incidencia del Orden Público Internacional argentino relacionado con leyes que contemplan una concepción jurídica del matrimonio radicalmente opuesta a los principios que inspiran la institución matrimonial nacional.

Estos problemas serán seguramente más proclives a verificarse en nuestro país por efecto de las fuertes corrientes migratorias de personas procedentes de países de áreas poco conocidas (como países de Medio Oriente) que se instalan en la Argentina.

En resumen, la multiculturalidad de las sociedades requiere una respuesta especializada por parte del legislador, respuesta hasta ahora inexistente en nuestra norma legal de Derecho Internacional Privado y que con este trabajo deseamos ofrecer un nuevo y posible enfoque que inspire y aporte a su futura concreción.

3.- LA MONOGAMIA COMO FIGURA DE ORDEN PÚBLICO

La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad en beneficio de la prole y del grupo social. Es fácil advertir el beneficio que obtiene la sociedad cuando las uniones, el desarrollo de la vida y la descendencia no se fundan en grupos, sino en sujetos individualizados.

Pensemos sólo que la presunción de paternidad de los hijos habidos por la mujer requiere de ella relaciones exclusivas con su compañero -el marido-, en quien recae dicha presunción. A su vez, esto facilitó el ejercicio del poder paterno y debilitó el antiguo sistema matriarcal de la familia.

Esta función, que es a la vez fundamento de la unión monógama, llevó a crear en torno a ella dos elementos que aparecen de modo permanente a través de la historia: la

libertad amplia de relaciones sexuales entre los esposos y el deber de cada uno de ellos de abstenerse de mantenerlas con otro.

Con el correr del tiempo esta exclusividad llevó a sistemas legales contemporáneos a imponer penas para el caso de violación de ese deber, tal como sucedía todavía en nuestro Código Penal con la sanción que se imponía al adulterio, suprimida en el año 1995 por la ley 24.453.

La unión monógama permitió el cuidado de los ascendientes ancianos. Esta protección, desconocida en las formas familiares anteriores, aparece como una constante en esta última etapa de la evolución.

Finalmente, el aspecto económico resultó trascendente para el surgimiento, la afirmación y la protección a través del tiempo, y con medidas cada vez más precisas, del grupo familiar originado en la unión monógama.

La distinta aptitud física permitió al hombre y a la mujer distribuir, según esas posibilidades naturales, las tareas a emprender, para proveer así, a través del esfuerzo común, a las necesidades de ellos y de su descendencia.

La familia monógama va convirtiéndose así en factor económico de producción. No sólo atiende a sus necesidades, sino que se producen en la familia bienes o servicios para negociar. Es la larga etapa histórica de la producción y la manufactura en el pequeño taller familiar. La familia se constituye, en esa etapa, como la organizadora de los factores productivos, y es, asimismo, la etapa en que el valor económico más importante corresponde a la propiedad inmobiliaria.

Pero esta situación se revierte cuando, a partir del siglo XVIII, las sociedades se transforman por el surgimiento del industrialismo. Ya la producción, salvo en zonas rurales, se desarrolla fuera del ámbito de la familia; se concentra en las industrias, en el ámbito de las empresas, y se masifica a toda la población, sin que la ligazón familiar sea un requisito o una característica intrínseca a ella.

En el derecho de familia, el orden público domina – como mencionamos - numerosas disposiciones; como las que regulan las relaciones personales entre los cónyuges, las relaciones paterno filiales, las que determinan el régimen patrimonial del matrimonio, la calificación de los bienes de los cónyuges, etcétera.

Ello se debe a que el interés que la ley reconoce no es un mero interés individual, egoísta del titular, sino un interés que está en función de fines familiares. Por eso se alude al interés familiar que limita las facultades individuales, lo cual exige que las normas legales que reconocen tales facultades, sean de orden público para impedir la desnaturalización de los fines familiares a que aquéllas responden.

En algunos sistemas, el orden público constituye un límite a la aceptación del divorcio; en otros, lo es a su prohibición; es propio de cada foro, de cada sistema jurídico.

Cambia históricamente, por ejemplo, la jurisprudencia brasileña que en estos últimos tiempos se ha inclinado en admitir el reconocimiento de ciertos divorcios extranjeros para fines de un nuevo matrimonio, cosa que antes era totalmente rechazada (Derecho Internacional Privado, Introducción y Parte General, trad. de Perezniето Castro, Trillas, México, cap. 38, 8, págs. 581/2).

Un último obstáculo se opone a la precisión del ámbito del orden público: su constante variación. “El orden público, en efecto, refleja fielmente el movimiento de ideas de cada sociedad nacional, así como los acontecimientos sociales y políticos verdaderamente influyentes”¹².

Ahora entonces con todo lo mencionado pasemos a ver qué efecto produce la idea de la no observancia de la relación matrimonial: un hombre y una mujer.

La bigamia ofende al orden público actual y la proyección de los efectos de los matrimonios celebrados en esas condiciones está expresamente contemplada en el art. 160 del Cód. Civil - t.o. Ley 23.515- según el cual no se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos que el ordenamiento jurídico interno establece, entre los cuales se encuentra la subsistencia del matrimonio anterior, dejando en claro que sólo se permite el matrimonio con una persona.

De esta manera con independencia de la nulidad o validez que pudiera afectar al vínculo según la ley del lugar de celebración, es evidente que no deben reconocerse efectos extraterritoriales al matrimonio celebrado en segundo término ya sea por varón o por mujer.

Corresponde distinguir, por un lado, la ineficacia extraterritorial del matrimonio extranjero celebrado con impedimento de ligamen y por otro, los supuestos de nulidad e inexistencia del matrimonio. Constituyen categorías diversas, con caracteres que impiden toda asimilación; distinguiéndose en particular porque la nulidad se rige por la

¹² ALFONSIN, Q. Teoría del Derecho Privado Internacional, Idea, Montevideo, 1982, n° 381, pág.572

ley del lugar de celebración, en tanto la ineficacia extraterritorial se basa en la aplicación de la ley argentina.

La nulidad tiene efecto internacional porque la sentencia que anula un matrimonio extranjero debe ser reconocida por los demás países, mientras el desconocimiento de eficacia sólo tiene efectos en nuestro país según el orden público.

Veamos el caso luego de la sanción de la Ley 23.515 - que incorporó la posibilidad del divorcio vincular – donde la indisolubilidad del vínculo dejó de integrar el orden público interno dando un claro ejemplo del principio de mutabilidad que tiene este instituto jurídico.

Lo que el impedimento de ligamen protege no es la indisolubilidad sino el matrimonio monogámico, al impedir que se contraiga uno nuevo sin disolver previamente el anterior que pudieran tener uno o ambos contrayentes.

Por lo tanto, dicho impedimento no es exclusivo de los regímenes que no admiten la disolución del vínculo sino común a todas las legislaciones que consagran el divorcio disolutivo y admitir lo contrario conduciría a la poligamia; en tanto la monogamia que integra el Orden Público Internacional ya no es un criterio que admita discrepancias, tanto antes como después de la vigencia de la Ley 23.515.

Capítulo III

MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

SUMARIO: 1.- Fundamentos de la bigamia. 2.- Poligamia según culturas religiosas. 3.- Implicancias y sociedades donde se aplica.

1.- FUNDAMENTOS DE LA BIGAMIA

Una de las principales peculiaridades del sistema jurídico de los actuales estados islámicos es la no separación entre el aspecto dogmático y las fuentes de lo religioso, por una parte, y las de lo civil o estatal, por otra. Personalmente no encontramos nada de malo en ello a menos que este tipo de orden social atente contra los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Las sociedades democráticas Occidentales se asientan sobre valores aceptados unánimemente y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del menor. Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales.

Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva Occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello. Dejamos en claro que no podemos tolerar y ni siquiera dejar pasar por alto tales situaciones que configuran claramente una involución del avance de la justicia como ciencia social, pero para la meta de esta labor hacemos mención de ello únicamente como realidad actual.

Desde estas premisas cabe comprender que el Derecho en cuanto producto cultural de un pueblo es otro de los marcos en los que estas diferencias se revelan con más fuerza.

Ahora bien, esto no tendría muchas más repercusiones que la sola constatación de la diferencia que a nivel de derecho comparado se produce entre distintos ordenamientos jurídicos, si no fuera por la realidad sociológica actual, que pone en contacto civilizaciones distintas.

En efecto, es ya habitual hablar de la generación de sociedades multiculturales que se caracterizan por la convivencia de personas procedentes de culturas diferentes y cuyo motor de arranque fundamental es la inmigración.

En este contexto es normal que surjan relaciones privadas internacionales, que son detonantes no sólo del conflicto de civilizaciones sino también de conflictos normativos, especialmente intensos en el derecho de familia.

Así la llegada de inmigrantes de países islámicos frecuentemente acompañados de sus familias y muchas veces sin espíritu de retorno, hace posible que cada vez pueda ser más habitual el que nuestros tribunales tengan que enfrentarse a instituciones desconocidas por sus ordenamientos jurídicos, así, como el que tengan que dirimir cuestiones en las que aparezcan implicados sus propios nacionales, lo que ocurriría significativamente en el caso de matrimonios mixtos entre cónyuges de diferentes nacionalidades y/o dispares, de diferentes confesiones religiosas.

En dicha situación, los jueces deberán de tomar en consideración ordenamientos extranjeros que chocarán muchas veces con sus propios valores, o que remitirán a figuras que exigirán de adaptación a nuestro sistema.

Piénsese en la aplicación de la ley nacional islámica al matrimonio polígamo para su disolución a través del repudio, o la aplicación de la ley nacional del causante

que deja fuera de la sucesión al hijo ilegítimo o la aplicación a la capacidad para contraer matrimonio de la ley nacional islámica que prohíbe el matrimonio de musulmana con alguien de otra confesión religiosa.

Es fácil prever que en la medida en que el fenómeno de la inmigración parece imparable y la sociedad multicultural encuentra mayor asiento en nuestro país, la producción de esta problemática no sólo aumentará sus posibilidades de surgir sino que se agravará, exigiendo respuestas en cuya búsqueda deben implicarse todos los operadores jurídicos

La desigualdad entre el hombre y la mujer es una constante del derecho familiar islámico. Tal discriminación aparece ya, en la misma aptitud para contraer matrimonio. Entre los diferentes impedimentos para la celebración de aquél, está la prohibición para la mujer musulmana de contraer matrimonio con un hombre no musulmán.

Asimismo el matrimonio con varias mujeres a la vez es aceptado por las normas islámicas ya que las legislaciones limitan el número de esposas al número cuatro.

Estas normativas (a excepción de Túnez) también reconocen formas de disolución del matrimonio totalmente desconocidas para nuestro sistema y ciertamente discriminatorias para la mujer. Se trata del repudio que no es sino la disolución extrajudicial del matrimonio, que puede ser pronunciado por el marido a su arbitrio.

Todas estas instituciones que nos resultan sorprendentes aquí, son objeto de una exhaustiva regulación por el derecho de países islámicos y desde éste, todas ellas son debidamente justificadas, algunas veces por causa de la religión y otras veces por su propia estructura social que consagra la preeminencia del marido en el seno de la

familia y por ende su autoridad sobre la mujer y sus hijos. A través de ellas se teje un estilo de vida diametralmente opuesto al nuestro.

En materia de capacidad matrimonial uno de los puntos más polémicos del derecho islámico es la admisión de la poligamia para el varón que puede tener hasta cuatro esposas. La mujer no puede contraer matrimonio válidamente más que con un varón. Señala El Corán: “...*entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así evitaréis mejor el obrar mal...* (4,3)”.

La aceptación tradicional de la poligamia se ha apoyado en la primera parte de este versículo: “*casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro*”, mientras que la segunda parte “*pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola*” la han alegado algunos autores más liberales para defender una prescripción islámica implícita de la monogamia, afirmando que es imposible que un hombre trate con imparcialidad y total justicia a todas sus esposas. Estos últimos señalan que el precepto citado del Corán debe complementarse con lo prescrito en el capítulo 4, versículo 129: “*no podéis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis.*”

Con independencia de la existencia de posiciones más o menos abiertas en cuanto a la admisión de la poligamia en el derecho islámico lo cierto es que el único país que la ha prohibido legalmente es Túnez. Los demás Códigos de Estatuto Personal de los países musulmanes mantienen la validez del matrimonio polígamo, dentro de los límites autorizados en cuanto al número de esposas y al compromiso de un trato equitativo entre ellas.

Veamos otro ejemplo: la reforma del derecho matrimonial marroquí del 10 de septiembre de 1993 pretendía satisfacer parte de las demandas de los movimientos feministas del país introduciendo una mayor protección para la mujer. Con tal intención incorporó restricciones a la poligamia al prescribir expresamente que en cualquier caso, si existen motivos para temer una injusticia en el trato entre las diversas mujeres de un hombre, el juez no autorizará el matrimonio polígamo (Estatuto del Derecho Matrimonial Marroquí, art. 30,5). Conviene tener en cuenta que esta autorización judicial es un requisito exigido para el acta de matrimonio.

Otra vía por la que en algunos países musulmanes intentan limitar las posibilidades de poligamia es fomentando el recurso a los pactos particulares de monogamia, los cuales son posibles según el derecho islámico para regular en un determinado sentido cuestiones no ordenadas ni prohibidas en la *Sharia* (Ley Islámica con fundamento legal pero no irrefutable como el contenido del Corán) se han admitido tradicionalmente los pactos particulares. Expresamente se afirma que no constituye un delito llevar a cabo convenciones al margen de lo prescrito por la ley. Puesto que la poligamia es algo que la *Sharia* permite con las determinadas condiciones pero a lo que no obliga, cabría en el momento de celebrar contrato matrimonial incluir -a voluntad de las partes- una cláusula de monogamia, de tal modo que, si el varón la incumple y contrae matrimonio con una segunda esposa, la primera tendría derecho a solicitar el divorcio ante los tribunales por incumplimiento de lo pactado en el contrato.

Resulta ilustrativa la expresa regulación que hace la ley marroquí (Mudawana) señalando que la mujer puede imponer al marido la condición de que no le sea impuesta una co-mujer: *“En caso de incumplimiento, la suerte del matrimonio se deja a la mujer (art. 30). La mujer tiene el derecho de exigir al marido que se comprometa en el acto*

del matrimonio a no unirse a otra mujer y a reconocerle el derecho de exigir la disolución del matrimonio en el caso de que tal compromiso sea violado” (art. 31).

En virtud de todo lo expuesto y a pesar de cuestiones que no vienen al caso analizar – como las razones por las cuales un seguidor de la fe islámica decidiría contraer un matrimonio poligámico o monógamo – vemos claramente que en gran parte de las mismas civilizaciones culturales musulmanas la idea de monogamia empieza a tener un sentido cada vez más cercano a la idea de esta clase de matrimonio que se observa en Occidente.

Quizás la pregunta que podríamos dejar para la reflexión es: ¿si en nuestra cultura se avanza cada vez más rompiendo moldes hasta hace poco irrefutables como el matrimonio con personas del mismo sexo, será que en aquéllas culturas se estará avanzando cada vez más rompiendo moldes hasta hace poco irrefutables como el matrimonio poligámico?

2.- POLIGAMÍA SEGÚN CULTURAS RELIGIOSAS.

Es fundamental destacar que probablemente una de las ramas del Derecho más estrechamente ligada a las normas religiosas de la humanidad son todas las cuestiones relativas a la familia. Ya sea que lo miremos desde el modo en que se constituyen, la preparación de la esposa, los convenios prenupciales entre las familias, la dote matrimonial, el consentimiento de los cónyuges, la edad legal para su celebración, en fin, tantas cuestiones que difieren por las tradiciones y hábitos culturales que rodean cada sociedad.

Por todo ello vamos a hacer una revisión desde el punto de vista de algunas comunidades religiosas donde tratan el tema de la poligamia y así ayudar a que la comprensión y especialmente la tolerancia en la Comunidad Internacional pueda estar fundamentada:

Catolicismo:

La sociedad romana donde nació y se desarrolló el cristianismo hace más de dos mil años fue, al menos en su aspecto formal, monógama, más allá de que leyendo el Antiguo Testamento relataba claramente que todos los patriarcas bíblicos eran polígamos.

Un ejemplo es el caso de San Agustín, quien apoyó la legitimidad de los patriarcas aludiendo a cierta necesidad reproductiva de aquellos tiempos. Pero si vemos la observancia de las costumbres romanas se sostenía la prohibición de tener más de una esposa en la vida.

En la actualidad, la Iglesia Católica claramente condena la poligamia en su doctrina ya que señala que la poligamia es contraria al amor conyugal, el cual es a su criterio exclusivo e indivisible, de allí también la “prohibición” del divorcio.

Protestantismo

La importante reforma liderada por el alemán Martín Lutero aconsejó a los príncipes de los imperios europeos que adoptaron su reforma que, aunque en su parecer la Biblia no se oponía a la poligamia, se procurara mantener los segundos matrimonios en discreción para evitar escándalos en las sociedades donde reinaban.

Los más radicales como los anabaptistas practicaban la poligamia, pero con mínima influencia.

Otros líderes protestantes -como el caso del francés Calvino padre de la reforma protestante- condenaron la poligamia y es desde ese momento que esta práctica ya no sobreviviría en el protestantismo hasta la actualidad.

Mormonismo

En su inicio en Norteamérica, una de las iglesias llamada “de los santos de los últimos días” tuvo la práctica de la poligamia dentro de su doctrina.

En la vida de su fundador Smith, el grupo de miembros de la iglesia que emprendió su migración a Estados Unidos – específicamente en donde hoy es el estado de Utah -siguieron esta práctica como matrimonio oficial, no sólo el cuerpo de creyentes sino además sus líderes, encabezado por Young, quienes practicaron la poligamia casi en su totalidad, asunto que les trajo muchos inconvenientes y fue una de las causales de la posterior división de la iglesia en varias fracciones que han continuado hasta nuestros días practicando la poligamia en el estado de Utah y estados vecinos, como también entre individuos aislados sin ninguna afiliación.

Este tipo de polígamos se llaman "mormones fundamentalistas", a pesar de su falta de afiliación con la Iglesia principal de esa denominación.

La práctica de la poligamia en este orden se estima, hoy en día, en alrededor de unas treinta mil personas, comprendidos dentro de doce fracciones fundamentalistas. La práctica informal de la poligamia dentro de estos grupos presenta varios aspectos legales

interesantes. Cabe aclarar que es difícil perseguir legalmente a los polígamos porque no se casan formalmente ante la ley del Estado. Sin esta prueba concluyente, o sea pruebas de que los presuntos infractores tengan múltiples matrimonios, quedan solamente sujetos al delito de adulterio por cohabitación, la cual no tienen sanción legal en Estados Unidos.

Recién a finales del 1800 el nuevo presidente de la Iglesia de los últimos días declaró que en esta congregación la poligamia está prohibida y no se enseña en las clases de educación a jóvenes.

Actualmente la poligamia sigue estando prohibida para ellos.

Judaísmo

En la literatura judía clásica se indica que la poligamia de un varón con varias esposas está permitida, en el judaísmo actual esta práctica está totalmente rechazada.

Igualmente algunos grupos sectarios aun continuaron discontinuando la poligamia hasta hace poco tiempo, al punto que el estado de Israel tuvo que hacer provisiones para familias polígamas después de su creación en 1948.

En la actualidad es difícil ver esta práctica en los pertenecientes a esta religión.

Hinduismo

En el hinduismo la poligamia fue practicada desde tiempos ancestrales. El hinduismo no prohíbe la poligamia, es decir un varón con varias esposas, pero tampoco la fomenta.

Históricamente, en la práctica sólo los reyes fueron polígamos.

En la actualidad, la poligamia está prohibida bajo las leyes de la India, especialmente entre las provisiones relativas al matrimonio hindú. Sin embargo, los musulmanes de India tienen permitido tener varias esposas y a partir de octubre del 2004, los musulmanes y los hindúes tienen un trato diferente en la ley en relación al matrimonio.

Han existido intentos que proponen una ley marital uniforme que trate a todos por igual independientemente de su religión, pero sin éxito por el momento.

Bahaismo.

En esta nueva Fe nacida en Persia a mediados del siglo XIX, y que se ha extendido a todos los territorios del mundo, podemos observar que en su libro sagrado “Kitab-I-Aqdas”, se encuentran todas las leyes que regulan la vida de sus seguidores.

Entre estas leyes podemos observar la prohibición del ejercicio de la poligamia ya que se fundamenta en la vida matrimonial como una institución sagrada sólo permitida entre varón y mujer que durará no sólo en esta vida terrenal sino que continuará unida en los mundos espirituales después de la muerte.

Antes de pasar a las conclusiones de este capítulo vamos a comentar el ejemplo más cercano que nos toca como argentinos ya que claro está nuestra legislación no permite la poligamia.

El caso concreto es el del vecino país de Paraguay donde al finalizar la sangrienta guerra que los enfrentó con los países de Brasil, Uruguay y Argentina entre

1865 y 1870, en la llamada “guerra de la triple alianza” se produjo en el país guaraní una importante escasez de hombres en edad reproductiva; se calcula que fallecieron en el conflicto bélico alrededor del 90% de los mismos.

Viendo esta situación, el gobierno de aquel país tomó como medida para favorecer el aumento de la población, una política conocida como de *amor libre*. Es decir, se favoreció la poligamia, con base en que en algunos casos de zonas rurales la proporción de población de hombres en relación a mujeres era de aproximadamente uno por cada cincuenta; y analizado el asunto y de haberse mantenido una política condenatoria respecto del fenómeno poligámico, probablemente esa situación nunca hubiera sido resuelta.

Una de las conclusiones que arribamos haciendo un repaso general de las distintas culturas y creencias relacionadas a la poligamia es que más allá de que está permitida en varias sociedades, se observa cada vez más una inclinación para su erradicación mediante una conciencia de que la idea de matrimonio se circunscribe a una relación exclusiva entre un hombre y una mujer.

3.- IMPLICANCIAS Y SOCIEDADES DONDE SE APLICA

El Orden Público Internacional presenta una incidencia muy fuerte en relación con la aplicación en nuestro país de leyes extranjeras que regulan la capacidad matrimonial.

Ello es consecuencia de los distintos modos de concebir el matrimonio existente en los distintos ordenamientos jurídicos estatales.

En otras palabras, los “conflictos de civilizaciones” - que mencionáramos anteriormente - se aprecian tras los conflictos de leyes aumentando los casos de recurso al Orden Público Internacional.

Pero la intervención de este orden público no debería ser automático, por dos razones:

1º) El Orden Público Internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Como excepción, debe ser interpretada y aplicada restrictivamente;

2º) Una incidencia rígida y demasiado amplia del orden público internacional podría atentar contra principios constitucionales de “protección de la familia” o como se menciona comúnmente, en contra de intereses superiores reconocidos en la Carta Magna y en Tratados Internacionales.

Es por ello, que entendemos que la intervención del Orden Público Internacional Argentino debe realizarse con suma prudencia y en armonía con el conjunto de razonamientos que integran el espíritu de cualquier sistema jurídico.

Como venimos mencionando en este trabajo, un tipo de matrimonio que podría representar una fuerte repercusión en nuestro país y que de hecho ya lo hace en Europa es el matrimonio poligámico, es decir un varón casado simultáneamente con varias mujeres.

Esta incidencia obedece al hecho de la emigración que desde algunos años ha comenzado desde Medio Oriente y también desde países del norte de África hacia países Occidentales.

Estos matrimonios proceden de un círculo cultural islámico, en cuyo contexto este tipo de matrimonio es absolutamente legal y produce plenos efectos jurídicos.

A pesar de que en Argentina aún no se ve con frecuencia esta situación – o al menos no existen planteos concretos a resolver en nuestros Tribunales -, el impacto de este tipo de matrimonios en el continente americano puede generar situaciones que ameriten respuestas razonables, justas y acordes a Derecho.

Seguramente, y lo vemos en los textos de los destacados juristas locales, la doctrina argentina mayoritaria apoya la afirmación de no reconocimiento de matrimonios celebrados bajo la pluralidad de esposas.

Claro está que la aplicación de tales leyes atentaría en contra de la concepción cultural nacional del matrimonio y hasta nos animaríamos a asegurar que haría igual efecto contra la dignidad de la mujer quien tanto ha luchado por la igualdad de derechos y oportunidades durante todo el siglo pasado.

Imaginamos que los casos de poligamia que podrían presentarse con mayor frecuencia en nuestro país serían casos de poligamia musulmana, que es una poligamia sucesiva, es decir, matrimonios del mismo varón con distintas mujeres pero celebrados en distintos momentos, con la característica de que todas las mujeres dispondrían del mismo tratamiento legal.

Primeramente un análisis temprano nos llevaría a empezar mencionando que no importa que el matrimonio poligámico se haya celebrado entre extranjeros o con alguna conexión local y mucho menos en qué país extranjero ella fuera admitida, el Orden Público Internacional Argentino operará contra la aplicación de la ley extranjera que admite la poligamia y esto es así porque nuestro Derecho Internacional Privado no establece ningún mecanismo jurídico que indique que para la intervención del Orden Público de nuestro país contra la aplicación de una Ley de un país extranjero deba existir una mínima conexión entre el supuesto fáctico y el país cuyo orden público internacional interviene (Argentina).

Con suma claridad, el orden público internacional de nuestro país operará cortando de raíz la aplicación del Derecho extranjero que permite la poligamia cuando se trate de un matrimonio que se pretenda celebrar en Argentina.

Descartada la aplicación de la ley extranjera que permite el matrimonio poligámico del contrayente (sea extranjero o nacional), la capacidad matrimonial del sujeto pasará a ser regulada por la ley argentina, es decir por la Lex Fori.

De este modo, el matrimonio no se podrá celebrar porque existirá impedimento de ligamen según nuestro Código Civil.

La intervención del Orden Público Internacional debe hacerse restrictivamente aun en el caso de aplicación de leyes extranjeras que permitan el matrimonio poligámico, es por ello que deseamos destacar una figura que va emergiendo en algunos sistemas jurídicos el cual se denomina: orden público internacional atenuado y que según nuestra inteligencia es la clave para encontrar respuestas adecuadas a situaciones extrañas.

La aplicación restrictiva del orden público internacional argentino comporta varias consecuencias ya que se considerará que no puede celebrarse en Argentina ante autoridad civil un matrimonio de las características descriptas. Además, el matrimonio poligámico ya celebrado en el extranjero ante autoridad extranjera no es válido en nuestro país y no puede acceder a inscribirse ante el Registro Civil Argentino.

Pero ello no impide que el matrimonio poligámico celebrado en país extranjero cuyo derecho permite su realización, pueda producir algunos efectos en otros órdenes jurídicos de nuestro país.

Partiendo de esta premisa, es que fundaremos nuestra propuesta jurídica para la prevención y solución de la hipótesis planteada en esta tesis.

Negar todo efecto jurídico a un matrimonio poligámico celebrado legalmente en el extranjero con arreglo a leyes que lo permiten, sería a nuestro entender claramente injusto y específicamente contrario a la idea de “continuidad espacial” de las situaciones privadas internacionales.

Por eso, creemos en que la existencia de un orden público internacional “atenuado” podría ser una figura jurídica creada - ya sea a nivel doctrinario, jurisprudencial o mejor aun como ley formal – atendiendo a una necesidad urgente de nuestro sistema legal.

La tesis del “orden público internacional atenuado” consiste en lo siguiente: la intervención de la excepción de orden público internacional es distinta según se trate de la aplicación de una ley extranjera al objeto de crear una situación jurídica, -caso en que la intervención del orden público internacional es más intensa y se habla de orden

público internacional pleno-, o de la aplicación de una ley extranjera a los efectos de una situación jurídica ya nacida en el extranjero con arreglo a una legislación actual extranjera que considera válida tal situación - caso en que la intervención del orden público internacional es más débil-.

Entonces bien, en este segundo caso, la aplicación de una ley extranjera comporta distintos efectos jurídicos: algunos pueden ser contrarios al orden público internacional del país cuyos tribunales conocen del asunto, mientras que otros son perfectamente compatibles con el mismo.

Aunque cierta doctrina critica esta tesis, pues estima que concede a dicha situación una “total inmunidad” lo cierto es que ésta es la tesis comúnmente admitida en países como España e Italia en relación con el matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero.

Capítulo IV

EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y SU LÍMITE AL
RECONOCIMIENTO DE EFECTOS JURIDICOS EN
MATRIMONIOS POLIGÁMICOS.

SUMARIO: 1.- Casos Jurisprudenciales. 2.- Derecho comparado. 3.- Fallo argentino.

1.- CASOS JURISPRUDENCIALES

Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona, de 10 de octubre de 2001. Autos 945/1999, Khadidja K. c. Instituto Nacional de la Seguridad Social y Fátima C. (inérita):

Como es bien sabido, uno de los fenómenos sociales más importantes que está viviendo Europa en los últimos años es el fenómeno de la inmigración.

En efecto, durante los últimos años, las corrientes migratorias hacia el viejo continente –especialmente las que tienen su origen en el continente africano- han supuesto, por lo que ahora importa, la aparición de distintas formas de familia desconocidas en Europa, como es, por ejemplo, el matrimonio poligámico.

Pues bien, es esta figura –la del matrimonio poligámico- la que ha motivado en última instancia una revisión de la clásica forma de entender la cláusula de orden público en Europa y en determinados ámbitos del Derecho de familia. En concreto, el ámbito que podríamos calificar como el “más afectado” es el que atañe a los efectos jurídicos que dichos matrimonios pueden llegar a producir.

Y es que, por lo que concierne a la apreciación de las condiciones de validez de estos matrimonios –en su vertiente de ley aplicable a la capacidad y de ley aplicable a la forma de la celebración- la cláusula de orden público sigue jugando con toda intensidad. De este modo, nuestra Dirección General de Registros y del Notariado –DGRN- viene denegando sistemáticamente la inscripción de matrimonios poligámicos en España alegando que “atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer”.

Ahora bien, en el plano de los efectos que dichos matrimonios poligámicos pueden llegar a producir en España, la aplicación de la excepción del orden público viene matizándose de forma sutil en los últimos años. Así, y siguiendo una corriente doctrinal y jurisprudencial iniciada y ya asentada en Francia, en una reciente y hasta donde nosotros sabemos pionera sentencia de un Juzgado de lo Social de Barcelona se reconoció una serie de efectos a un matrimonio poligámico y, en consecuencia, no se contempló la aplicación de la excepción del orden público en toda su intensidad.

El supuesto en concreto enfrentaba a dos cónyuges supervivientes de un matrimonio poligámico, siendo el causante un trabajador inmigrante legalmente establecido en España con sus dos esposas. Ante el juzgado, la primera esposa –la actora- se oponía a una resolución de la entidad gestora de la Seguridad Social que había reconocido efectos jurídicos al matrimonio poligámico a favor de la segunda esposa para compartir la pensión de viudedad. En su sentencia, la jueza entendió que aunque el matrimonio poligámico esté prohibido en España, sin embargo sí podrían reconocérsele ciertos efectos, como en el supuesto de autos, la pensión de viudedad compartida.

En consecuencia, una aplicación de la excepción del orden público en su vertiente atenuada, conduce a prohibir de plano la celebración de matrimonios poligámicos en España, pero no obsta a que si los cónyuges, habiendo celebrado matrimonio válidamente conforme a su ley personal en su país de origen, trasladando posteriormente su residencia a España, puedan ver reconocidos ciertos efectos de ese matrimonio.

En este mismo orden de cosas, y en aplicación de esta versión atenuada del orden público, hay que convenir que no sólo es posible reconocer efectos en materia de

sucesiones, sino que también sería perfectamente lógico, ante el divorcio de un matrimonio poligámico, reconocer el derecho de uno de los cónyuges a percibir una pensión en concepto de alimentos.

Doctrina HAMMJE, P., pág. 15-19. En la doctrina española, también en este sentido, CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., pp. 299-300¹³

Una particular forma de hacer operar la excepción de orden público es aquella en virtud de la cual se exige que el supuesto de hecho tenga alguna relación con el foro, de tal forma que si esa relación con el foro no existe, la cláusula de orden público no es susceptible de ser invocada.

El ejemplo paradigmático a este respecto lo constituye el artículo 61 párrafo tercero de la ley suiza de Derecho Internacional Privado. Así, según este precepto incluido en un Título que regula la separación y el divorcio, si la separación se rige por la ley extranjera común de los cónyuges y ésta no contempla dicha separación o la contempla únicamente en condiciones extremas, la aplicación de la ley suiza podría considerarse para consumar la separación, siempre y cuando uno de los cónyuges fuera suizo o hubiera consumado dos años de residencia habitual en ese país. O dicho con otras palabras, si uno de los cónyuges es suizo o reside habitualmente en Suiza la excepción del orden público encuentra aplicación y, en su virtud, se llega a la aplicación de la lex fori. Por el contrario, si ninguno de los cónyuges cumple con estos requisitos,

¹³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales, COLEX, Madrid, 2004, ps. 271 – 294.-

la citada excepción no opera y, por consiguiente, la separación no puede consumarse ante los tribunales suizos.

Causa - C-7/1998, Supremo Tribunal Justicia Comunidad Europea del 28 de marzo de 2000¹⁴.

Aunque el ordenamiento jurídico francés no recoja explícitamente la excepción de orden público en su vertiente de proximidad, lo cierto es que la jurisprudencia de este país sí la ha aplicado en distintas ocasiones para conceder, por ejemplo, el divorcio de un matrimonio poligámico en el que la esposa demandante –la primera esposa del matrimonio- ostentaba la nacionalidad francesa

Sobre esta particular forma de operar de la cláusula de orden público se ha objetado, y no sin razón, que fomenta una distinción de supuestos difícilmente justificable, pues mientras que para determinadas personas, y debido a su especial vinculación con el foro, les sería de aplicación la excepción de orden público, y a la sazón un “mayor” reconocimiento de sus derechos fundamentales (en este caso la igualdad entre los cónyuges) para otras, precisamente por su “desvinculación” con el foro, ese reconocimiento no se produciría con la misma intensidad.

En efecto, repárese en que la consecuencia inmediata de la aplicación del orden público de proximidad es que para los sujetos “desvinculados” del foro, sería aplicable su ley personal, con independencia del respeto que esta ley haga de los derechos fundamentales; mientras que, para aquellos otros sujetos que de alguna forma están

¹⁴ Fallos disponibles en www.juridicas.unam.mx y www.opinorama.com.ar.

vinculados con el foro, la consideración de la excepción de orden público puede conducir a la aplicación de una ley más respetuosa en este ámbito.

En consecuencia, y aunque constatemos que la excepción de orden público de proximidad se propaga lentamente en determinados estados europeos, estimamos que su aplicación puede conducir a resultados cuanto menos discriminatorios y por lo tanto entendemos que no es una herramienta especialmente válida para alcanzar los fines de justicia que el Derecho internacional privado persigue.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 de junio de 1995, “W., E.M. c/O., M.G.: s/Exhorto”:

El más alto tribunal argentino dispuso, por mayoría, el retorno a Canadá de una niña de cinco años, retenida en Argentina por su madre en ocasión de una visita a Buenos Aires para pasar las fiestas de fin de año con los abuelos. El marco jurídico estaba dado por la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Dijo la Corte Argentina: “...*la resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un Tratado de aplicación rápida o eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño...*”

En otra sentencia un par de meses más tarde, el 14 de septiembre de 1995, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, negó la restitución de un niño con fundamento en el art. 20 de la Convención de La Haya de 1980.

Los hechos relevantes pueden resumirse del modo siguiente. El matrimonio residía en Kuwait desde 1979. A raíz de la guerra del Golfo, la familia huyó y se refugió en Inglaterra en agosto de 1990, donde el niño comenzó a concurrir a una guardería. Sin consentimiento del marido, la madre trajo a su hijo a la Argentina e inició juicio de tenencia. A través de la Autoridad Central del Reino Unido, el padre promovió demanda de restitución en los términos de la Convención de La Haya de 1980. La primera instancia ordenó la restitución. Apelaron la madre del niño y el Ministerio Público. Opusieron el art. 206, párrafo segundo, del Código Civil Argentino que dispone que los menores de 5 años deban permanecer bajo la tenencia materna, disposición que reputaron como principio fundamental del Estado requerido. Sostuvo el Tribunal: *"...El aludido precepto del Código Civil es sólo un principio del derecho de familia argentino y los Estados partes de la Convención han aceptado sacrificar la invocación de los principios de su derecho de familia como causa de oposición"...* *"En cambio, cabe analizar si el derecho a la vida, que la Convención sobre Derechos del Niño reconoce (incorporada con rango constitucional por la reciente reforma al art. 75 de la Constitución Nacional), se encuentra en riesgo...El derecho a la vida es un objetivo esencial de los Tratados de derechos humanos, toda vez que constituye un núcleo indestructible"*.

El Tribunal estimó que, en el caso, de restablecerse la situación anterior al traslado ilícito, la vida del niño estaría expuesta a grave riesgo pues grupos fanáticos habían amenazado de muerte al padre. Esta sentencia revela que la jerarquización de valores (en cuya cúspide se encuentra *el valor vida, su integridad y su dignidad*) guía la solución de la tensión entre dos fuerzas: *por un lado el derecho interno coactivo en materia de menores,*

que todo juez tiende naturalmente a aplicar, y, por otro lado, los imperativos de las obligaciones asumidas internacionalmente en una materia en que ningún Estado puede actuar, aisladamente, con eficacia.

En ambos casos jurisprudencias argentinos, uno para conceder la restitución del menor en base a un instrumento convencional internacional y otro para negarla, se apreció una noción muy exigente de orden público internacional.¹⁵

2.- DERECHO COMPARADO.

Si deseamos comparar algunas respuestas tribunalicias tomadas desde juzgados europeos ante el problema del reconocimiento –ya sea de su existencia o de sus efectos en nuestro país– de un matrimonio poligámico primero debemos recordar que claramente en Argentina la primer respuesta que encontraríamos sería la siguiente: el juez nacional haría la valoración a través del Orden Público Internacional de este instituto jurídico extranjero que pretende tener injerencia en el ámbito local. Si es contraria a sus principios - y claramente lo es en nuestro país - se le opondrá excepción de Orden Público Internacional dado que el elemento a incorporar es foráneo y la relación jurídica, es obviamente internacional. De este modo se limitaría la extraterritorialidad y se constituiría una cláusula de reserva a emplear cuando el derecho extranjero es incompatible con el nacional.¹⁶

Pero veremos entonces cómo esta figura del matrimonio poligámico ha motivado en última instancia una revisión de la clásica forma de entender la cláusula de Orden Público en Europa y en determinados ámbitos del derecho de familia, y cómo sería una

¹⁵ Fallos disponibles en Jurisprudencia Argentina , Buenos Aires, 1995-III-430 y ss.

¹⁶ RAPALLINI, Liliana. Temática del Derecho Internacional Privado, Editorial Lex, 1998, página 101.

excelente analogía para ir descubriendo una propuesta jurídica de solución a este tema en nuestro sistema jurídico.

En concreto, el ámbito que podríamos calificar como el “más afectado” es el que atañe a los efectos jurídicos que dichos matrimonios pueden llegar a producir.

Y es que por lo que concierne a la apreciación de las condiciones de validez de estos matrimonios en su vertiente de ley aplicable a la capacidad y de ley aplicable a la forma de la celebración, la cláusula de orden público sigue jugando con toda intensidad.

Ahora bien, en el plano de los efectos que dichos matrimonios poligámicos pueden llegar a producir - por ejemplo en España - la aplicación de la excepción del orden público viene matizándose de forma sutil en los últimos años.

La aplicación del derecho extranjero por parte del juez nacional, constituye una de las materias más controversiales del Derecho Internacional Privado y se remonta al natalicio de esta rama del Derecho, cuando Bartolo de Saxoferrato sugiere que el juez de Módena le debe aplicar al ciudadano de Bolonia el estatuto boloñés y no el derecho propio. En aquella oportunidad histórica, por vez primera, se produce la escisión de jurisdicción y ley aplicable.

Habida cuenta la naturaleza del caso que se juzga, nada mejor que acudir a lo que sobre el punto comenta el jurista Quintín Alfonsín: Supóngase un Estado que consideraba de orden público la indisolubilidad del matrimonio que, habiendo mudado convicciones, consideró de orden público la disolubilidad (me permito agregar que es el caso concreto de nuestro país a partir de 1987 con la Ley 23.515). A partir del cambio, los jueces de ese Estado sólo pueden ocuparse en preservar el principio de la

disolubilidad, aun cuando se trate de matrimonios celebrados antes del cambio, aun cuando en una instancia anterior al cambio los jueces hayan sostenido lo contrario.¹⁷

La actualidad del orden público es resultado indefectible de su variabilidad.

Recogen esta idea algunos autores que concluyen en que el espíritu que informa la legislación de un Estado tiene el dinamismo propio de lo viviente y avanza con la vida de una comunidad.

Por ello, la legislación que se toma en cuenta como referencia a efectos del juicio de compatibilidad, es la que impera en el foro en el momento en que el juez resuelve.

Es que si el orden público tiene por función la de defender los valores del derecho propio contra el derecho extranjero en sí aplicable según las reglas del derecho internacional privado, cabe coincidir con Goldschmidt en que si tales principios pueden cambiar en el transcurso del tiempo, precisamente por su manera de ser, ellos son necesariamente retroactivos y es aquí que lo llamamos actualidad del orden público.

Como es bien sabido, uno de los fenómenos sociales más importantes que está viviendo Europa en los últimos años es el fenómeno de la inmigración.

En efecto, durante los últimos años, las corrientes migratorias hacia el viejo continente, especialmente las que tienen su origen en el continente africano, han supuesto la aparición de distintas formas de familia desconocidas en Europa, como es, por ejemplo, el matrimonio poligámico y gradualmente los tribunales están empezando a aprender la manera razonable y jurídicamente correcta para enfrentar estas situaciones.

¹⁷ ALFONSIN, Q. Teoría del Derecho Privado Internacional, Idea, Montevideo, 1982.

3.- FALLO ARGENTINO

Nulidad de matrimonio por bigamia doble: un caso argentino-norteamericano¹⁸

A) El caso de nulidad matrimonial

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala M, con voto de la Dra. Elisa M. Diaz de Vivar y adhesión de los magistrados Mabel De los Santos y Miguel Ángel Vilar resolvió decretar la nulidad de un matrimonio contraído en el Estado de Florida, EE UU, a pedido del esposo, porque la contrayente se hallaba casada válidamente con anterioridad, por matrimonio contraído en la Argentina, no disuelto legalmente. En tal sentido, había sentenciado el a quo, razón para que fuera confirmado su fallo.

El problema que plantea el Tribunal, se expone en uno de sus considerandos: este matrimonio celebrado en el extranjero, mediando impedimento de ligamen, debe ser declarado a) ineficaz o inexistente o b) nulo? y la relevancia de la diferencia entre ambos.

La apelante solicitó se revocara la sentencia que había decretado la nulidad del acto y que por aplicación de la doctrina sentada por la C.S.J. en el caso “Rosas de Egea” (1969) se resolviera que la segunda unión es inoponible o inexistente según el ordenamiento jurídico argentino.

B) Diferencias entre el matrimonio nulo y el matrimonio in fraudem legis.

¹⁸ C.S.J.N. LL 1975-C- pág.264.

La Cámara consideró que no se trataba de un caso de “inoponibilidad” del acto, sino de nulidad matrimonial.

Para llegar a esta conclusión, señaló que sin perjuicio de encontrarse sometida la validez formal y sustancial del acto matrimonial a la ley del lugar de celebración (art. 159 Código Civil) el artículo 160 del mismo plexo normativo introduce una restricción importante al funcionamiento del principio general de la *lex loci celebrationis* al expresar que *“No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos de los incisos 1, 2, 3, 4, 6 ó 7 del artículo 166”*, el cual dispone en su inc. 6to.: *“Son impedimentos para contraer el matrimonio: ...el matrimonio anterior mientras subsista”*.

Por tal motivo, este segundo matrimonio celebrado en el extranjero- dijo la Cámara- debe ser declarado nulo en forma absoluta, por hallarse afectado el impedimento de ligamen anterior subsistente.

Se trata de un matrimonio celebrado en el extranjero, entre dos personas domiciliadas en Argentina, en el que uno de los cónyuges estaba previamente casado en el país, sin disolución del vínculo en Argentina, ni en cualquier otro país, incluyendo EEUU donde se celebró el nuevo matrimonio.

Goldschmidt hablaba en este supuesto de bigamia internacional doble, es decir que el vínculo resulta bígamo tanto para el país de la celebración del segundo matrimonio, como para el nuestro.

La sentencia agrega que la jurisdicción para juzgar de la nulidad es la argentina, porque el domicilio último conyugal se hallaba en el país.

C) La aplicación del Derecho Extranjero (lex loci celebrationis) por la Cámara Nacional Civil Sala M.

Y la Cámara se adentra en el tema de la ley aplicable, señalando que *“la legislación civil del Estado de Florida -al igual que la nuestra- considera como impedimento para contraer matrimonio válido, el matrimonio anterior mientras subsista, por esta grave infracción a los requisitos de validez es que lo fulmina con la nulidad absoluta”*.

Como la mayoría de los estados occidentales, el Estado de La Florida- sigue la Cámara- al igual que nuestro país, no admite la poligamia y reputa nulos los matrimonios celebrados con impedimento de ligamen. El tribunal no se plantea como problema la aplicación del derecho extranjero del Estado de Florida, y si procede hacerlo de oficio o era necesaria su invocación y prueba por parte interesada (el actor en el caso, solicitante de la nulidad). Por el contrario, valiéndose de una información brindada por una dependencia de la Corte Suprema y de un sitio en la web, directamente resuelve el caso, declarando la nulidad absoluta del segundo matrimonio. No sabemos si tuvo a su disposición la traducción del texto del inglés o si se valió de sus propios conocimientos del idioma extranjero, lo que sería otra novedad en el oficio judicial de la aplicación del derecho foráneo, no la más aconsejable por cierto.

El fallo en comentario, adopta implícitamente, el criterio más amplio y menos riguroso en cuanto a la aplicación por el juez foral del derecho extranjero.

Las interrogantes son varias. 1) ¿el derecho extranjero es un hecho, que como tal debe ser invocado y probado?; 2) ¿el derecho extranjero es un “hecho notorio” cuando es de fácil conocimiento y el juez debe aplicarlo de oficio en tales supuestos? 3) ¿el

derecho extranjero es derecho y los jueces deben aplicarlo, con algunas variantes, que son a) de oficio, en todos los casos b) solamente cuando el derecho extranjero ha sido invocado y probado por las partes o c) cuando haya sido invocado, aunque no haya sido probado por parte interesada?.

Para responderlas, debe contemplarse y distinguirse si existe algún tratado internacional que resuelva el punto.

En el ámbito convencional, existen una serie de tratados que regulan la aplicación del derecho extranjero a los casos contenidos en sus ámbitos materiales.

Ya el Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889 y el homónimo Protocolo a los de 1940, establecieron en su art. 2 que la aplicación de las leyes de los Estados parte será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

La CIDIP II sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, Montevideo, 1979, ratificada por la ley 23.506, dispone que las partes cooperarán para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos, siendo idóneos la prueba documental, la prueba pericial y los informes del Estado requeridos sobre el tema.

La CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de igual fecha y ciudad, a su vez, prescribe que los jueces y autoridades de los Estados Parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado

cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera.¹⁹

A pesar de la claridad del texto de la CIDIP II- imponiendo a los jueces la aplicación obligatoria del derecho extranjero que estimaran aplicable, del modo en que lo haría el juez del Estado cuya ley ha sido convocada para regir el caso- nuestra C.S.J.N. ha dicho que “ *...la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado no impone a los jueces de la Nación el deber de investigar oficiosamente el contenido e interpretación de las leyes extranjeras dadas en los países miembros, pues esta carga continúa pesando sobre la parte que alega la existencia de preceptos jurídicos que el juez no tenga el deber de conocer, sin perjuicio de las medidas que pudieren ser adoptadas en los supuestos de duda sobre puntos suficientemente invocados y controvertidos*”.

Si no rige ningún convenio internacional, deberá aplicarse la normativa internacional privatista de fuente interna o nacional, centrada en el art. 13 C. C.

La cuestión ahora gira en torno a la interpretación que cabe darle a los arts. 13 del C.C. y art. 377 C.P.C.N.

La respuesta dada por la jurisprudencia dista de ser pacífica. En algunos fallos se ha resuelto que “*el derecho extranjero debe ser aplicado de oficio por el juez aunque las partes no lo hayan probado o alegado*”, mientras que en otros, se ha exigido la invocación y prueba del derecho extranjero que se dice aplicable al caso.

¹⁹ www.oas.org

El C.C. en su art.13 dispone que *“La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúense las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”*.

La nota a este art. 13 expresa el pensamiento del legislador civil, sobre que *“el derecho es un hecho”* que debe ser invocado y probado.

No obstante, cuando la aplicación de un derecho extranjero se hace obligatoria a causa de la localización extra foro del punto de conexión contenido en la norma de colisión, pareciera que el juez está compelido por su propio derecho a cumplir con este mandato. Así, por ejemplo, cuando el art. 7 del C. C. declara aplicable a la capacidad de los domiciliados fuera del país la legislación del Estado extranjero del domicilio o cuando el art. 12 del C. C. hace regir las formas de los contratos y de todo instrumento público por la ley del Estado donde se hubieran otorgado, el juez, en cumplimiento de la norma conflictual propia, debe aplicar el derecho foráneo por ella indicado, porque de lo contrario se hallaría ante un vacío normativo, laguna a ser rellenada con el sedimento normativo de los principios generales del derecho o los principios de leyes análogas como ordena el art. 16 C. C.

Si el derecho extranjero es considerado un *“hecho notorio”*, en obediencia del brocárdico *“notoria no aegent probatione”*, el juez debería resolver el caso inspirado en él y *“como si estuviera sentado en el sillón del otro juez”*.

Podríamos sostener que a partir de la aprobación y ratificación de la CIDIP II sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979, es

obligatorio para los jueces argentinos la aplicación de oficio del derecho extranjero, considerando derogado tácitamente el art. 13 C.C.

En el derecho adjetivo, el Artículo 377 del C.P.C.N., al estatuir sobre la carga de la prueba, prescribe que ella incumbirá a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. *Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio.*

La Corte Suprema Argentina sigue así una tendencia universal: el orden público es elástico, histórico, mutable, y refleja las concepciones morales, religiosas, sociales y culturales de cada época. Los jueces no pueden cerrar los ojos a esta realidad.

La mutabilidad y la mitigación de los efectos del orden público, fueron analizadas en detalle por la Corte de Casación francesa, desde el caso “Riviere” de 1953 (admisión de ciertos efectos en Francia de matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, distinguiendo entre el reconocimiento en Francia de la relación inválida en sí y el reconocimiento de ciertos efectos en territorio francés), el caso “Chemouni” de 1956 (alimentos reconocidos en matrimonios poligámicos) hasta llegar al caso Dame Bededdouche, 1980, al reconocer los derechos de la segunda viuda y de sus hijos.

En materia previsional, la real apertura se produjo tal vez por primera vez con los fallos “Sanmartino de Westkamp Aida” y “Mejía Claudio”, de 1975, en los cuales se formula la distinción entre los problemas del derecho de familia y sucesorio y los del derecho previsional, sentando la doctrina que la base para la concesión de la pensión, es

“*la efectiva convivencia y la necesidad asistencial*”. Todos estos resueltos en sentido similar, en las causas B 48.130, B 49.898, B 49.111 y B 51.719, calificando el término “viuda” a los fines previsionales.

Viuda, dijo el Tribunal, como requisito de la pensión tiene el alcance de “*cónyuge supérstite de un hombre con quien ha estado unida en matrimonio que no ha sido declarado inválido*”²⁰

Recordó la Corte Suprema que en materia previsional, se examina con menor rigor la relación invocada, y se atiende en primer lugar los riesgos de subsistencia y ancianidad, sin relación estricta con la perfección o legitimidad del estado civil en el que se sustenta el reclamo. La justicia social, exige dar satisfacción a las primeras necesidades de los afectados en forma directa por el deceso del afiliado (C.S.J.N. LL 1975-C- p.264).

La Sala M de la Cámara Nacional en lo Civil ha resuelto correctamente el caso, aplicando la mejor doctrina en materia de nulidad de los matrimonios contraídos en el extranjero con impedimento de ligamen de un matrimonio argentino anterior subsistente, diferenciando con pulcritud entre la hipótesis de nulidad matrimonial y la de inoponibilidad o ineficacia extraterritorial de un matrimonio in fraudem legis.

Ha considerado el supuesto fallado como uno de “bigamia doble”, consultando para ello el derecho del Estado de Florida, EE UU, de oficio.

Y ha ordenado la comunicación de su sentencia anulatoria al Estado extranjero de la celebración, para la producción de efectos *erga omni*.

²⁰ Fallos disponibles C.S.J.N. LL 1975-C-

Al margen del caso fallado en comentario, y examinada la jurisprudencia de la C.S.J.N., queda ratificado que habiendo habido una sentencia de divorcio argentina de un matrimonio argentino anterior, es válida la segunda unión contraída en el extranjero con impedimento de ligamen.

Capítulo V

SUMARIO: - *Conclusión.* - *Propuesta jurídica.*

CONCLUSIÓN

En base a todos los fundamentos que hemos expuesto en esta labor cabe llegar a algunas conclusiones para que nuestra propuesta jurídica se ajuste a las normas y valores de justicia que prevalecen tanto a nivel interno como dentro de la comunidad internacional.

El Derecho es parte de la expresión cultural de una sociedad. En efecto, nuestro derecho actual es la imagen de nuestra cultura contemporánea, de nuestra civilización, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida.

Por eso, toda diversidad cultural debería traer consigo aparejada la diversidad jurídica.

Algunos principios que destacamos, y que hemos dejado en claro durante todo este trabajo de investigación, se resumen a continuación:

Principio de variabilidad: En este orden de ideas, hemos llegado a la conclusión inequívoca que el orden público internacional no es un concepto inmutable y definitivo sino variable, ya que expresa los principios esenciales que sustentan la organización jurídica de una comunidad dada, y su contenido depende en gran medida de las opiniones y creencias que prevalecen en cada momento en un estado determinado. De allí que el análisis siempre debe hacerse con un criterio de actualidad ya que hemos demostrado que esta noción es ampliamente recibida en el derecho comparado.

Consecuencia necesaria, de esta señalada variabilidad del orden público, es su actualidad.

El contenido del orden público internacional es de contornos variables. La vaguedad se debe a que los principios que en un momento dado se hallan en la base de la legislación de un país, reconocen fuentes muy diversas como la religión, el tronco jurídico a que pertenece el país, la inmigración, etc.

El orden público se deberá apreciar al momento del proceso, más precisamente al sentenciarlo. Las condiciones de validez de un acto sometido a una ley extranjera no pueden ser reputadas contrarias a la ley del foro si posteriormente al acto, la ley local ha sido modificada y se torna semejante a la ley extranjera.

Principio de actualidad: Concluimos que en caso de modificación del contenido del orden público, el juez debe tener en cuenta su estado actual. Se trata del principio de la actualidad del orden público que hemos demostrado con ejemplos variados en este trabajo. Este principio de actualidad es fundamental para que el orden público pueda ejercer su función principal que es custodiar, mantener y proteger las políticas y principios de orden social que el Estado persigue.

La evolución de la excepción de la cláusula del orden público en determinados países europeos arroja un balance de luces y sombras. Luces por cuanto hemos visto que en su aplicación actual, la cláusula en cuestión es susceptible de amoldarse a las nuevas manifestaciones sociales que surgen en Europa como el orden público atenuado. Sombras, por cuanto la implantación a nivel jurisprudencial o incluso a nivel normativo de un orden público de proximidad que únicamente se activa cuando el supuesto encierra conexiones relevantes con el foro, puede conducir a situaciones poco respetuosas para una aplicación universal de los derechos fundamentales.

La naturaleza funcional de la excepción de orden público internacional, ha permitido su adaptación progresiva a la evolución de las sociedades europeas hacia un contexto multicultural. Esta flexibilidad no siempre ha servido para integrar los ordenamientos de los países de origen y destino de la mujer inmigrante, ni para evitar la persistencia de situaciones claudicantes, ni la sombra oscura que los ordenamientos anclados en la discriminación proyectan, aun desde la distancia, sobre sus derechos como mujer, madre, esposa o hija. El orden público internacional no ha supuesto un remedio, pero si un cierto paliativo para esa desigualdad.

Su permeabilidad a una consideración más universal y menos particularista de los derechos humanos que constituyen su núcleo fundamental, puede permitirle una transición más adaptada a las necesidades complejas e interdependientes de un mundo global.

Entendemos que en un país como Argentina, que ha sido llamado por muchos como un "crisol de razas", no tendrá problemas con la incorporación inmediata del concepto de orden público atenuado.

Hemos concluido que, so pretexto de violentar el Orden Público Internacional, no se debiera evitar dar lugar a soluciones jurídicas y pacíficas a niños, madres o padres que son parte de matrimonios poligámicos, por muy extraño que nos parezca.

La incompatibilidad con los valores del foro que como se ha visto presentan determinadas instituciones jurídicas del derecho islámico, se ha venido resolviendo mediante el recurso a la tradicional excepción de Orden Público Internacional, lo cual concluimos que es un facilismo de inteligencia jurídica totalmente inaceptable en el siglo XXI.

En efecto, la ley extranjera era inmediatamente excluida cuando resultaba contraria al orden público local.

No obstante uno de los objetivos al que ya nos hemos referido impone una nueva realidad social, la cual es el respeto a la identidad cultural, que se debe extender al respeto a su propio derecho y por ende, al esfuerzo de no excluirlo más allá de los casos en que, como se ha señalado anteriormente, sobrepase los límites trazados por los principios fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En tanto la finalidad principal del derecho internacional privado es la protección de la persona humana y la solución de sus conflictos, entendemos que un diálogo intercultural para el respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos es central en un mundo globalizado y multicultural en el cual todos moramos.

Claramente nuestra disciplina jurídica tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar, en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de sociedades distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del derecho extranjero que responde a valores distintos a los nuestros.

Es más, el futuro del Derecho Internacional Privado tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una "nueva cultura social" resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de inmigrantes y de países de emigración.

Hemos destacado que "el modelo de organización de la familia" es uno de los puntos cruciales que diferencian a estos dos mundos, el Occidental y el Oriental.

Mientras que el modelo de derecho de familia occidental se caracteriza por la monogamia, y por los principios de igualdad y libertad de los contrayentes, los ordenamientos orientales se definen como regímenes poligámicos, patriarcales, que consagran la desigualdad entre hombre y mujer y se encuentran conviviendo plenamente a la sombra de la religión musulmana.

La noción de familia ha cambiado y es un elemento distintivo de cada cultura. Sin embargo, adelantamos que a nuestro criterio el Derecho Internacional Privado sigue siendo un instrumento eficaz y justo para indicar la ley aplicable a los casos de choque de leyes multiculturales.

En este caso la excepción a la aplicación del derecho extranjero adquiere justificación por cuanto puede considerarse al orden público como una suerte de recurso para evitar la aplicación de una ley extranjera llamada a ser aplicada por una norma de derecho internacional privado cuando tal realidad contradiga seriamente valores esenciales no sólo del ordenamiento jurídico del foro, sino de los más elementales institutos jurídicos tuitivos de los derechos humanos.

En otros términos, el Derecho Internacional Privado multicultural parte de la premisa básica que le proporciona el universalismo multicultural: existen ciertos límites que deben ser respetados en los países occidentales y que son traducción de los "valores comunes" de justicia universalmente aceptados. Pero salvaguardados éstos, es positivo que se aplique un derecho extranjero o se dé validez a una decisión extranjera, con el objetivo de aceptar los fenómenos e instituciones procedentes de otras culturas y civilizaciones, incluso aunque no se correspondan con las instituciones jurídicas vigentes en Occidente pero reiteramos por la importancia en su concepto: sólo cuando

en la medida en que se respeten los valores comunes de Justicia universalmente aceptados.

Esbozaremos reflexiones que nos genera esta delicada cuestión:

- El debido respeto de la diversidad cultural, la observancia de los derechos de las minorías, el derecho a ser diferente, la tolerancia frente a estilos de vida distintos o extraños, se imponen en un Estado que protege y garantiza los derechos fundamentales del ser humano.
- Respetar una cultura diferente, implica también aceptar su sistema jurídico, con los valores que lo conforman, que lo orientan, salvo que quebranten seriamente los principios esenciales de nuestro propio derecho cuando éste se contradice con los más elevados estándares universalmente aceptados.
- El Derecho Internacional Privado es un instrumento idóneo para conciliar culturas, para promover y canalizar el diálogo entre las civilizaciones jugando un rol importantísimo como es el mantenimiento de la paz social.
- Las consultas y el diálogo en los foros internacionales de codificación del Derecho Internacional Privado, intercambiando ideas y experiencias, y celebrando convenciones de alcance universal que involucren a países de Occidente y Oriente, son herramientas útiles y por ahora las únicas en la búsqueda del diálogo intercultural deseado.
- El orden público internacional, como recurso excepcional, de alcance e interpretación permite lograr un equilibrio necesario para resolver los conflictos de una humanidad que empieza a ver a la Tierra como un sólo país y a la humanidad como sus ciudadanos,

haciendo posible determinar la ley aplicable o el reconocimiento de una sentencia procedente de un país extranjero.

- Valorar la excepción de orden público internacional en el caso concreto es una tarea bastante compleja, por lo que será un desafío para los jueces argentinos respetar el derecho extranjero, resguardando el núcleo duro de derechos fundamentales, valores y principios de raigambre constitucional que inspiran a nuestro ordenamiento jurídico.

- Permitir que nuestro orden jurídico coloque al sujeto denominado esposo a discriminar entre las esposas y sus hijos sería convertirlo en árbitro y es esta situación la que realmente atenta contra los derechos fundamentales de una familia constituida y no el modelo familiar poligámico, aunque sea contrario a la política legislativa. Esta justificación propone que nuestro sistema jurídico podría atender a aquellas situaciones de poligamia que se consolidaron antes de que el sujeto extranjero habitara en el territorio nacional.

Cabe aclarar que somos exigentes en el análisis que debería hacerse de cada situación concreta que se plantee ya que en tales circunstancias, el poder judicial o la autoridad competente para dirimir el conflicto, no debería atenuar el Orden Público Internacional de manera displicente o con cierta ingenuidad de llegar al extremo del reconocimiento de todas las leyes extranjeras que se quisieran hacer valer en Argentina, precisamente porque el orden público ya fue atenuado al admitir algunos de los efectos de un instituto jurídico desconocido y cerrar este “paraguas” de protección nacional para reconocer todos los casos de extranjería que chocan con nuestros usos y costumbres estaría desvirtuándolo.

Se observa así que las necesidades de coordinación y de acercamiento de los sistemas tienen el efecto de diluir el concepto de matrimonio en derecho de la familia, que sólo puede concebirse plenamente dentro de un sistema nacional y coherente de derecho.

Este fenómeno muestra que los valores fundamentales de protección de la vida familiar tienden a ser más próximos a la relación de hecho que a la institución jurídica que se le asocia.

Todo ello parece anunciar que, en lo concerniente a las relaciones familiares creadas en el extranjero, su recepción deberá orientarse más hacia la consideración de la protección que el Estado debe asegurar a las relaciones afectivas, sin que la naturaleza del vínculo jurídico que le ha sido asignado en el extranjero pueda ser determinante a estos efectos.

De cualquier modo, y a nuestro humilde entender, las esposas de matrimonios poligámicos quedan desamparadas por nuestro régimen jurídico.

Este planteamiento no implicaría que necesariamente hubiera de compartirse, desde una mirada de valoración civil la poligamia en el ámbito comunitario de la sociedad, y mucho menos alentar a su práctica. Únicamente supondría la toma en consideración de esa práctica en cuanto que la misma se acomoda a la legislación de un Estado ajeno y, en ese marco normativo de referencia, se orienta hacia una solución que, sin identificarse con dicha práctica, no resulta perjudicial para los beneficiarios.

Ello parece lógico, porque la situación de facto entre personas que llevan adelante un matrimonio poligámico es una situación jurídica “alejada” de nuestro país,

por lo que la intervención del Orden Público Internacional debe limitarse sólo a los “efectos nucleares” derivados del mismo. Los demás efectos, es decir aquellos que llamamos “efectos periféricos” del matrimonio que describiremos en la propuesta final, deberían sobrevivir en nuestro país aunque la legislación no admita tales matrimonios.

Esta teoría la vemos adoptada en diversos países europeos, como Francia y España especialmente en relación con los distintos efectos jurídicos que producen allí los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países. Observemos las ventajas que presenta esta teoría. En primer lugar, se refuerza la seguridad jurídica de los particulares afectados, pues con el simple “cruce de frontera” la situación jurídica no se evapora totalmente. En segundo lugar, se acepta la situación jurídica extranjera como tal, hasta donde es posible según la normativa local, ya que no se debería aprovechar la situación para transformarla artificialmente en otra institución jurídica; por ejemplo considerar el matrimonio poligámico como concubinatos múltiples ya que la figura jurídica de un matrimonio poligámico no se “nacionaliza” posicionándola en una figura acorde a nuestro derecho.

Siendo justos con esta hipótesis también planteamos algunos interrogantes, como por ejemplo ¿Qué efectos jurídicos son “nucleares” y qué efectos jurídicos son “periféricos” en un matrimonio de las características que planteamos? En la práctica europea relativa a estos matrimonios la respuesta suele ser la siguiente: los matrimonios poligámicos no pueden celebrarse en Europa ni pueden inscribirse en los registros civiles europeos, pero, en general, todos los demás efectos jurídicos derivados de tales matrimonios son aceptados (alimentos, pensión de viudedad, beneficios sociales, residencia en el país, etc.).

Aunque el mecanismo del Orden Público Internacional Atenuado es, sin duda, mejor que la “nacionalización” de instituciones jurídicas extranjeras, ninguno de ellos es plenamente satisfactorio hasta tanto a nivel de comunidad internacional se avance un paso más. Por ello, si los Estados acogen esta tesis de atenuación y la sumergen dentro de los océanos de sus leyes locales, tales Estados nunca verían vulnerado su orden público por el hecho de admitir que los contrayentes son cónyuges únicamente en relación a algunos y escasos efectos.

PROPUESTA JURÍDICA

Parece, pues, fuera de duda, que el matrimonio poligámico producirá efectos en Argentina en varios órdenes.

Debe insistirse en un dato clave: en estos casos, no se trata de dar validez en nuestro país a un matrimonio poligámico, sino únicamente de permitir ciertos efectos, siempre que sea ésta una situación creada en el extranjero y perfectamente legal según aquél derecho.

Algunos de los posibles efectos que puede producir un matrimonio poligámico en Argentina y que sólo citamos algunos ejemplos para no incurrir en posicionarnos como jueces ni contemplar todas las posibilidades fácticas, podrían ser los siguientes:

- Derecho de alimentos.
- Pensión de viudedad.
- Vocación sucesoria.
- Ingreso y residencia permanente en el territorio nacional de todas las esposas.

No obstante, el respeto a este peculiar estilo de vida y el derecho a la identidad cultural deben establecer límites a la tolerancia y que entendemos no debe sobrepasar la frontera de los derechos fundamentales que durante tantos siglos la humanidad luchó por conseguir.

La convivencia pacífica en una sociedad multicultural exige que no haya culturas dominantes y que todas estén en un plano de igualdad, lo que inexorablemente implica el respeto a la identidad cultural de las minorías. Este es precisamente uno de los objetivos del Derecho Internacional Privado actual que ya no excluye el derecho extranjero en cuanto es diferente al propio, sino que trata de buscar soluciones materialmente justas. Así pues, vienen aceptándose efectos jurídicos a situaciones que en principio chocan con nuestros valores fundamentales, a condición de garantizar una solución justa al caso concreto.

Todo lo expuesto obliga a reorientar esta excepción, que deberá de actuar, no cuando la norma extranjera en abstracto es contraria a los valores del foro, sino cuando la aplicación del derecho extranjero al caso concreto y minuciosamente analizado, da lugar a una efectiva vulneración de principios fundamentales y universales del derecho.

En suma, la multiculturalidad convoca al Derecho Internacional Privado por medio de sus variadas fuentes a procurar soluciones para resolver nuevos conflictos de leyes, de jurisdicciones, de costumbres; en definitiva conflictos de civilizaciones.

Esta situación en la aplicación de las condiciones analizadas llevaría sólo a permitir que un matrimonio poligámico despliegue efectos en Argentina propios del matrimonio monogámico (por ejemplo prorratear una única pensión de viudedad entre los cónyuges supervivientes, la obligación de dar alimentos a ambas esposas, permitir la entrada y residencia al país de todas las esposas), sin que se otorgue mayor validez que la necesaria a dichos efectos.

Así el avance en la cuestión que tratamos, como seguramente otras figuras jurídicas desconocidas, pueden producir ciertos efectos en nuestro país sin ser reconocidos como tales.

En definitiva, el reconocimiento de estos efectos concretos a la poligamia que se podría dar en nuestro país, debería homogeneizarse directamente desde el ámbito legal formal con la inclusión dentro del art. 160 del Código Civil de la excepción de algunos de sus efectos donde esté en juego un interés superior denominándose Orden Público Internacional Atenuado. De esta manera esta atenuación puede jugar un rol importante para evitar resoluciones contradictorias de jueces nacionales como así también distintas respuestas a cada demandante, contribuyendo a la coherencia y seguridad jurídica de nuestro ordenamiento.

La propuesta de un Orden Público Internacional Atenuado fue pensado ya en el siglo XIX, donde algunos autores subrayaron que las relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero con arreglo a sus leyes, deberían producir efectos en el propio.

Quizás pasados doscientos años desde aquel primer intento, este humilde aporte pueda colaborar a abrir nuevamente este apasionante tema, y si ocurre ello sentiremos desde el ámbito de lo intelectual un sincero sentimiento de realización y adecuación a las palabras que un Profeta Persa mencionó citando que “el objetivo de la creación de cada ser humano, ha sido y siempre será, el de contribuir al mejoramiento de una civilización en continuo progreso”²¹.

²¹ Bahá'u'lláh. Selección de los escritos de Bahá'u'lláh. Ed. Ebila, Bs.As. Argentina.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- Bossert, Gustavo A.; Manual de Derecho de Familia, 6ta. Edic., Astrea, 2004.
 - Capitant, Henri. Vocabulario jurídico, Depalma, Buenos Aires, 1961.
 - Goldschmidt, Werner; Derecho Internacional Privado, Bs. As., 1970.
 - Kaller de Orchansky; Manual de Derecho Internacional Privado, 2da. Edic., Plus Ultra, Bs. As.
 - Mazeaud, H. J.; Lecciones de Derecho Civil, Ejea. Bs.As. 1959.
 - Mohabbat, Navid. Paisajes del alma. Editorial Baha'i de España. 1990.
 - Rapallini, Liliana. Temática del Derecho Internacional Privado, Editorial Lex, 1998.
 - Sheij Husain Abd Al Fatah García. Una exposición del Derecho Islámico. Tomo I, Biblioteca Islámica Ahlul Bait.2003.
 - Schoo, Alberto D.; Principios de Derecho Internacional Privado, Depalma, Bs. As. 1947.-
 - Zannoni, Eduardo A.; Derecho de Familia, 2da Edic. Bs. As. 1993.
-

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

- Alfonsín, Q. Teoría del Derecho Privado Internacional, Idea, Montevideo, 1982.
- Balestra, Ricardo R. Manual de Derecho Internacional Privado, Abeledo Perrot, 1993.
- Calvo Caravaca, Alfonso L.; Matrimonio entre Personas del Mismo Sexo. Anales del Derecho. Murcia, 2005.
- Ciuro Caldani, Miguel A. Bases Culturales del Derecho Internacional Privado de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2005, Vol.30.
- De Rosas, Pablo E.; Orden Público Internacional: Tendencias Contemporáneas. Ponencia XXVI Seminario Internacional de Derecho Privado y Comparado.
- Sanchez Jimenez, María Á.; La Reagrupación Familiar de Extranjeros en España. Derecho Financ. Internacional y Procesal. Murcia, 2006.

ANEXO

Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución de 10 de diciembre de 1948.

La Asamblea General Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 5

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 6

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Artículo 7

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.
2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Artículo 12

Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Artículo 14

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 15

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 17

1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente.
2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 19

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 23

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24

Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.
2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de

darse a sus hijos.

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Artículo 28

Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30

Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.